

# ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА



ВИДАННЯ РЕКОМЕНДОВАНЕ ДО ДРУКУ ВЧЕНОЮ РАДОЮ ЮРИДИЧНОГО ФАКУЛЬТЕТУ  
ЛЬВІВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА  
ПРОТОКОЛ №16 ВІД 24.10.2017 РОКУ

---

## УКРАЇНСЬКИЙ ЧАСОПИС КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА UKRAINIAN JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW

НАУКОВО-ЮРИДИЧНЕ ВИДАННЯ

ВИДАВЕЦЬ: РЕДАКЦІЯ ЖУРНАЛУ «УКРАЇНСЬКИЙ ЧАСОПИС КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА»

ЗАСНОВНИКИ: ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА  
ГРОМАДСЬКА ОРГАНІЗАЦІЯ «ЦЕНТР КОНСТИТУЦІЙНИХ ІНІЦІАТИВ»  
«РЕДАКЦІЯ ЖУРНАЛУ «УКРАЇНСЬКИЙ ЧАСОПИС КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА»

ГОЛОВНІ РЕДАКТОРИ: ОЛЕНА БОРИСЛАВСЬКА, СЕРГІЙ РІЗНИК

---

Наша місія — створення платформи для фахового обговорення сучасних проблем конституціоналізму як українськими, так і зарубіжними вченими; обмін досвідом та результатами наукових досліджень між українськими та європейськими конституціоналістами за рахунок двомовної політики журналу (одночасного видання англomовного та україномовного ідентичних примірників).

---

ЧАСОПИС ВКЛЮЧЕНО ДО ПЕРЕЛІКУ НАУКОВИХ ФАХОВИХ ВИДАНЬ УКРАЇНИ  
СВІДОЦТВО ПРО ДЕРЖАВНУ РЕЄСТРАЦІЮ КВ 22166-12066Р ВІД 07.06.2016 РОКУ



# УКРАЇНСЬКИЙ ЧАСОПИС КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА UKRAINIAN JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW

НАУКОВО-ЮРИДИЧНЕ ВИДАННЯ

## ЗМІСТ

АКТУАЛЬНЕ ІНТЕРВ'Ю /

ВАЙДОТАС ВЕРБА: «УКРАЇНА ЗМОГЛА ЗДИВУВАТИ СВІТ» 3

Сергій Різник

ВІД РЕДАКЦІЇ /

ДЕМОКРАТІЯ В УМОВАХ ЗАГРОЗ НАЦІОНАЛЬНІЙ БЕЗПЕЦІ 7

Олена Бориславська

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ОГЛЯД / ВИБОРИ В ЄВРОПІ: ПЕРШІ ПІДСУМКИ 9

НАУКОВІ СТАТТІ /

РОСІЙСЬКЕ ВИПРАВДАННЯ АНЕКСІЇ КРИМУ ТА НАЦИСТСЬКА ПРОПАГАНДА:  
ВЕЛИКА СХОЖІСТЬ ТА НЕЗНАЧНІ ВІДМІННОСТІ 17

Дайнюс Жалімас

TERRA INCOGNITA НА МАПІ УКРАЇНИ, АБО ПРО ЩО ЗАМОВЧУЄ ТЕРМІН «ВНУТРІШНЄ ПЕРЕМІЩЕННЯ ОСІБ» 30

Ірина Заверуха

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПОРЯДКУ ТА СТАН ВІЙНИ 39

Михайло Савчин

КОНСТИТУЦІЙНА БЕЗПЕКА ЯК СКЛАДНИК НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ 60

Альберт Єзеров

ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ /

ОБМЕЖЕННЯ ОСНОВОПОЛОЖНИХ ПРАВ

В УМОВАХ ЗАГРОЗ НАЦІОНАЛЬНІЙ БЕЗПЕЦІ (СТАНДАРТИ РАДИ ЄВРОПИ) 69

Вікторія Дубас

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ 73



## «УКРАЇНА ЗМОГЛА ЗДИВУВАТИ СВІТ»

**Сергій РІЗНИК**  
/ кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права, заступник декана юридичного факультету ЛНУ ім. Івана Франка

**Вайдотас ВЕРБА**  
/ посол, координатор проектів ОБСЄ в Україні, магістр права Вільнюського університету

• *ОБСЄ діє починаючи з 1994 року. Як Ви оцінюєте результати цієї роботи та яким має бути розвиток взаємовідносин між ОБСЄ та Україною в найближчим часом?*

Тривала співпраця між ОБСЄ та Україною перш за все визначальна тим, що вона дозволила вибудувати такий контекст взаємовідносин, який не лише задовольняє обидві сторони, але дає змогу ОБСЄ ефективно реалізовувати в Україні свою програмну діяльність.

ОБСЄ прийшло в Україну на етапі її становлення як молодій демократичній державі і я можу з впевненістю констатувати, що всі етапи її трансформації та розбудови ми пройшли разом. Сподіваюсь, що наша робота по розбудові демократичних інститутів в Україні не була безрезультатною. І тому я впевнений, що наша праця не буде марною і в подальшому.

Яскравим прикладом цього може стати вдосконалення інструментів, що надають громадянам можливість впливати на владу через інструменти вільних та чесних виборів. Тут ОБСЄ не обмежувалася критикою чи порадами, а дійсно зробила дуже багато. Ще не так давно у спостерігачів за українськими виборами виникало багато нарікань щодо якості списків виборців, були підозри щодо наявності великої кількості «мертвих душ», а то й можливих маніпуляцій зі списками. Зрештою, вкрай проблемним були і процедури, які доводилося проходити пересічним громадянам,

аби забезпечити свою присутність в списках чи можливість голосувати не за місцем проживання. За кілька років масштабної проектної діяльності нашому офісу вдалося допомогти Центральній виборчій комісії дати раду більшості з цих проблем створенням електронного Державного реєстру виборців, в якому тепер містяться досить точні дані про мільйони українських виборців.

Що стосується перспектив подальшої співпраці, то вони також досить очевидні.

Попри поступ України у розбудові нових демократичних інститутів та становленні громадянського суспільства, попри величезний пройдений шлях, все ще існує ціла низка сфер, реформи в яких, як здається, мають тривати і надалі. В першу чергу це стосується таких сфер як захист прав людини, конституційна та судова реформи, боротьба з корупцією. Тому ми — як і інші представники міжнародної спільноти — відчуваємо певну причетність до цих фундаментальних змін.

Водночас ми цілком усвідомлюємо і те, що в своїй діяльності в Україні ОБСЄ жодним чином не замінює національні органи та структури, а лише надає певну технічну допомогу з використанням доступних ресурсів. Отже, головним принципом здійснення нами діяльності в Україні, її головною метою є розвиток інституційної спроможності національних компетентних органів з тим, аби в подальшому вже безпосередньо вони могли ефективно виконувати відповідні функції.



• *Ви розпочали свою діяльність в Україні в 2014 році, спочатку як керівник одеської групи спостерігачів Спеціальної моніторингової місії ОБСЄ, а з вересня цього року вже як Координатор проектів ОБСЄ в Україні. Це був складний час для України: як держава, з певними викликами ми зіштовхнулися вперше. Як Ви оцінюєте той шлях, що Україна пройшла за цей час?*

Величезний. Величезний шлях держави, яка вкотре змогла здивувати світ.

По суті, після подій 2013–2014 років Україна знаходилась в складному внутрішньополітичному та геополітичному становищі.

З одного боку, громадянський протест не міг не призвести до виникнення певної напруги в суспільстві. З іншого боку, Україна стикнулася з надскладною ситуацією, пов'язаною з подіями в Криму та на Сході України.

Втім Україна спромоглася, як на мене, успішно протидіяти цим викликам. Оновлення урядового апарату, суддівського корпусу, оздоровлення економіки, перші насправді ефективні кроки на шляху боротьби з корупцією — це все ті досягнення, які не можна не вітати та не визнавати.

• *За підтримки ОБСЄ в Україні проводиться багато заходів, які пов'язані не тільки з питаннями безпеки, а й з розвитком державних інституцій та громадянського суспільства. Наскільки, на Вашу думку, питання забезпечення національної безпеки є важливим для підтримання демократії та розвитку верховенства права в Україні?*

Воно є, в певному сенсі, ключовим. Без забезпечення певного рівня національної безпеки апріорі не може існувати держава і, як наслідок, вона не може забезпечити функціонування ключових демократичних інститутів.

Саме через це Європейська Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод розглядає захист національної безпеки в якості однієї з правомірних цілей обмеження ряду захищених нею прав та свобод.

З іншого боку, ми, безумовно, не повинні розглядати інтереси національної безпеки (безвідносно до того, якими вони є) як підставу для свавільного або надмірного обмеження прав людини. Крихку грань між припустимим та неприйнятним в цій, досить специфічній, царині переступити

вкрай легко та непомітно, в той час як наслідки можуть бути надзвичайно болючими.

Тому в цілому ряді наших проектів — в першу чергу тих, які стосуються взаємодії з правоохоронними органами або їх реформування — ми робимо наголос на такому компоненті як цивільний (зовнішній) та громадський (де це можливо — максимально інтенсивний) контроль за їх діяльністю. Використовуючи існуючі міжнародно-правові стандарти та застосовуючи найкращий іноземний досвід як взірець, ми намагаємось допомогти посилити безпеку України, вдосконалити законодавство, інститути і практики відповідно до стандартів демократії. Метою цієї діяльності є підтримка зусиль України, спрямованих на те, аби її закони, структури та процеси відповідали вимогам і ознакам сучасної демократичної держави, створювали безпечніше середовище для її громадян.

• *В інтерв'ю у ЗМІ та публічних виступах Ви часто звертаєте увагу на потребу в побудові діалогу для вирішення будь-якого конфлікту, чи то між органами державної влади, представниками суспільства, чи між державами. Наскільки Ви оцінюєте здатність політичних сил та представників громадянського сектору в Україні до діалогу і взаємозгодження дій з метою побудови в Україні правової держави?*

Потенціал діалогового формату порозуміння в Україні є надзвичайно високим.

Понад те, діалог є основною конструктивною формою побудови консолідованого суспільства та відновлення суспільної злагоди та взаємної довіри. Якщо хочете, це еволюційний шлях, якому протистоїть вкрай деструктивний шлях заперечення самої можливості будь-якого діалогового компромісу.

З іншого боку, слід усвідомити декілька ключових тез.

Перш за все, діалог можливий лише тоді, коли всі його сторони — як ініціатор, так і ті, кого запрошують до діалогу — здатні йти на розумні компроміси. Діалог означає здатність «почути» аргументи іншого контрагента (при цьому я свідомо уникаю оперувати таким терміном як «опонент») та поступитись якимись своїми інтересами на користь пошуку компромісного для обох сторін рішення. Тому вже саме запрошення до певного діалогу з боку його ініціаторів, а також згода інших

сторін прийняти в ньому участь означає імпліцитне підтвердження ними готовності йти на такі поступки. За іншого підходу справжній діалог напевно чи можливий, радше, він стане беззмисловим та дискредитуватиме такого роду формат переговорів.

Водночас діалог передбачає не лише чесну та відверту дискусію, але також сумлінне виконання досягнутих домовленостей. Було б неприпустимо нівелювати їх діями або рішеннями, сформульованими в межах деякої іншої операційної парадигми.

До того ж, варто пам'ятати, що учасників діалогу повинна об'єднувати певна спільна мета, на досягнення якої спрямований відповідний діалоговий дискурс. Інакше з певного моменту домовленості, досягнуті під час діалогового процесу, можуть почати переглядатись деякими його учасниками, тим самим дискредитуючи його та зводячи досягнутий результат нанівець.

Тому я вважаю, що наполеглива праця ОБСЄ в Україні в частині вибудовування платформи для ефективного діалогу буде вкрай продуктивною та корисною.

Відтак ми — на рівні проектних активностей Координатора проектів ОБСЄ в Україні, як інституту та інструменту здійснення діяльності ОБСЄ в Україні — не полишаємо зусиль щодо розповсюдження та розвитку культури діалогового формату порозуміння в українському суспільстві. І я цілком впевнений, що наші зусилля врешті принесуть свої довгоочікувані та корисні плоди.

*• Нові виклики, які постають перед суспільствами та державами на початку XXI століття, змушують переглянути підходи до гарантування їх безпеки. Що, на Вашу думку, змінилось у світовому співтоваристві та, зокрема, в Європі за останні 10–20 років в питаннях безпеки і яку роль в цьому відіграв конфлікт на сході України? Чи не потребують «старі демократії» перегляду своїх фундаментальних принципів на тлі зростаючих загроз для безпеки звичайних громадян?*

На початку XXI століття світ зіштовхнувся з черговою хвилею трансформаційних перетворень. Ті політичні та внутрішні, соціальні суперечності, які виникли та накопичувались 10–20 років тому, вийшли на поверхню. Зараз ми спостерігаємо за масштабною хвилею ескалації у світі.

Всі ці фактори стали тим рушійним чинником, який дійсно змусив — та продовжує змушувати як політичних лідерів, так і лідерів думок в Європі шукати та пропонувати деякі нові модальності для того, аби адекватно реагувати на них.

Загрози та пов'язані з ними виклики насправді вимагають як пошуку нових (принципово нових) методів реагування, так і істотної модифікації ряду традиційних підходів. Однак — і це є цілком очевидним для всіх — зараз час переходити від розмірковувань до дій, іноді рішучих та непопулярних. Саме ця усвідомлена готовність діяти, змінюючи звичну, усталену картину світу, стала тим принципово новим фактором європейської політики безпеки.

*• Міжнародне співтовариство вже зіштовхувалося із проблемами, коли держави перебувають у стані довготривалого збройного конфлікту. Наскільки міжнародний досвід вирішення подібних конфліктів може бути корисним для України? А також, навпаки, чи є певні напрацювання, якими Україна може поділитись із світом?*

Дійсно, ситуація довкола Кіпру, Індонезії, Ірану, Індостанські війни, ситуація в на Кореїському півострові, напруження на Близькому Сході — приклади того, яким крихким може бути досягнутий дорогою ціною мир та як легко перейти від фази нехай обмеженого, але діалогу між колишніми супротивниками до нового витка протистояння.

І, безперечно, досвід пошуку та віднайдення компромісу між ворогуючими сторонами має ретельно вивчатись та аналізуватись, в тому числі і в Україні та для України. Однак специфіка, навіть унікальність умов такого роду конфліктів, так само як і шляхів їх розв'язання, дуже висока. Отже, щось з досвіду інших може бути запозичене, щось — безперечно, ні.

Тому в цій сфері, на жаль, не існує «простих» рішень, наскільки б привабливими вони не здавались. Якісь підходи, звичайно, можуть бути запозичені з досвіду інших країн, але, водночас, вони повинні бути ретельно переосмислені та «адаптовані» до умов відповідного конфлікту. Навіть світова спільнота, міжнародні організації, такі як ООН або ОБСЄ, яку я представляю, у врегулюванні різних конфліктів мали досить різні ролі. Так само відрізнялась ефективність цього «зовнішнього» фактору.

• *Актом, що визначає основи співробітництва України та ОБСЄ, є Меморандум про взаєморозуміння між Організацією з безпеки і співробітництва в Європі та Урядом України щодо створення нової форми співробітництва, який датується 13 липня 1999 року. На час його підписання Україна ще не перебувала у збройному конфлікті, а попереду були ще дві революції. Чи даний Меморандум не потребує оновлення?*

Не думаю. Згаданий Вами Меморандум про взаєморозуміння, завдяки своїй «рамковій» структурі, насправді є досить гнучким документом, який може бути легко адаптовано до нових обставин. З іншого боку, його ефективність доводить сам факт того, що з самого початку кризи на Сході України ОБСЄ здійснює — та, сподіваюсь, здійснює успішно — свою діяльність в Україні як через структуру Координатора проектів, так і через такий спеціально створений інститут як Спеціальна моніторингова місія ОБСЄ.

Нарешті, Меморандум, на мою думку, якнайкраще втілює в собі філософію балансу інтересів України як держави, на території якої розгорнута діяльність структур ОБСЄ, та ОБСЄ як міжнародної організації, цілями діяльності якої є надання підтримки в розбудові національних демократичних інститутів.

• *Останнім часом навіть в демократичних державах спостерігається не зовсім втішна тенденція — прихід до влади політичних сил, принципи яких не завжди відповідають принципам демократії. Які причини та наслідки вказаних тенденцій? Що в даному випадку можуть зробити міжнародні організації, зокрема ОБСЄ?*

Так, дійсно, подібні тенденції — або досить очевидні вказівки на можливість їх розвитку — ми можемо спостерігати загалом у багатьох країнах.

Я впевнений, що подібні ситуації виникають в силу деякої спіральності розвитку цілої низки засадничих історичних, соціальних та культурних процесів. Вірогідно, це є наслідком «антагоністичної кон'юнктурності», якою оперують такого роду політичні сили та течії. Зараз Європа знаходиться на визначальному, ба більше — в певному сенсі переламному моменті свого історичного розвитку. Слід визнати, що період Belle Époque в розвитку ЄС, для якого характерними для пересічного

громадянина (тобто виборця) були питання включно його власного економічного добробуту та мобільності в структурі системи координат справедливості та конкурентного ринку, йдуть в минуле. Структурні зміни в соціальній картині більшості країн-членів ЄС стали наслідком цілої низки факторів, які були накопичені протягом тривалого часу, та ще декілька років тому вони не становили собою значимий фактор для формування картини їх внутрішньої політики. Так само, вірогідно, декілька років тому не були здійснені ті заходи, які б дозволили уникнути зростання соціальної напруги сьогодні.

Ймовірно, ця пасивність була бажанням заплющити очі з боку тих, хто в той час мав здійснити прискіпливий та відвертий аналіз існуючої ситуації та тенденцій її розвитку. Це бажання — бажання не змінювати комфортний та, як здавалось, зрозумілий стан речей — призвело до втрати часу та певного загострення ситуації.

Зі свого боку, широке усвідомлення неминучості змін існуючого стану речей — надто запізниле, як на мене — породило в досить широких суспільних верствах запит на шляхи їх розв'язання.

Відтак певні політичні сили, а саме та радикальна риторика, якою вони оперують, стали сприйматись як шлях до вирішення таких соціальних протиріч. Вони запропонували суспільству збереження або відновлення комфортної картини світу, не вимагаючи від самого суспільства рішучої готовності до змін.

Однак цей шлях оманливий та непевний. Радикальна риторика, а, тим більше, її практична реалізація не здатні, в довгостроковій перспективі, забезпечити реальний добробут суспільства та його сталий розвиток. Змушені оперувати образом ворога, вони задовольняють лише кон'юнктурний політичний та суспільний запит, водночас, відкидаючи таке суспільство в розвитку назад або взагалі, в довготривалій перспективі, заперечуючи його розвиток.

Я прошу вибачення за таку розлогу постановку проблеми — але вона, як на мене, цілком виправдана своєю вагою та багатогранністю.

Тому вирішення — в тій парадигмі, в якій я його бачу — тісно пов'язане з природою її виникнення.

Ми маємо виходити з того, що виникнення проблеми є наслідком нездатності демократичних інститутів вчасно та ефективно зреагувати





на тенденції, які вказували на можливість її виникнення. Власне, це не вада демократичних інститутів як таких. Це, радше, наслідок кризи ряду інститутів, які мали ідентифікувати проблему, сформулювати шляхи її вирішення та прийняти на себе (що вони були зобов'язані зробити) певну політичну відповідальність за її подальше розв'язання.

Однак я щиро вірю в те, що здорове демократичне суспільство, з розвиненими демократичними інститутами здатне захистити себе від деструктивних проявів політиків такого роду та їх політичних ідей. Концепція «озброєної демократії», відома впродовж багатьох років та на конституційному рівні введена до національного законодавства ряду держав, мені здається, може бути тим дієвим та ефективним інструментом.

В цьому сенсі лише суспільство, в якому ефективно діють базові демократичні інститути та яке цілковито визнає та керується в своїй діяльності засадничими демократичними цінностями, здатне подолати засилля радикальної ідеології. Навіть вдаючись до необхідного, тимчасового та виправданого обмеження певних свобод — загального чи індивідуального — у випадку зловживання ними на шкоду демократичному ладу, вона зберігає головне — базові демократичні цінності та здатність пізніше відновити повноцінне функціонування демократичного ладу.

Відтак, зі свого боку ОБСЕ має, в межах свого мандату, всіляко долучитись до захисту демократичних цінностей. Можливо, в майбутньому будуть сформульовані якісь нові або модифіковані існуючі процедури програмної та проектної діяльності ОБСЕ. Також, можливо, мають бути сформульовані певні інструменти перспективного планування польової діяльності ОБСЕ, які б дали змогу істотно посилити її ефективність та оперативність. Однак це все, врешті-решт, може та — з огляду на нагальні виклики — має стати предметом ретельного аналізу та якомога скорішої дискусії як на рівні самої Організації, так і безпосередньо на рівні її країн-членів та допомогти отримати в результаті якомога оперативніше рішення.

• Можна підсумувати, що побудова успішної країни не в останню чергу залежить від забезпечення «золотої середини» між необхідністю дотримання прав та свобод людини і громадянина, відданістю правовим принципам верховенства права та демократії, з одного боку, та потреби у забезпеченні національної безпеки держави на всіх рівнях й вирішення конфліктів, в тому числі, військових, — з іншого. Де, на Вашу думку, проходить «межа» між цими пріоритетними завданнями?

Власне, наша організація ще у сімдесятих роках була побудована саме на основі розуміння

принципу того, що питання національної безпеки та дотримання прав людини не тільки не суперечать, а й доповнюють одне одного. До того ж, в реальності, не подбавши про ефективні інститути демократії та верховенства права, створити умови для довготривалої безпеки країни та її громадян просто неможливо. І мені здається, саме українці за ці роки мали можливість найбільше переконатися в цьому.

Кілька тез, які це ілюструють. Поміркуйте самі, якщо громадяни не відчують, що вони можуть впливати на владу через вільні та чесні вибори, якщо вони не мають права на справедливий суд — рано чи пізно вони шукатимуть інші шляхи такого впливу — аж до масових протестів та революції. Якщо в країні немає інструментів демократичного громадянського контролю за си-

ловими та правоохоронними органами, то значно зростають ризики того, що ці органи замість захисту національних інтересів будуть переслідувати якісь особистісні цілі або зрештою просто деградуватимуть через корупцію і відповідно виявляться неспроможними давати раду викликам.

А якщо йтиметься про вищий рівень — про питання безпеки в міждержавних відносинах, то знову таки, якщо якась одна держава функціонує таким чином, що її громадяни не мають доступу до інформації незалежних ЗМІ, не можуть контролювати владу, то виникає майже риторичне питання — чи не стане ця країна джерелом небезпеки для своїх сусідів? Це розуміння саме і лягло в основу Гельсінського заключного акту, з якого і виросла Організація з безпеки та співробітництва в Європі.





Олена БОРИСЛАВСЬКА

/ кандидат юридичних наук, доцент

Львівського національного університету імені Івана Франка,  
співредактор «Українського часопису конституційного права»

«Демократія — найгірша форма правління за винятком усіх інших, які людство спробувало до цього часу», — з такими словами звернувся Уїнстон Черчіль до Британської Палати громад 11 листопада 1947 р. Ця фраза відомого британського державного діяча, неперевершеного оратора, лауреата Нобелівської премії, є концентрованим викладом тих надій, які повоєнна Європа покладала на демократію як одну із найдієвіших гарантій миру.

Дві світові війни, що принесли небачену до того кількість жертв, страждань, смертей та поневолень, підштовхнули європейські народи до переосмислення таких базових понять, як цінність людського життя, людська гідність, права людини, а також пошуку механізмів їхнього захисту. Одним із найдієвіших засобів гарантування цих цінностей вважали демократію. Відомий теоретик міжнародних відносин і автор концепції ліберального демократичного миру Майкл Доїл зазначає, що мир і демократія є двома сторонами однієї медалі<sup>1</sup>. Саме демократія стала однією із фундаментальних опор у будівлі повоєнного світу, однією із базових ідей, навколо яких держави об'єднувались у міжнародні організації. «Мир і соціально-економічний та культурний розвиток — це водночас як умови, так і плоди демократії», — сказано в Універсальній Декларації з демократії, прийнятій Міжпарламентським союзом у рамках ООН у 1997 році.

Мир — це ідеальні умови для демократії, проте невдовзі після конструювання міжнародної системи безпеки і миру у повоєнному світі з'явилися нові, пов'язані із загрозами національній безпеці, виклики, які засвідчили, що демократія повинна

## ДЕМОКРАТІЯ В УМОВАХ ВІЙНИ ТА ЗАГРОЗ НАЦІОНАЛЬНІЙ БЕЗПЕЦІ

вміти себе захистити. До традиційних війн у ХХІ столітті «долучилися» інформаційні, гібридні, кібервійни. А тероризм набув таких масштабів, що створює загрозу самому демократичному порядку як способу правління (на цю тему у The Guardian вийшла стаття під заголовком «Чи може тероризм знищити демократію?»)<sup>2</sup>.

Ще у тридцятих роках ХХ століття соціологи Карл Льовенштайн і Карл Маннгейм розмірковували про доречність запровадження такого поняття, як *войовнича демократія* (Streitbare Demokratie)<sup>3</sup>. А рішенням Федерального Конституційного Суду Німеччини щодо Соціалістичної партії Рейху у 1952 році ця теорія була введена у практику. Згідно з цим, у разі, якщо політична партія відкидає верховні принципи демократії, вона може бути усунена з політичного процесу<sup>4</sup>.

Вочевидь, не тільки право на демократичну участь може бути об'єктом обмежень у випадку загроз національній безпеці. І такий підхід був відображений у Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, яка у статті 15 передбачила можливість відхилення держав від зобов'язань щодо гарантування основоположних прав людини у випадках війни або іншої суспільної небезпеки. Войовнича демократія дозволяє

1 Michael W. Doyle. *Liberal Internationalism: Peace, War and Democracy* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [https://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/themes/peace/doyle/#2](https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/themes/peace/doyle/#2)

2 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2007/sep/30/canterrorismdestroy>

3 Нінет Антоні Абат. Конституційний краудсорсинг, спрямований на примирення народу і аристократії // Український часопис конституційного права. — 2017. — №1. — С. 23.

4 Donald P. Kommers. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. — Durham, NC: Duke University Press, 1997. — Р. 219.

обмежувати свободу слова, політичну участь і політичний плюралізм, не змінюючи ключових цінностей, що покладені в основу конституції. При цьому, обмеження основоположних прав розглядаються як обґрунтований та необхідний захід, спрямований на захист демократичної системи.

Проте надання державі легальних можливостей відступати від гарантованих конституцією прав несе у собі і певні загрози, передусім — державного свавілля, авторитаризму, диктатури. Відтак, застосовувані державою обмежувальні заходи мають бути виключними, тимчасовими та співрозмірними із тими загрозами нацбезпеці, які держава намагається усунути за їх допомогою. Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) неодноразово зазначав, що принцип войовничої демократії полягає в її обмеженні надзвичайними випадками<sup>5</sup>. Як ЄСПЛ, так і інші органи та установи Ради Європи розробили низку стандартів обмежень основоположних прав, у тому числі — права на демократичну участь, що покликані забезпечити баланс між потребами національної безпеки, з одного боку, та демократії і прав людини, з іншого.

До прикладу, у резолюції від 22 червня 2016 року Парламентська Асамблея Ради Європи заявила про необхідність перевірки законодавства, прийнятого владою Туреччини з метою боротьби з тероризмом, а також практики його реалізації, на предмет дотримання європейських стандартів та принципу пропорційності. Визнаючи, що країна зіштовхнулася із масштабними та неодноразовими терористичними атаками, підготовленими Ісламською державою, Робітничою партією Курдистану та іншими організаціями, що призвели до численних жертв у низці міст, та право і обов'язок Туреччини протистояти тероризму з метою захисту своїх громадян, Асамблея водночас наголосила, що такі заходи безпеки повинні відповідати міжнародному праву, а також принципам необхідності та пропорційності<sup>6</sup>.

Демократична держава, що функціонує в умовах миру у конституційно встановлених межах та забезпечує основоположні права людини — це реальність у низці країн світу, для інших — це ідеал,

менш чи більш досяжний. Проте кожна держава у сучасному світі, незалежно від ступеню її демократичності, може зустрітися із викликами у вигляді тероризму, війни чи з іншими загрозами національній безпеці. Тож як має діяти сучасна демократична держава в таких умовах? Які засоби є прийнятними для застосування демократичною державою, що керується верховенством права, в таких ситуаціях? Яким чином і до якої міри мають гарантуватися права людини? Як в таких умовах мають працювати інститути демократії? Чи передбачає сучасна доктрина конституційної демократії ефективні механізми балансу, з одного боку, проголошених та гарантованих прав і свобод людини, з іншого — заходи захисту національної безпеки, оборони, безпеки громадян?

Важливо також зауважити, що держави з усталеними конституційними традиціями та, що важливіше, інституційними механізмами демократії, менш схильні до авторитаризації влади, ніж ті, які тільки перебувають на шляху становлення конституційної системи правління. Тож закономірно постає питання, чи однаковими мають бути застосовувані критерії обмежень для цих держав?

Відповіді на ці питання ми шукаємо у цьому номері «Українського часопису конституційного права». Так, стаття Дайнюса Жалімас присвячена юридичному аналізу анексії Криму на основі норм міжнародного права, а також оцінці аргументів, що застосовуються для обґрунтування тези про «возз'єднання Криму з Росією». У науковій праці Михайла Савчина автор здійснює пошук засобів відновлення конституційного правопорядку в умовах кібервійни, «гібридної», економічної, інформаційної воєн. Дослідження Ірини Заверухи ставить під сумнів доречність застосування терміну «внутрішньо переміщені особи» для визначення правового статусу осіб, що були вимушені переселитися з окупованих територій Автономної Республіки Крим та міста Севастополь, а також із зони збройного конфлікту на Сході України. Альберт Єзеров досліджує конституційну безпеку як одну із складових національної безпеки. Традиційна рубрика «Європейські стандарти конституціоналізму» присвячена стандартам Ради Європи у сфері допустимих обмежень основоположних прав людини в умовах загроз національній безпеці.

<sup>5</sup> Див., для прикладу, *Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) у справі Об'єднана комуністична партія Туреччини проти Туреччини* (1998). Заява № 19392/92 (ЄСПЛ, 30/01/1998), а також у справі *Геррі Батасуна та Батасуна проти Іспанії* (2009). Заява № 25803/04 і 25817/04 (ЄСПЛ 30 червня 2009 р.)

<sup>6</sup> Resolution №2121 (2016), *The functioning of democratic institutions in Turkey*, Parliamentary Assembly, Council of Europe.

# КОНСТИТУЦІЙНИЙ ОГЛЯД: ВИБОРИ В ЄВРОПІ: ПЕРШІ ПІДСУМКИ

## |ПАРЛАМЕНТСЬКІ ВИБОРИ У ВЕЛИКІЙ БРИТАНІЇ

3 травня у Великій Британії розпустили парламент. Внаслідок цього 8 червня пройшли вибори до парламенту країни 57-го скликання. Британці обрали в цілому 650 депутатів до нижньої палати парламенту Великої Британії, тобто від Палати громад. Дострокові парламентські вибори у Великій Британії стали необхідними після того, як країна оголосила про вихід з Євросоюзу (Brexit) і парламент виявився розділеним щодо цього питання. Нагадаємо, 23 червня 2016 р. у Британії відбувся референдум щодо членства країни в ЄС, де 51,9 % виборців висловилися за вихід з Євросоюзу. Тоді новим прем'єром стала Тереза Мей.

Щоб сформувати більшість у

Палаті громад, одна партія повинна вибороти 326 місць. Основна боротьба розгорнулася між Консервативною партією нинішнього прем'єр-міністра Великобританії Терези Мей і Лейбористською партією.

Тож, зважаючи на результати, Консервативна партія не має більшості у новому парламенті, адже консерватори отримали 312 місць, втративши порівняно з попередніми виборами 11 мандатів. Сама Мей виграла вибори у місті Мейденхед і переобралась до парламенту на позачергових виборах. Лейбористам дісталися 259 місць — на 28 більше, ніж у них було раніше, у ліберал-демократів 12 місць, а у Шотландської національної партії — 34.

Явка на цьогорічних парламентських виборах у Великобританії становила 69% і це найвищий показник за останні 20 років.



## |ЗМІНА ФОРМИ ДЕРЖАВНОГО ПРАВЛІННЯ У ТУРЕЧЧИНІ

Повноваження чинного президента Туреччини Реджепа Таїпа Ердогана були суттєво збільшені після ухвалення змін до конституції на референдумі 16 квітня 2017 року.

Згідно з даними за підсумками підрахунку 99,33% бюлетенів, за зміни до Конституції Туреччини, що передбачають перехід до президентської республіки, проголосувало 51,36% (24 млн 935 тис. 426) виборців, проти — 48,64% (23 млн 616 тис. 345). Загальна кількість голосів майже сягнула 49 мільйонів.

На референдум у Туреччині було винесене питання змін до конституції, за якими президент Ердоган отримує всю повноту влади в країні. Замість прем'єр-міністра з'являться віце-президенти, які будуть залежати від президента, і не володітимуть тими повноваженнями, які сьогодні має прем'єр. Президент тепер отримає право пропонувати бюджет, бути членом політичної партії (зараз





у нього немає такого права), видавати укази, що мають силу закону, змінювати структуру міністерств і держустанов, розпускати парламент, оголошувати надзвичайний стан, призначати більшість верховних суддів країни, призначати міністрів без схвалення парламенту. Крім того, референдум обнулить формальні терміни правління Реджепа Ердогана, що дозволить йому залишитися президентом Туреччини до 2029 року.

## ПАРЛАМЕНТСЬКІ ВИБОРИ У НІДЕРЛАНДАХ

У Нідерландах 15 березня 2017 відбулися вибори до Нижньої палати парламенту, в яких взяли участь 28 партій. Нідерландська система сформована таким чином, що в парламент можуть потрапляти навіть маленькі партії, які отримують всього по кілька місць. Наприклад, до цього у парламенті було 11 партій, від найменших з них були один-два представники.

За результатами, найбільше представлення у нижній палаті парламенту упродовж наступних 4 років матиме партія нинішнього прем'єр-міністра Марка Рютте VVD. Вона отримала 33 зі 150 місць у Нижній палаті. У порівнянні із попередніми виборами партія втратила 8 місць, однак змогла утриматися в лідерах. Друге місце здобула крайня права партія PVV, у якої 20 місць (на 5 місць більше, ніж попередньої каденції). Християнсько-демократична партія CDA та прогресивні демократи D66 отримали по 19 місць, партії зелених-лівих Groen Links та соціалістів SP — по 14 місць. Найбільших втрат на цих виборах зазнала соціал-демократична партія



PvdA, яка входила до нинішньої коаліції (9 місць — на 29 менше, ніж на попередніх виборах). Крім інших, у парламент вперше потрапляють дві новостворені політичні сили. (Denk, яка робить виключний акцент на прийнятті мігрантів у суспільстві, та партія «Форум за демократію» (FvD)). Програмою ультраправих був маніфест на одній сторінці під назвою «Нідерланди знову наші», що включав «деісламізацію» країни, намір закрити всі мечеті та заборонити Коран, передбачуваний вихід Нідерландів із Європейського Союзу. Навіть у день голосування прем'єр-міністр Нідерландів, лідер VVD Марк Рютте не виключав, що у четвер Нідерланди можуть покинутися із ультраправою партією на чолі парламенту. Проте, врешті країні праві опинилися на другому місці.

Крім традиційної політичної боротьби, викликом для парла-

ментських виборів у Нідерландах стала кібербезпека. Побоюючись намагань Росії втрутитися у вибори за допомогою сучасних технологій, Нідерланди навіть вирішили відмовитися від електронного підрахунку голосів та прийняли рішення рахувати бюлетені вручну.

## НОВИЙ УРЯД ФРАНЦІЇ

Президент Франції Еммануель Макрон представив новий уряд, де було замінено низку міністрів, які пішли у відставку через корупційний скандал навколо партії MoDem. Президент представив оновлений уряд 21 червня. У ньому деякі вакантні посади обійняли маловідомі в політиці люди.

Так, міністром оборони Франції була призначена Флоранс Парлі, яка раніше відповідала за бюджетні питання в міністерстві економіки Франції на початку 2000-х років, а останніми роками обіймала посаду топ-менеджерки у французькій національній залізничній компанії SNCF.

Суддя конституційного суду Франції Ніколь Белюбе була призначена президентом на посаду міністром юстиції. А міністерст-



во з питань європейських справ очолила Наталі Луазо, директорка престижної Національної школи адміністрації Франції (ENA), у якій навчалося багато представників політичної еліти Франції, включно з самим Макроном.

Крім того, Жак Мезар, який раніше очолював міністерство агропромислової політики, став міністром територіального планування. А аграрним відомством керуватиме колишній соціаліст Стефан Травер, йдеться на сайті уряду Франції.

Решта міністрів зберегли свої посади. У новому кабінеті нараховується 28 міністрів, половина з них жінки і половина — чоловіки.

Нагадаємо, зранку у середу, 21 червня, міністр юстиції Франції Франсуа Байру оголосив про відставку. Причиною цього кроку стало розслідування щодо партії MoDem, головою якої є Байру і яка перебуває у союзі з «Республікою на марші!» президента Макрона. Партійців MoDem підозрюють у хибному використанні коштів, які виділяє Європарламент, — мовляв, вони спрямовувалися на оплату роботи помічників депутатів, які працювали у Франції.

У цей же день стало відомо про відставку міністра з питань європейських справ Маріель де

Сарнез, яка також представляє MoDem. Напередодні, 20 червня, колишня євродепутатка Сільві Гулар, яку Макрон призначив міністром оборони у своєму уряді, заявила, що не братиме участі в подальшій роботі кабінету. У цей же день уряд Франції пішов у технічну відставку, що традиційно відбувається після парламентських виборів в країні.

## ПРИЙНЯТИЙ НОВИЙ ЗАКОН ПРО КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ

Більшістю голосів депутати Верховної Ради підтримали проект закону про Конституційний суд. За відповідне рішення проголосувало 245 народних депутатів. Таким чином, Рада імплементувала зміни до Конституції України в частині правосуддя, визначила порядок організації та діяльності Конституційного суду.

Згідно з законом, до складу Конституційного суду увійде 18 суддів: по 6 суддів призначають Президент України, Верховна Рада і з'їзд суддів України. Конституційний суд отримає повноваження на здійснення конституційних

проваджень за умови вступу в повноваження не менше двох третин суддів.

Закон передбачає, що в складі КС діятиме Велика палата, 2 сенати і 6 колегій. Відповідно до закону, формами звернення до суду є конституційне подання, конституційне звернення і конституційна скарга.

31 липня Президент України Петро Порошенко підписав Закон.

## КОНСТИТУЦІЙНА КРИЗА У ВЕНЕСУЕЛІ

У Венесуелі 30 липня, на виборах до конституційної асамблеї явка склала 41,5 відсотка, загалом проголосували вісім мільйонів осіб. Такі дані наводить центрвиборчком країни. Президент Венесуели Ніколас Мадуро та його соратники заявили про «рекордну» явку. Опозиція заявляє, що голосувати прийшли лише від двох до трьох мільйонів осіб. Незалежні аналітики, на яких посиляється інформагенція AP, заявляють про 3,6 мільйона виборців, які проголосували.

Тим часом не вщухають конфлікти: протестанти вимагають справедливих виборів, відставки Мадуро та економічних реформ. Кількість загиблих у сутичках між протестувальниками та поліцією зросла до 10 осіб. Серед загиблих — двоє неповнолітніх, військовий та один з регіональних лідерів опозиції. Загалом кількість загиблих під час кількомісячних протестів у Венесуелі перевищила 120 осіб.

США засудили насилля щодо протестувальників. Самі ж вибори до конституційної асамблеї постійна представниця США в ООН Ніккі Хейлі назвала «ще одним







кроком до диктатури». Державний департамент пообіцяв, що запровадить «швидкі і сильні» санкції проти уряду Мадуро. Окрім США, про невизнання виборів у Венесуелі заявили Аргентина, Перу, Колумбія та Панама. Один з лідерів опозиції Енріке Капрілес закликав венесуельців вийти на протест проти конституційної асамблеї у понеділок, 31 липня.

Утворення конституційної асамблеї надає президенту Мадуро та його соціалістичній партії можливість переписати конституцію країни на свій розсуд. Найімовірніше, цей крок спричинить і нові вибори до парламенту, в якому нині переважають опозиційні сили.

## ІЗМІНИ ЩОДО НАБУТТЯ ГРОМАДЯНСТВА ШВЕЙЦАРІЇ

Швейцарці 12 лютого на референдумі схвалили пропозицію уряду про спрощення процедури отримання громадянства для іммігрантів у третьому поколінні.

Результати показують, що більшість виборців і кантонів за-

твердили реформу: на користь змін проголосували близько 60% виборців. Парламент у вересні минулого року погодив поправки до Конституції.

Реформа передбачає, що заявники віком від 9 до 25 років мають надіслати офіційний запит для отримання громадянства у федеральний уряд, але їм тепер не доведеться проходити труднощі і дорогі тести у місцевих органах влади.

За нинішнім законодавством народження у Швейцарії не гарантує громадянства і нерезиденти, як правило, повинні були чекати 12 років перед подачею заяви.

За новими пропозиціями кандидати повинні мати принаймні п'ять років регулярного навчання в Швейцарії і чинний дозвіл на проживання.

Запити на спрощене отримання громадянства також враховують сукупність умов для батьків,



бабусь і дідусів так званих іммігрантів третього покоління.

Проти спрощення системи надання громадянства виступила швейцарська Народна партія, відома своєю націоналістичною політикою, яка попереджала про можливість «ісламізації країни».

Всі інші великі партії, а також уряд рекомендували схвалити це рішення.

## ІКОНСТИТУЦІЙНА КРИЗА В МАКЕДОНІЇ

Апогеем політичної кризи в Македонії, яка триває з червня 2015-го, став штурм македонського парламенту ввечері 27 квітня. Незадоволені обранням спікером етнічного албанця прихильники консервативної політики Македонії штурмом увірвалися в зал засідань парламенту. Македонію досі відзначали як балканську країну, яка, на відміну від своїх країн-сусідів, спромоглася уникнути громадянських конфліктів, відколи здобула незалежність у 1991 році.

Нагадаємо, що македонська партія «Соціальний демократичний союз» Зорана Заєва, що донедавна перебувала в опозиції, змогла порозумітися з албанськими партіями й створила з ними альянс у законодавчому органі країни. Після торішніх позачергових виборів у країні так і немає нового уряду, тож парламентське порозуміння давало надію на легітимний уряд. Втім, націоналістичні політики трактували це як «албанський переворот». У відповідь — близько 200 їхніх прибічників напали на парламент. Статус албанців, які становлять третину населення країни, втім, досі неврегульований.





Глава держави представляє партію ВМРО-ДПМНЄ. До цього він не надав парламентській коаліції мандат на формування уряду, як цього вимагає македонська Конституція.

## СУДОВА РЕФОРМА В ПОЛЬЩІ: ПРЕЗИДЕНТ НАКЛАВ ВЕТО

**31** липня Президент Польщі Анджей Дуда наклав вето на два закони про судову реформу, які раніше схвалив парламент.

На основі ст. 122, ч. 5 Конституції, президент Анджей Дуда передав законопроекти про Національну раду суддів та Верховний суд для повторної оцінки їх сеймом.

Дуда наклав вето на два законопроекти із трьох — про не-

гайний розпуск Верховного суду і наділення Сейму повноваженнями призначати суддів Національної судової ради. Проте раніше він підписав третій законопроект, за яким Мін'юст Польщі отримав право призначати суддів загальної юрисдикції.

Нагадаємо, 19 липня Єврокомісія заявила, що у разі прийняття судової реформи, яка знищує незалежність судів, проти Польщі можуть бути застосовані санкції. 26 липня Єврокомісія розпочала дисциплінарне провадження щодо порушення Польщею умов угоди про Євросоюз після підписання президентом Анджеєм Дудою закону про суди загальної юрисдикції. 29 липня Єврокомісія відкрила справу проти Польщі через судову реформу.

## ПАРЛАМЕНТ РУМУНІЇ ВІДПРАВИВ УРЯД У ВІДСТАВКУ І ПРИЗНАЧИВ НОВИЙ

Правляча Соціал-демократична партія Румунії разом з партнерами по коаліції відправила власний уряд у відставку. Офіційне обґрунтування — Гріндяну не



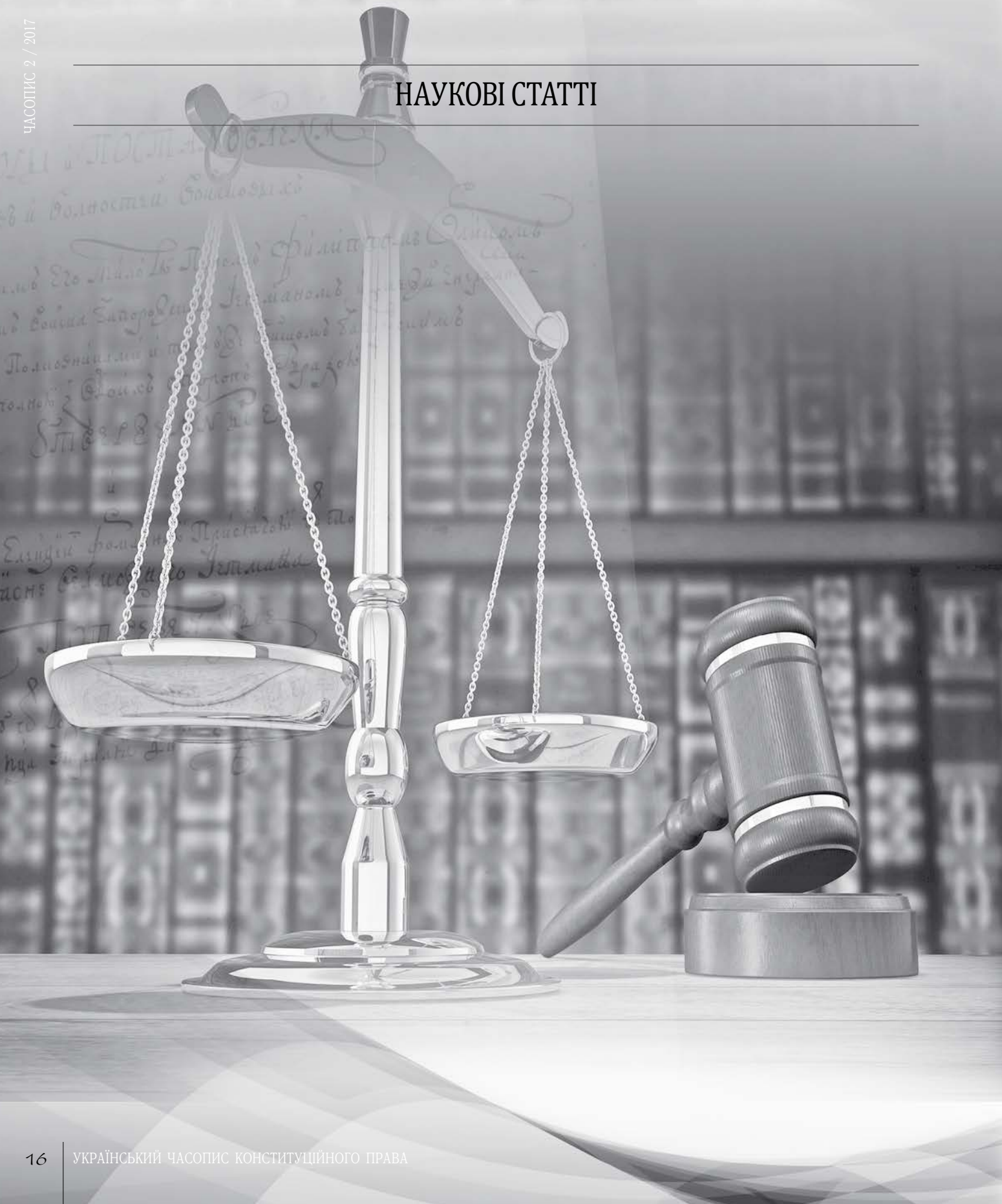
реалізував програму партії, а зокрема те, що уряд не зміг забезпечити послаблення антикорупційного законодавства.

На засіданні парламенту Румунії в середу, 21 червня, коаліційна більшість висловила вотум недовіри уряду Соріна Гріндяну, який став прем'єр-міністром у січні 2017 року. «За» вотум проголосував 241 депутат 329-місної нижньої палати парламенту. Ініціатором вотуму теж виступила правляча Соціал-демократична партія (СДП) Румунії. Необхідний мінімум для ухвалення відповідного рішення — 233 голоси. Коаліція має в парламенті майже 250 голосів (з 466 депутатів обох палат парламенту). Це перший в історії сучасної Румунії випадок, коли правляча коаліція відправила у відставку власний уряд.

Уже 29 червня Парламент Румунії більшістю голосів затвердив склад нового Кабінету міністрів на чолі з соціал-демократом Міхаєм Тудосе. «За» затвердження уряду проголосували 275 (із 466) депутатів парламенту, «проти» — 102 депутати, передає власний кореспондент Укрінформу. Більшість міністрів нового уряду працювали раніше в уряді Соріна Гріндяну.



## НАУКОВІ СТАТТІ





Д-р Дайнюс ЖАЛИМАС

/ Голова Конституційного Суду Литовської Республіки,  
професор Наукового центру міжнародного права  
та права Європейського Союзу  
(Юридичний факультет Вільнюського університету)

# РОСІЙСЬКЕ ВИПРАВДАННЯ АНЕКСІЇ КРИМУ ТА НАЦИСТСЬКА ПРОПАГАНДА:

## ВЕЛИКА СХОЖІСТЬ ТА НЕЗНАЧНІ ВІДМІННОСТІ<sup>1</sup>

### ABSTRACT

*The actions of the Russian Federation regarding the annexation of the Crimean Peninsula are analyzed in this article. Arguments for its justification provided by Russian scholars and politicians are researched, in particular, the right to self-determination and theory of succession of states. Attention is paid as well to similarities of such explanations with the justification of the seizure of the territories of Poland, Czechoslovakia and Lithuania by the Armed forces of Germany during the Second World War. According to the results of the research, it is concluded that the arguments of the Russian Federation doesn't comply with international law and are inadmissible.*

**Key words:** annexation, duty of non-recognition, violation of the principles of international law, the right to self-determination.

### АНОТАЦІЯ

*У статті аналізуються дії Російської Федерації щодо анексії півострова Крим з точки зору міжнародного права. Вивчаються аргументи щодо її виправдання, які наводяться російськими вченими та політиками, зокрема право на самовизначення уявного «народу Криму» та теорія континуїтету. Також звернуто увагу на схожість таких пояснень із обґрунтуванням захоплення німецькими збройними силами впродовж Другої світової війни територій Польщі, Чехословаччини та Литви. За результатами дослідження зроблено висновок про невідповідність аргументів Російської Федерації міжнародному праву та їх недопустимість.*

**Ключові слова:** анексія, обов'язок невизнання, порушення принципів міжнародного права, право на самовизначення.

<sup>1</sup> Ця стаття була підготовлена на основі доповіді «Уроки Другої світової війни і анексія Криму», зробленої 11 грудня 2015 року на міжнародній конференції «Минулі і майбутні питання і виклики запобігання міжнародним злочинам і зростанню нетолерантності», організованою Університетом Миколаса Ромеріса (Вільнюс, Литва).



Анексія частини території України — Кримсько-го півострова — була несподіваним і шокуючим інцидентом для міжнародного співтовариства. Загалом вона розцінена як серйозне порушення основних принципів міжнародного права, таких як принципи невикористання сили, поваги до територіальної цілісності держав та недоторканості їх кордонів [1]. З часів Другої світової війни ці принципи розглядалися як основа міжнародної стабільності та, зокрема, безпеки в Європі, яка найбільше постраждала під час обох світових війн. Тому анексію було визначено як головний виклик сучасному міжнародному правопорядку, зокрема такою, що підриває довіру до європейської системи безпеки, заснованої Гельсінською угодою 1975 року (Заключний акт НБСЄ). Оскільки правова оцінка російських дій проти України не видається особливо складним завданням, може здатися, що також не варто розглядати аргументи, подані російськими посадовими особами та вченими для обґрунтування анексії Криму та подальших дій в Україні. Проте публікації російських юристів важливі для визначення того, як задіяні аргументи підтримують та розвивають офіційну позицію Російської Федерації.

Хоча ці публікації та заяви, що ґрунтуються на тезі так званого «возз'єднання Криму з Росією» вже стали об'єктом дослідження<sup>2</sup>, ця стаття дає гарну можливість поглянути на них з іншого боку. Це історичний погляд, пов'язаний з досвідом Другої світової війни, якій передували і яка розпочалася з анексій та інших актів агресії, вчинених так само, як у Криму.

Отож, основною метою цієї статті є оцінка аргументів та стратегій, задіяних російськими політиками та юристами для обґрунтування тези про «возз'єднання Криму з Росією», враховуючи історичний бекграунд Другої світової війни. Стаття починається з загальної оцінки анексії Криму згідно міжнародного права. Далі висвітлюються виступи російських чиновників та публіка-

ції російських юристів, де були зроблені спроби довести законність анексії Криму із застосуванням методів системного аналізу та узагальнення. Цей аналіз супроводжується ідентифікованими типовими заявами, що використовуються російськими чиновниками та юристами для побудови оцінки анексії, сприятливої для Російської Федерації. Метою цього аналізу є розкриття того, як російське академічне середовище маніпулює міжнародним правом. Врешті, використовуючи методи аналогії та порівняльного аналізу, ми побачимо, що аргументи, застосовані російськими чиновниками та юристами на користь анексії Криму, подані на тлі аргументів, виголошених нацистським керівництвом на виправдання агресивних дій Третього рейху до та під час Другої світової війни.

Це порівняння приведе нас до відповіді, наскільки правовий дискурс російських вчених подібний до аргументів, застосованих нацистами для обґрунтування агресивної політики Третього Рейху. Автор переконаний: правник має бути достатньо сміливим, щоб розповісти правду. Отже, якщо ми бачимо ідентичність російської тези «возз'єднання» до ідеології нацистів та їх аргументації на підтримку агресії, ми повинні відкрито визнати це і заявити це. Навряд чи можна було б вивчити уроки Другої світової війни, якби ми, зіткнувшись з діями та ідеями, що вже призвели до катастрофічних наслідків, боялися побачити правду. Хто ж іще, якщо не правник, повинен зайняти принципову позицію, чітко засуджуючи міжнародні злочини, такі як злочин агресії.

## 1. Оцінка російських дій у Криму згідно з міжнародним правом

Слід згадати деталі юридичної оцінки анексії Криму, яка формально була здійснена протягом п'яти днів<sup>3</sup>. Серед фахівців з національного права та юристів-міжнародників існує загальний консенсус щодо того, що дії Російської Федерації

<sup>2</sup> Там само. — Р. 28–62.

<sup>3</sup> Після того, як наприкінці лютого 2014 року Кримський півострів взяли під контроль Збройні сили Росії (що на початковому етапі приховували свою ідентичність), 16 березня 2014 року був проведений так званий «референдум». 17 березня були оголошені результати «референдуму», того ж дня, російський Президент Путін підписав указ про визнання Республіки Крим суверенною і незалежною державою. 18 березня був підписаний «міжнародний договір» «Про прийняття до Російської Федерації Республіки Крим та утворення нових суб'єктів у складі Російської Федерації» між Російською Федерацією і «Республікою Крим», цей договір був направлений Конституційному Суду РФ для перегляду його конституційності. 19 березня, тобто, фактично, впродовж однієї ночі, Конституційний Суд РФ видав постанову, яка проголошувала, що вищезгаданий «договір» відповідає Конституції Російської Федерації. У такий спосіб, вперше в історії, Конституційний Суд було використано як знаряддя для вчинення міжнародного злочину агресії. 20 березня «договір» був ратифікований Росією.

є незаконним застосуванням сили і їх слід кваліфікувати як агресію. Відповідно до загальновищого визначення, актом агресії вважається будь-яке насильницьке приєднання території іншої держави, збройне вторгнення на територію іншої держави, блокування портів або узбережжя держави, використання збройних сил, розміщених в іншій державі всупереч умов договору про їх статус, а також надсилання збройних угруповань [2].

Оскільки те, як Росія захопила Крим, може спровокувати певну дискусію, чи може акт агресії здійснюватися без суттєвого військового зіткнення, слід зазначити, що згідно статті 1 «Визначення агресії», ключовим фактором агресії є здійснення державою військових дій проти суверенітету, територіальної цілісності чи політичної незалежності іншої держави. Водночас значна увага приділяється наслідкам таких дій. Цілком очевидним є те, що дії Чорноморського флоту та спецназу Російської Федерації (включно із так званими «зеленими чоловічками», які встановили фактичний контроль над півостровом, займаючи найважливіші об'єкти та блокуючи українських військових) були вчинені з метою запобігання українському уряду здійснювати свої суверенні повноваження на Кримському півострові, а також з метою створення необхідних умов для плавного сценарію анексії Криму. Тобто ці дії були спрямовані проти суверенітету та територіальної цілісності України. Крім того, важливо зазначити, що посилення на «агресію» в різних резолюціях, прийнятих на багатосторонніх політичних форумах, підтверджують точку зору правників (*opinio juris*) стосовно концепції агресії як такої, що не

обов'язково пов'язана з інтенсивним використанням зброї<sup>4</sup>.

Отже, так звана «сецесія» Криму, що мала місце внаслідок загрози та використання збройної сили (присутність контрольованих Росією незаконних військових і воєнізованих сил, які здійснювали фактичне захоплення території Криму, блокували українські збройні сили та порти; широкомасштабні військові маневри російських збройних сил вздовж українських кордонів, а також постійні декларації російського політичного керівництва про готовність до застосування сили) та включення Криму до складу Російської Федерації є незаконним з точки зору міжнародного права і не може розглядатися як випадок реалізації права народів на самовизначення. На цьому тлі обставина, що «референдум» не відповідав мінімальним міжнародним стандартам, що гарантують вільне волевиявлення<sup>5</sup>, є лише допоміжним аргументом, який вказує на незаконність анексії.

Тому внаслідок викладеної вище кваліфікації анексії Криму існує консенсус всього міжнародного співтовариства щодо **невизнання анексії**<sup>6</sup>; Крим розглядається як **частина території України, яка перебуває під тимчасовою російською окупацією**. Цей консенсус відображений у ряді резолюцій різних міжнародних організацій, в тому числі: 1) Резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 27 березня 2014 року про територіальну цілісність України, в якій підтверджено суверенітет і територіальну цілісність України<sup>7</sup>, а також вказано, що референдум щодо статусу Криму не був санкціонований Україною, а отже, його результати не мають юридичної сили; заклик до всіх дер-

4 Анексію Криму характеризують як (збройну) агресію ряд резолюцій різноманітних міжнародних організацій. Див. *The annexation of Crimea is characterized as a (military) aggression in a number of resolutions of various international organizations. See: the European Parliament Resolution on the Invasion of Ukraine by Russia [interactive]. 2014-03-13, 2014/2627(RSP), P7\_TA(2014)0248, § 1, 11. — Access mode: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0248+0+DOC+XML+V0//EN>>; the European Parliament Resolution on Russian Pressure on Eastern Partnership Countries and in Particular the Destabilisation of Eastern Ukraine [interactive]. 2014-04-17, 2014/2699(RSP), P7\_TA(2014)0457, § 3. — Access mode: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0457&language=EN&ring=P7-RC-2014-0436>>; the Parliamentary Assembly of the Council of Europe Resolution No. 1988 (2014) on Recent Developments in Ukraine: Threats to the Functioning of Democratic Institutions [interactive]. 2014-04-09, § 14. — Access mode: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20873&lang=en>>; the OSCE Parliamentary Assembly Resolution on the Continuation of Clear, Gross and Uncorrected Violations of OSCE Commitments and International Norms by the Russian Federation [interactive]. 2015-07-08, § 16, 21. — Access mode: <<https://www.oscepa.org/meetings/annual-sessions/2015-annual-session-helsinki/2015-helsinki-final-declaration/2282-07>>*

5 Європейська комісія за демократію через право (Венеційська комісія). Висновок про те, чи Рішення, прийняте Верховним Судом автономної республіки Крим в Україні, організувати референдум з питань, чи стати складовою частиною території Російської Федерації та чи відновити Конституцію Криму 1992 року відповідають конституційним принципам. [interactive]. 2014-03-21, No. 762/2014. — Access mode: <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)002-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)002-e)>

У висновку Венеційська комісія зазначила, що «обставини в Криму не дозволяють проведення референдуму у відповідності до європейських демократичних стандартів». Обставини, що засвідчують нехтування демократичними стандартами, наведені також у звіті Верховного комісара ООН з прав людини про ситуацію щодо прав людини в Україні від 15 квітня 2014 року.

(Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Report on the human rights situation in Ukraine [interactive]. 2014-04-15, § 6. — Access mode: <<http://www.ohchr.org/EN/Countries/ENACRegion/Pages/UAReports.aspx>>).

жав не визнавати будь-яких змін до статусу Автономної Республіки Крим та міста Севастополя; 2) Резолюція Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 19 грудня 2016 року про стан прав людини в Автономній Республіці Крим та м. Севастополь (Україна)<sup>8</sup>, в якій була засуджена тимчасова окупація частини території України і підтверджене невизнання анексії Криму; Росія була визнана державою-окупантом Криму; 3) доповідь Міжнародного кримінального суду від 14 листопада 2016 року про діяльність попередньої експертизи<sup>9</sup>, в якій робиться висновок, що ситуація на території Криму та Севастополя є міжнародним збройним конфліктом між Україною та Російською Федерацією; це означає визнання статусу Криму як території під російською окупацією; 4) Постанова Парламентської асамблеї Ради Європи «Про недавні події в Україні» від 9 квітня 2014 р. № 1988 (2014)<sup>10</sup>, в якій було заявлено, що підсумки кримського референдуму від 16 березня 2014 р. не мали юридичних наслідків, а подальша незаконна анексія Криму Російською Федерацією не визнається Радою Європи; було також підкреслено, що рух за сецесію та інтеграцію в Російську Федерацію підбурювався російською владою<sup>11</sup>; 5) Резолюція Парламентської Асамблеї Ради Європи № 2028 (2015 р.) № 2028 (2015 р.) «Про гуманітарний стан українських біженців та переміщених осіб», що містить заклик до російської влади забезпечити безпеку та повагу до прав людини всіх, хто живе в Криму під фактичним незаконним контролем Російської Федерації<sup>12</sup>; 6) Постанова Парламентської Асамблеї Ради Європи № 2132 (2016) від 12 жовтня 2016 р. про

політичні наслідки російської агресії в Україні, в якій Асамблея знову засудила незаконну анексію півострова та його інтеграцію в Російську Федерацію в порушення міжнародного права та Статуту Ради Європи<sup>13</sup>; 7) Резолюція Європейського Парламенту від 17 квітня 2014 року щодо російського тиску на країни Східного партнерства і, зокрема, дестабілізації Східної України<sup>14</sup>, в якій референдум в Криму було визначено як незаконний і нелегітимний, а анексію українського півострова — протиправною згідно з міжнародним правом; Європарламент також висловив свою переконаність в тому, що твердження Росії про право використовувати всі засоби для захисту російських меншин в третіх країнах не відповідає міжнародному праву і суперечить основоположним принципам міжнародної поведінки в XXI ст.; 8) Постанова Парламентської асамблеї ОБСЄ від 8 липня 2015 року «Про продовження чітких, важких і хибних порушень зобов'язань ОБСЄ та міжнародних норм з боку Російської Федерації»<sup>15</sup>, в якій було засуджено одностороннє і невиправдане порушення Російською Федерацією суверенітету і територіальної цілісності України, а також відмова Російської Федерації поважати Гельсінські принципи суверенітету, цілісності, непорушності міжнародно визнаних кордонів і заборони застосування та загрози застосування сили відносно держав-учасниць ОБСЄ.

## 2. Позиція Російської Федерації

Слід зазначити, що наукова дискусія навколо юридичної оцінки російських дій в Україні та

6 Обов'язок невизнання означає, що держави зобов'язані не визнавати через індивідуальні або колективні акти передбачувану державність територіальної одиниці, що встановлена з порушенням заборони використання або загрози застосування сили, а також не визнавати будь-яке набуття території, яке є результатом використання або загрози застосування сили. Цей обов'язок виник із Доктрини Стімсона 1932 р., яка була використана при реалізації політики невизнання незаконних силових змін території, в тому числі анексії прибалтійських держав Радянським Союзом. Обов'язок невизнання також передбачений статтею 41 статей Комісії з міжнародного права про відповідальність держав за міжнародно-правові делікти. Цей обов'язок є частиною звичаєвого міжнародного права та спрямований запобігати легалізації серйозних порушень міжнародного права шляхом їх визнання. Він містить «мінімальний опір» з боку міжнародного співтовариства та «постійний виклик узаконеному правопорушенню». Обов'язок невизнання зазвичай застосовується у випадках серйозних порушень зобов'язань erga omnes, зокрема тих, що виникають внаслідок заборони застосування сили або расової дискримінації або права народів на самовизначення.

7 The UN General Assembly Resolution on the Territorial Integrity of Ukraine, A/RES/68/262 of 27 March 2014. Adopted with 100 votes, 58 abstentions, and 11 no-votes.

8 The UN General Assembly Resolution. Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol (Ukraine), A/RES/71/205 of 19 December 2016.

9 The ICC Report on Preliminary Examination Activities, 14 November 2016, para 158.

10 Paras 14–16, see supra note 6.

11 Беручи до уваги те, що дії Російської Федерації поза будь-яким сумнівом становлять серйозне порушення міжнародного права, Парламентська асамблея Ради Європи також призупинила право голосу для делегації Російської Федерації. Див.: the Resolution No. 1990 (2014) 'Reconsideration on substantive grounds of the previously ratified credentials of the Russian delegation' and the Resolution No. 2034 (2015) 'Challenge, on substantive grounds, of the still unratified credentials of the delegation of the Russian Federation'.



вивчення спричинених ними викликів міжнародному праву розгорнулася переважно серед західних авторів, тоді як кількість публікацій російських юристів щодо цих питань досить обмежена. Очевидно, що аргументи російських юристів головним чином захищають і розвивають офіційну позицію Російської Федерації. Зокрема, надихаються і керуються вони промовою Володимира Путіна від 18 березня 2014 року (так звана кримська промова, в якій була проголошена теза про мирне «возз'єднання» на основі добровільного самовизначення та історичної спільності)<sup>16</sup>. Тому аргументи, які використовують російські юристи, слід розглядати в руслі стратегії юридичної війни *lawfare* як компоненти асиметричної війни *asymmetric warfare*. Складовою *lawfare* є використання юридично необґрунтованих аргументів, щоб послабити дипломатичні позиції противника на міжнародній арені, а також сформулювати громадську думку [3]. Як зазначив Крістофер Борген, «використання легалістичної риторики може скаламутити воду, навіть коли правовий аргумент доктринально слабкий» [4].

З огляду на вищесказане, варто було б зосередитися на деяких типових аргументах на виправдання так званого «возз'єднання» Криму з Росією, застосованих російськими чиновниками та юристами. Вони стосуються чотирьох основних питань: вигадане самовизначення «народу Криму» на виправдання «рятувальної сецесії», вигаданої вирішальної ролі кримського референдуму у «возз'єднанні» з Росією, надуманих історичних аргументів щодо залежності Криму від Росії та уявний провал української державності. До сфери міжнародного права належить тільки перше питання — те, що стосується самовизначення. У той час як три інші питання піднімаються для зміцнення аргументів на виправдання «самовизначення», проте

вони, здається, лежать поза сферою міжнародного права і навіть взагалі поза законом.

Спільним же для аргументів стосовно всіх чотирьох питань є те, що вони нагадують або іноді навіть ідентичні тим, що використовувались в період Другої світової війни обома країнами-агресорами — Третім Рейхом та СРСР, з метою виправдання їх актів агресії, включаючи анексії іноземних територій. Те саме можна сказати про подібність чи навіть ідентичність аргументації В. Путіна у його «кримській промові», а також в ряді його виступів до аргументації Адольфа Гітлера.

## 2.1. Поняття «народу Криму» та «рятувальної сецесії»

Як відомо, основний наратив, що використовується російськими політиками та юристами, щоб заперечити анексію Криму як незаконне набуття території, зосереджений на вигаданому самовизначенні «народу Криму». В основі цього наративу лежить уявний державний переворот, начебто проведений в Україні правими радикалами в лютому 2014 року (часто згадується російськими чиновниками як «неонацистський переворот»), після чого передбачався крах української державності. Внаслідок цього «кримський народ», побоюючись можливих переслідувань, нібито набув право відокремитись від України і приєднатись до Росії. У зв'язку з цим можна виділити декілька ключових пунктів.

Хоча автори, які захищають «сецесію» Криму, уникають детальнішого розкриття ознак «кримського народу», їхня позиція може бути пов'язана з аргументами про «російськість» мешканців півострова. До прикладу, Владислав Томсінов стверджує, що «політична і культурна автономія Криму, закріплена в Конституції, прийнятій Верховною

12 Access mode: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/xref/xref-xml2html-en.asp?fileid=21480&lang=en>>, para. 15.2

13 Access mode: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=23166&lang=en>>, para. 4

14 See supra note 6.

15 Там само.

16 У цій промові можна знайти заяви Путіна не лише про те, що він не заперечує агресію, оскільки ця агресія не викликала жодного опору. Він також обґрунтовує вигадану історичну «російськість» сучасних південноукраїнських земель та «старого Херсонеса», де був хрещений перший російський князь, водночас заявляє, що росіяни завжди сприймали Крим як «невід'ємну частину Росії».

([«В Крыму буквально всё пронизано нашей общей историей и гордостью. Здесь древний Херсонес, где принял крещение святой князь Владимир. <...> В сердце, в сознании людей Крым всегда был и остаётся неотъемлемой частью России. Эта убежденность, основанная на правде и справедливости, была непоколебимой, передавалась из поколения в поколение, перед ней были бессильны и время, и обстоятельства, бессильны все драматические перемены, которые мы переживали, переживала наша страна в течение всего XX века. После революции большевики по разным соображениям, пусть Бог им будет судья, включили в состав Украинской союзной республики значительные территории исторического юга России. Это было сделано без учёта национального состава жителей, и сегодня это современный юго-восток Украины. <...> Крым — это исконно русская земля, а Севастополь — русский город.»]). Appeal of the President of the Russian Federation (in Russian), 18 March 2014. — Access mode: <<http://kremlin.ru/events/president/news/20603>>

Радою Автономної Республіки Крим 6 травня 1992 року, забезпечила збереження її «російськості» [наголос доданий тут і пізніше]. На думку автора, ця автономія була компромісом, з одного боку, між Росією і Україною, з іншого боку — між Кримом і Україною. Цей компроміс дав *народу Росії* можливість для повноцінної реалізації свого права на самовизначення без відокремлення від України, тобто в межах української держави» [5]. У відкритому листі до Асоціації міжнародного права, підписаному визначним російським юристом Анатолієм Капустінім від імені Виконавчого комітету Російської асоціації міжнародного права, наголошено, що етнічні росіяни в Криму не є меншиною, оскільки Крим історично був частиною Росії [6]. Тому, хоча формально цей дискурс стосується багатонаціонального «народу Криму», акцент робиться саме на важливості етнічних росіян. Водночас робляться спроби заперечити їхній статус як національної меншини (оскільки згідно з встановленою російською правовою доктриною ця група не має права на самовизначення у формі сецесії).

Такі аргументи дуже близькі до тих, що використовувались Третім Рейхом при висуненні своїх вимог стосовно німців у Чехословаччині (Судетська область), Польщі (Данціг) та Литві (Клайпеда (Мемель)), а також при обґрунтуванні вимог нацистів щодо Австрії. Всі ці вимоги походять від концепції вигаданої єдності німецькомовної нації та історичної приналежності та прав на ці території Німеччини. Однак варто детальніше розглянути цю аргументацію.

Для того, щоб обґрунтувати вимогу щодо «рятувальної сецесії», використовуються дві взаємопов'язані аргументації. Перша, головна, зосереджується на вигаданих обмеженнях автономії Криму та виключенні кримчан із участі у політичних процесах; друга підкреслює вигадані порушення прав людини та загрози, з якими начебто стикається «народ Криму».

Стосовно передбачуваних обмежень автономії Криму, А. Капустін доходить до прямих звинувачень України в тому, що не були створені умови для відокремлення Республіки Крим. Він зазначає, що внаслідок кроків, здійснених державною владою України для запобігання відокремленню Криму в 1992 році, «народу Криму було чітко від-

мовлено у їхньому праві на зовнішнє самовизначення» [доданий наголос]» [7]. Таким чином, межа між внутрішнім і зовнішнім самовизначенням цілком розмита. Автор також припускає, що кримські мешканці були позбавлені політичного представництва. А. Капустін заявляє, що «неконституційний переворот [...] позбавив кримський народ права на представництво в державній владі України»<sup>17</sup>. В. Толстих пов'язує безпосереднє виключення населення Криму з участі у політичній комунікації з усуненням Віктора Януковича з поста Президента України, з невідповідним перехідним представницьким урядом України та люстраційним процесом, а також з кампанією, спрямованою проти Партії регіонів і Комуністичної партії України [8]. Навряд чи можна знайти відповідь, чому в таких твердженнях виживання «кримського народу» залежить від існування В. Януковича та його партійного режиму чи комуністичної партії.

Аргументи, спрямовані на виявлення вигаданого послідовного прагнення жителів Криму до самовизначення та підкреслення одночасного заперечення їх можливостей здійснення цього права, доповнюються твердженнями про загрози, перед якими нібито опинився «народ Криму». Наприклад, у своїй недавно опублікованій книзі голова Конституційного Суду РФ Валерій Зоркін заявив, що «дії від імені Росії [...] були необхідною і неминучою відповіддю на явно незаконні дії київської влади, яка здійснювала переворот, а також на пряму воєнну загрозу безпеці російського населення Криму ісламськими терористами та українськими неонацистами. Росія може вважати ці загрози лише воєнними» [9]. Знову ж таки, будь-які додаткові коментарі навряд чи потрібні. Окрім того, що голова Конституційного суду Російської Федерації у своїх твердженнях асоціює корінне населення Криму — кримських татар — з «ісламським тероризмом».

Важливо відзначити, що сприйняття вигаданої загрози існуванню «народу Криму» серед російських авторів не є однотайним (це не повинно було б дивувати, як і відмінності у вмінні створювати таку загрозу різними авторами). Хоча деякі, зокрема В. Зоркін та А. Капустін, говорять про фізичні загрози, В. Томсінов та В. Толстих зосереджують увагу на культурних аспектах. Наприклад, В. Толстих стверджує, що «відсутність порушень прав людини в Криму, подібних до тих, що мали місце в Косово, не може слугувати підставою для

<sup>17</sup> Там само. — Р. 116.

відмови населенню, що було позбавлене політичної комунікації, у праві на самовизначення» [10]. Згідно з позицією автора, такі події в Україні, як ініціатива скасування закону про регіональні мови, численні випадки знесення пам'ятників Леніну (які, за твердженням автора, є радше національними, ніж політичними символами), антиросійські заклики, а також примусове поширення ідей європейської інтеграції та європейської ідентичності можна розглядати як спробу нав'язати культурні вимоги, які можна подолати лише коштом втрати ідентичності нації<sup>18</sup>. На думку цього автора, «масове поширення та систематичність цих подій і підтримка чи схвалення їх новим урядом посилювали загрозу і виправдали відокремлення Криму значною мірою»; той ж автор доходить висновку, що «нав'язування культурних вимог можна кваліфікувати як геноцид, хоч і не у вузькому значенні, визначеному Конвенцією про геноцид [...]», а в широкому, як у визначенні Лемкіна<sup>19</sup>. Знову ж таки, додаткові коментарі про правове значення цих надзвичайно примітивних та заполітованих заяв навряд чи потрібні (наприклад, чому ідентичність кримського народу чи росіян у Криму обов'язково повинна бути пов'язана з Леніном, а не з європейськими цінностями).

Слід також звернути увагу на вражаючу схожість вищезазначених аргументів з тими, які використовував Адольф Гітлер щодо німців у Судетській області: «Все, що я можу сказати цим представникам демократії, те, що це не залишає нас байдужими, ні... якщо ці закатовані створіння не можуть знайти ні справедливості, ні допомоги самі, то вони одержать від нас і те, і інше. [...] Я просто вимагаю припинення гніту трьох мільйонів німців у Чехословаччині і реалізації їх невід'ємного права на самовизначення» [12].

## 2.2. Роль референдуму і російських Збройних сил

Інша ознака, яку називають в публікаціях російські автори, виправдовуючи «сецесію» Криму та його приєднання до Росії, — це акцентування на важливості референдуму, присвоєння міжнародно-правового значення інституту, який походить від національного права і регулюється на рівні національного законодавства.

Особливо радикальну позицію щодо важливості референдуму висуває В. Томсінов, який ствер-

джує, що «з точки зору сучасної західноєвропейської правової традиції, заснованої на принципі влади народу, *основним правовим підґрунтям для возз'єднання Криму з Росією* [наголос доданий] був референдум від 16 березня 2014 року, який показав справжнє прагнення переважної більшості кримського народу приєднатися до Росії»<sup>20</sup>. Таким чином, цей автор вважає референдум незалежним та, в принципі, безумовним підґрунтям для відокремлення Криму. Незважаючи на це, з точки зору міжнародного права, найбільш оригінальна позиція, що робить «волю народу» абсолютною, була висловлена в відкритому листі Російської асоціації міжнародного права. Там було сказано, що «для Криму була вирішена волевиявленням кримського народу та народом його історичної батьківщини — Росії. [...] Масові зустрічі у всіх великих містах Росії на підтримку возз'єднання з Кримом після двадцяти трьох років перерви є своєрідним волевиявленням мультимільйонного народу Росії щодо його історичних прав на Крим»<sup>21</sup>. Ймовірно, ця заява також не потребувала б додаткових коментарів, якби вона не була написана авторитетною академічною інституцією у спосіб, дуже схожий до використаного нацистськими злочинцями в Нюрнберзькому трибуналі при намаганні обґрунтувати анексію Австрії у 1938 році (можна також нагадати, що австрійський аншлюс здійснювався шляхом «референдуму» після того, як країна потрапила під фактичний контроль Німеччини).

У зв'язку з цим варто зачитувати висновок, викладений ще в рішенні Міжнародного військового трибуналу в Нюрнберзі від 1 жовтня 1946 року стосовно австрійського аншлюсу: «Перед трибуналом було висунуте твердження, що анексія Австрії була виправдана сильним бажанням

18 Там само. — § 9.

19 Там само. Авторська примітка: Рафаель Лемкін, автор терміну «геноцид», розумів геноцид не лише в умовах масового вбивства осіб, що належать до певної національної групи, але й також як «координований план різних дій, спрямованих на руйнування природних основ життя національних груп з метою знищення самих груп. Цілями такого плану будуть розпад політичних та соціальних інститутів, культури, мови, національних почуттів, релігії та економічного існування національних груп, руйнування особистої безпеки, свободи, здоров'я, гідності та навіть життя людей, що належать до таких груп. Геноцид спрямований проти національної групи як суб'єкта, і конкретні дії, спрямовані проти окремих осіб, не як проти особистості, а як проти членів національної групи» [11].

20 Tomsinov, *supra* note 10. — P. 28.

21 Circular Letter to the Executive Council of the International Law Association, *supra* note 11.



союзу між Австрією і Німеччиною, висловлене у багатьох колах. Стверджувалось, що між цими двома народами багато спільного, що зробило цей союз бажаним; і що в результаті ціль була досягнута без кровопролиття. Ці твердження, навіть якщо вони правдиві, фактично несуттєві, бо факти чітко доводять, що методи, які застосовувались для досягнення цієї цілі, були методами агресора. Вирішальним фактором була воєнна сила Німеччини, готова до використання у випадку зіткнення з будь-яким опором» [13]. Отже, ще Нюрнберзький трибунал продемонстрував справжню цінність аргументів щодо вирішальної ролі референдумів при проведенні анексії іноземних територій.

У тому ж дусі експлуатувалась передбачувана згода на акт агресії, щоб виправдати дії Третього рейху проти Чехословаччини, Данії, Бельгії та Люксембургу; той самий метод також використовував СРСР для окупації та анексії прибалтійських держав [14]. Інший аспект, важливий для розгортання наративу, сформульованого російськими авторами щодо «возз'єднання Криму з Росією», — це інтерпретація ролі російських збройних сил у Криму. Варто зазначити, що російська міжнародна правова доктрина, як і позиція, подана до Міжнародного Суду ООН у справі про Косово, раніше була послідовною щодо положення, яке впливає з Декларації про принципи міжнародного права. Право на самовизначення повинно здійснюватися «через вільний вибір людей, яких це стосується, без зовнішнього втручання»<sup>22</sup>. Основним твердженням, яке зараз використовується для обходу цієї норми, є те, що метою російських збройних сил був не вплив на вільне волевиявлення, а створення умов для цього волевиявлення, тобто допомога «народу Криму» у реалізації самовизначення. Як зазначає Георгій Вельямінов, «не було встановлено жодного достовірного факту про будь-який тиск або, тим більше, тиск збройних сил щодо людей, які прийшли на референдум» [15]. За словами В. Томсінова, російські війська були присутні, «щоб захистити народ Криму від насильницьких дій української

влади або радикальних націоналістів, що позбавляли громадян можливості проведення референдуму» [17]. Можна іронічно припустити, якою могла б бути реакція на аргумент, що в 1938 році в Австрії нацистські збройні сили також прагнули забезпечити плебісцит щодо об'єднання з Німеччиною.

Особливо нетрадиційне тлумачення ролі Росії в Криму розробив В. Толстих. Стверджуючи, що участь Росії не була спрямована на втручання у процес формування волевиявлення кримчан і що, у такий спосіб, дії Росії, які перешкоджали київському уряду втрутитися в хід подій, не можуть вважатись примусом проти жителів Криму, В. Толстих вказує, що «головна обставина, що виправдовує участь Росії в процесі самовизначення Криму, — це розпад державності України»<sup>23</sup>.

Цитуючи ідеї Жана-Жака Руссо, цей автор стверджує, що через переворот, що відбувався в Україні, українська держава розпалася; внаслідок цього був розірваний суспільний договір, а мешканці Криму повернулись у природний стан. З цієї причини «змінилася конфігурація міжнародних відносин: замість російсько-українських відносин виникли відносини між Кримом та новою Україною, між Кримом та Росією, а також між Росією та новою Україною. Дії Росії, які запобігали поширенню юрисдикції нової України на територію Криму, були законними, оскільки вони базувались на згоді населення Криму. Ці дії не можна кваліфікувати як підтримку однієї зі сторін у громадянській війні, адже з моменту розпаду Крим та нова Україна перестали бути частинами однієї держави. За таких обставин додаткові аргументи, надані Росією (запрошення Президента, право на самооборону, гуманітарне втручання), є непотрібними»<sup>24</sup>. Дійсно, важко знайти більш абсурдну інтерпретацію міжнародного права, яка не має нічого спільного з усталеною концепцією континуїтету (безперервності) держав, згідно з якою держава, як суб'єкт міжнародного права, не може зникнути і не може бути звільнена від своїх зобов'язань внаслідок зміни (навіть неконституційного характеру) її уряду (також презюмується державна безперервність у випадку змін її території чи населення та у випадку іноземної військової окупації)<sup>25</sup>. Стосовно цього можна також згадати той факт, що у вересні 1939 року. Радянський Союз вдерся до Польщі (приєднавшись до нацистської Німеччини у війні проти Польщі),

22 *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion). Written Statement of the Russian Federation [interactive]. 2009-04-16, § 80. — Access mode: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15628.pdf> [accessed 2016-10-10].*

23 Tolstikh, *supra* note 16, § 11.

24 Там само.

виправдовуючи це тим, що польська держава нібито перестала існувати<sup>26</sup>.

Така аргументація, яку наводить В. Толстих, вочевидь, переходить не тільки «межі» міжнародного права. На жаль, слід зазначити, що це не поодинокий випадок. Радше абсурдні або юридично несуттєві аргументи схоже викладені в публікаціях і інших російських вчених з міжнародного права.

### 2.3. Історичні аргументи

Описана вище аргументація російських авторів (про роль референдуму та збройних сил Росії), яка здебільшого відображає відповідні заяви політиків, мабуть, покликана посилити наратив щодо самовизначення. Формулювання наступної групи більш складних аргументів, а саме історичних, стосовно начебто історичних прав Росії на територію Криму, переслідує ту ж саму ціль.

Тут ключову роль відіграють аргументи щодо відновлення «історичної справедливості»; сюди належать заяви про неконституційність передачі Криму Українській РСР в 1954 році, а також твердження стосовно історичної приналежності Криму до Росії. Зокрема історичний аргумент був головним у «кримській промові» Путіна від 18 березня 2014 року; його також використав Віталій Чуркін, постійний представник Російської Федерації в ООН, у своєму виступі 27 березня 2014 року на Генеральній Асамблеї ООН: «Історична справедливість перемогла. Протягом століть Крим був невід'ємною частиною нашої країни, у нас спільна історія, культура і, головне, народ. І лише волюнтаристське рішення лідерів СРСР у 1954 році, яким Крим та Севастополь були передані Українській Республіці, хоча і в межах однієї держави, спотворило цей природний стан справ» [17]. Можна пригадати, що у такий же спосіб Третій Рейх обґрунтовував вимогу повернення територій, які відповідно до Версальського мирного договору 1919 року втратила Німеччина.

Варто згадати, як «історичний аргумент» представляє голова Асоціації міжнародного права А. Капустін: «[Історичне виправдання] не можна ігнорувати, коли йдеться про возз'єднання історично об'єднаних націй. Розподіл Росії та Криму був багато в чому штучним, і в процесі розпаду СРСР правове врегулювання територіальних питань було, з історичних причин, незадовільним.

Згодом укладення двосторонніх угод між Російською Федерацією та Україною, а також документи Співдружності Незалежних Держав закріпили лише статус-кво і не розглядали питання про правовий статус деяких оспорюваних територій, а це означає, що на території Співдружності Незалежних Держав є ще деякі невирішені територіальні суперечки та конфлікти»<sup>27</sup>. У відкритому листі Російської асоціації міжнародного права також вказано, що в результаті «проведення кримського референдуму волевиявлення на користь повернення кримського народу на історичну батьківщину — Росію, було відновлено історичну справедливість, реалізовано історично сформовані правові підстави»<sup>28</sup>.

Таким чином, як зазначає Борген, спільна історія представлена як чинник, що певною мірою применшує суверенні права України щодо своєї території, тим самим повертаючи нас до часів, коли норми Статуту ООН ще не діяли<sup>29</sup>. Дійсно, цитовані твердження є не що інше, як повне незнання та цинічне заперечення таких усталених принципів сучасного міжнародного права, як повага до територіальної цілісності держав та недоторканості їхніх кордонів, а також принципу *uti possidetis juris*, що застосовується при делімітації кордонів новостворених держав. Ці заяви також представляють «справді інноваційний» підхід до договорів про делімітацію кордонів, що робить їх просто беззмисовними.

У той же час роботи деяких російських фахівців з міжнародного права містять ще амбітніше застосування історичної аргументації. Олександр Саленко стверджує, що Біловезькі угоди<sup>30</sup> [18] про припинення існування СРСР порушили волю народу Росії щодо збереження СРСР у формі відновленої федерації, що була висловлена під час референдуму Радянського Союзу від 17 березня 1991 року. Крім того, той же автор стверджує, що президент СРСР Михайло Горбачов та інші учасники Новоогарьовського процесу, які 23 квітня 1991 року підписали договір між центральним ке-

25 See: Marek, K. *Identity and Continuity of States in Public International Law*. Geneva: Librairie E. Droz, 1954. — P. 15–126, 551–587; Crawford, J. *The Creation of States in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979. — P. 403–420.

26 Marek, *supra* note 29. — P. 148–149.

27 Kapustin, *supra* note 12, p. 113.

28 Circular Letter to the Executive Council of the International Law Association, *supra* note 11.

29 Borgen, *supra* note 9, p. 255.

рівництвом СРСР і дев'ятьма союзними республіками (цей договір повинен був перетворити Радянський Союз на федерацію незалежних держав), свідомо порушили фундаментальні конституційні норми СРСР, оскільки результати референдуму СРСР від 17 березня 1991 року були обов'язковими для всіх союзних республік, включаючи ті шість (Литва, Латвія, Естонія, Грузія, Вірменія та Молдова), які бойкотували референдум<sup>31</sup>.

Очевидно, що аргументи, спрямовані на оцінку законності розпаду СРСР, мають потенційно значно ширшу сферу застосування, ніж обґрунтування анексії Криму. Фактично, О. Саленко стверджує, що президент СРСР Михайло Горбачов незаконно визнав незалежність «самопроголошених прибалтійських республік» (Литва, Латвія та Естонія), оскільки жодна з цих трьох республік не виконувала законодавчих вимог СРСР «щодо порядку вирішення питань виходу союзної республіки зі складу СРСР» від 3 квітня 1990 року<sup>32</sup>. Можна іронічно зазначити, що у такий спосіб О. Саленко готує ідеологічну основу для спроб відновити усю радянську імперію. Знову ж таки, шкода, але навряд чи можна знайти у його твердженнях хоча б якісь правові аргументи чи хоча б основу міжнародного права.

#### 2.4. «Провал державності» України

Окрім історичного реваншизму, важливу роль у аргументації російських авторів, що виправдовують анексію Криму, відіграють ідеї оспорування статусу України як суверенної держави. Взяття під сумнів української державності ґрунтується на аргументах, що вказують на неконституційність уявного перевороту (Револуція гідності), а також на те, як західні держави начебто впливають на

30 Біловезькі угоди — це договір, підписаний Президентом РСФСР Борисом Єльциним, Президентом України Леонідом Кравчуком і Головою Парламенту Білорусі Станіславом Шушкевичем. Договір засвідчив, що «СРСР як суб'єкт міжнародного права і геополітичної дійсності припиняє своє існування» і утворив на його місці Співдружність Незалежних Держав.

31 Там само. — Р. 156. О. Саленко, опираючись на позицію Третякова, стверджує, що «референдум СРСР від 17.03.1991 р. став індикатором того, що ті союзні республіки, що прагнуть до незалежності від» радянського імперіалізму «мали на меті створити свою» мікроімперію «і, отримавши [...] свободу для їхніх націй, не хочуть навіть трохи віддавати цю свободу іншим народам, що живуть на територіях цих держав».

32 Там само. — Р. 156–157.

33 Tomsinov, *supra* note 10. — Р. 30.

34 Borgen, *supra* note 9. — Р. 261–262, 273.

новий український уряд. За словами В. Томсінова, однією з особливостей, що визначають специфіку кримського відокремлення, є те, що «возз'єднання Криму з Росією відбулося в основному внаслідок усвідомлення народом Криму, що періодичні державні перевороти, [...] нездатність урядів, що змінювалися, забезпечити рівномірний економічний розвиток та природні умови для нормальної життєдіяльності людини не є випадковими: вони вказують не на тимчасові нездужання українського суспільства та його політичної і правової свідомості, а на його постійні вади, що перешкоджають виникненню нормальної самостійної української державності. Неспроможність українського суспільства створити повноцінну державу, здатну забезпечити життєво важливі умови для нормальної життєдіяльності всіх її громадян [...] є ще однією причиною для відокремлення Криму від України та возз'єднання його з Росією»<sup>33</sup>.

Спроби принизити українську державу, перечуючи її суверенність, також очевидні, коли описується ситуація в Україні після анексії Криму. Оскільки після проведення виборів в Україні у жовтні 2014 року неможливо було опиратися на аргумент про неконституційність уряду, ця аргументація змінилася поглядами про начебто підлеглий статус України. Такий погляд представлений доволі радикально, наприклад, у монографії В. Томсінова:

«Небажання керівництва США та Європейського Союзу, а також українських правлячих груп, цілком залежних від США та ЄС, вирішити питання про належність Криму шляхом переговорів [...] залишає єдиний реально можливий засіб вирішення цієї дискусії, а саме повний розпад існуючої української держави та її ліквідацію як суб'єкта міжнародного права [підкреслено В. Томсіновим]. Така можливість звільнення відносин Росії з західними державами від тягара кримської проблеми цілком застосовна на практиці, головним чином, в результаті посилення руйнівних процесів в українській державі. Ці процеси мають об'єктивний характер і не можуть бути зупинені за допомогою жодних зовнішніх сил.

В результаті, Україна безумовно стала підкорятися провладним західним групам, насамперед США, і, в принципі, втратила навіть той незначний ступінь незалежності своєї держави, який був їй наданий після розпаду Радянського Союзу. Рішення, які насамперед важливі та необхідні для



української держави, приймаються не в Україні. Українська влада, включаючи Президента та Прем'єр-Міністра, є просто агентами іноземної волі, виконавцями рішень, прийнятих керівництвом США та Європейського Союзу.

Особлива слабкість сучасної української держави робить її правлячу еліту [...] абсолютно не-ефективною у ролі агента західної політики [...]. Саме ця обставина не дозволяє Заходу запобігти остаточному занепаду української держави» [20].

Тут корисно ще раз звернутись до ідей, висловлених Боргеном, а саме, що суверенітет у російській риторичі «стає ефемерним» і перетворю-

ється з основної цінності, захищеної міжнародним правом, на просто факт, який може або не може діяти за певних обставин. У той же час визначення самого суверенітету змінюється таким чином, що посилює масштаби російського суверенітету, мінімізуючи при цьому суверенітет пострадянських держав («близьке зарубіжжя»)<sup>34</sup>. У такий спосіб усі народи, які обрали незалежність від російського панування, зображені як несаможиттєві та як такі, що заслуговують зникнути з карти світу. Навряд чи можна додати щось до такої абсурдної концепції, яка не має жодних правових витоків.

## ВИСНОВКИ

Що можна дізнатись з вищеприведеної аргументації російських авторів, що виправдовують анексію Криму? Можливо, головним висновком буде те, що ця аргументація ще раз демонструє нам специфіку російського сприйняття міжнародного права, яка відрізняється від загальноприйнятого на Заході [21]. Це специфічне розуміння міжнародного права як засобу російської політики відображає ідею, що Росія, як сильна держава, має право на регіонально-історичний «більший простір»; Росія нібито переслідує унікальну «російську ідею» і тому має також право стежити та пильнувати за своїми сусідами<sup>35</sup>. Очевидно, відповідно до такого способу сприйняття міжнародного права, такі держави як Україна можуть існувати лише за умови, що вони підпорядковані Росії, і Росія має право вимагати будь-яку територію, яка входила до складу колишнього СРСР.

Аналіз того, як маніпулюють міжнародно-правовими поняттями при формулюванні наративу «возз'єднання», також доводить, що для цих маніпуляцій немає меж для створення альтернативної псевдо-правової реальності, яка слугувала б обґрунтуванню так званого возз'єднання Криму з Росією. Усі засоби вважаються прийнятними для досягнення цієї мети: можна розмивати межі між міжнародним та національним правом, а також між правом та політикою взагалі, можна використовувати завідомо абсурдні аргументи та принизливі висловлювання щодо всього сусіднього народу, що нагадують мову ворожнечі. Як зазначав Борген, «Росія створює ревізійністську концепцію міжнародного права для обслуговування своїх зовнішньополітичних потреб»<sup>36</sup>. Тому,

шкода, але слід зробити висновок, що сучасне російське міжнародне право як наука стало політичним інструментом, тобто воно навряд чи сприймається як наука взагалі. Воно радше продовжує сумну традицію колишньої радянської правової науки — рабську покірність правлячому режиму.

У підсумку необхідно також підкреслити, що всі елементи наративу «возз'єднання» ідеально вписуються в ширшу політичну концепцію «російського світу» («русский мир»), розроблену з метою виправдання дій у так званому «близькому зарубіжжі». «Російський світ» не є етнічним, але охоплює радянську спадщину та російськомовний світ. Одним з ключових елементів цієї концепції є право Росії захищати групи, що належать до «російського світу», в країнах, що знаходяться за межами власних кордонів Росії. Таке право поширюється і на суб'єктів за кордоном, перелічених В. Путіним: «співвітчизники [соотечественники], росіяни [русские люди] і представники інших народів, які вважають, що вони є частиною широкого російського світу» [22]. Враховуючи той факт, що захист може включати весь спектр доступних засобів, від політичних та економічних до військових, ця концепція служить важливим інструментом для російських геополітичних амбіцій. Як зазначала Марлен Ларуель, «концепція «російського світу» пропонує особливо потужний репертуар: це і геополітичні фантазії, і розмите розуміння карти світу, на якій різноманітні регіони світу та їхні зв'язки з Росією можуть бути сформульовані вкрай розмиті. Така розмитість є структурною

<sup>35</sup> Там само.

<sup>36</sup> Borgen, *supra* note 9. — P. 279.

для концепції і дозволяє її інтерпретувати в декількох контекстах. По-перше, вона слугує виправданням для права Росії (на її думку) контролювати еволюцію своїх сусідів та, коли вона вважає за потрібне, для інтервенційної політики. По-друге, таке обґрунтування дозволяє Росії відновити зв'язок з дорадянським та радянським минулим через примирення з російськими діаспорами за кордоном. Нарешті, це критичний інструмент для Росії, щоб представляти себе на міжнародній арені та просувати власний голос у світі» [23].

Важливо звернути увагу на явну схожість сутності цього вчення, сформульованого російськими юристами, зокрема «возз'єднання», з наступними твердженнями: «1. Ми вимагаємо об'єднання усіх німців у Великій Німеччині на основі принципу самовизначення всіх народів. 2. Ми вимагаємо, щоб німецький народ мав права, рівні з правами інших народів; і щоб мирні договори Версаля та Сен-Жермена були скасовані» [24]. Так,

це правда, ці твердження є першими двома пунктами Програми Націонал-Соціалістичної робітничої партії Німеччини, організації, яка була визнана злочинною Нюрнберзьким трибуналом. Тому не дивно, що наратив російського «возз'єднання» настільки близький до нацистської ідеології і фактично використовує аргументи, співзвучні з тими, що були представлені нацистськими злочинцями під час Нюрнберзького процесу.

І, нарешті, автор цієї статті переконаний, що уроки Другої світової війни не були адекватно вивчені, якщо такі поняття, як «російський світ» чи проаналізований наратив «возз'єднання», все ще живі. Вони не можуть бути вивчені, допоки ми не будемо називати речі своїми справжніми іменами. Дозвольте мені закінчити цю статтю іронічним риторичним запитанням: чи Росія насправді виграла війну проти нацизму, чи вона зрештою програла її?

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Leonaitė, E., Žalimas, D. *The Annexation of Crimea and Attempts to Justify It in the Context of International Law*. *Lithuanian Annual Strategic Review*, 2015–2016. — 2016. — Vol. 14. — P. 14–22.
2. *The United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX), Definition of Aggression* [interactive]. 1974 12–14, A/RES/29/3314. — Access mode: <<http://www.un-documents.net/a29r3314.htm>>. See Article 3(a), (c), (e), (g)
3. Tiefenbrun, S. *Semiotic Definition of 'Lawfare'*. *Case Western Reserve Journal of International Law* [interactive]. — 2011. — Vol. 43. — Access mode: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1866448](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1866448)>.
4. Borgen, Ch. *Law, Rhetoric, Strategy: Russia and Self-Determination Before and After Crimea*. *U.S. Naval War College International Law Studies* [interactive]. — 2015. — Vol. 91. — P. 277. — Access mode: <<http://stockton.usnwc.edu/ils/vol91/iss1/7/>>
5. Tomsinov, A. V. 'Krymskoe pravo' ili Juridicheskie osnovaniya vossoedineniya Kryma s Rossiej ['Crimean Law' or Legal Grounds for the Reunification of the Crimea with Russia]. — *Vestnik Moskovskogo universiteta*. — Pravo. — 2014, 11 : 26.
6. Kapustin, A. *Circular Letter to the Executive Council of the International Law Association* [interactive]. — 2014. — Access mode: <<http://www.ilarb.ru/html/news/2014/5062014.pdf>> [accessed 2016-10-10]
7. Kapustin, A. *Crimea's Self-Determination in the Light of Contemporary International Law*. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Heidelberg Journal of International Law*. — 2015. — 75 (1) : 111.
8. Tolstykh, V. *Three Ideas of Self-Determination in International Law and the Reunification of Crimea with Russia*. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Heidelberg Journal of International Law*. — 2015. — 75 (1) : 135.
9. Zorkin, V. *Civilization of law and development of Russia*. *Petersburg: St. Petersburg International Legal Forum*. — 2015. — P. 264.
10. Tolstykh, V. L. *Vossoedinenie Kryma s Rossiej: pravovye kvalifikacii* [The Reunification of Crimea with Russia: the Legal Qualifications]. *Evrasijskij juridicheskij zhurnal* [interactive]. 2014, 5(72), § 8. — Access mode: <[http://www.eurasialaw.ru/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6186%3A2014-06-25-08-34-35&catid=442%3A2014-06-25-08-30-09&showall=1](http://www.eurasialaw.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=6186%3A2014-06-25-08-34-35&catid=442%3A2014-06-25-08-30-09&showall=1)> [accessed 2016-11-25]
11. Lemkin, R. *Axis Rule in Occupied Europe*. *Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd*. — 2005. — P. 79.
12. Hitler, A. *Closing speech at the National-Socialist party congress in Nuremberg* [transcript of the speech in English] [interactive]. 1938-09-12. — Access mode: <<http://der-fuehrer.org/reden/english/38-09-12.htm>>

13. *The 1946 October 1 Judgement of the International Military Tribunal* [interactive]. 1946-10-01, 31 (427) [accessed 2016-11-26]. — Access mode: <[http://crimeofaggression.info/documents/6/1946\\_Nuremberg\\_Judgement.pdf](http://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf)> [accessed 2017-01-17]
14. Žalimas, D. *The International Legal Status of Lithuania and its Resistance to the Soviet Union*. In Korzeniewska K. et al., eds., *Lithuanians and Poles against Communism after 1956. Parallel Ways to Freedom?* — Vilnius. — 2015. — P. 351–353.
15. Veljaminov, G. M. *Vossoedinenie Kryma s Rossiej: Pravovoj rakurs* [The Reunification of Crimea with Russia: the Legal Perspective] [interactive]. 2014-04-24. — Access mode: <http://www.igpran.ru/articles/3556/>
16. Tomsinov, V. A. *Mezhdunarodnoe pravo s točki zrenija vossoedinenija Kryma s Rossiej* [International law from the Perspective of the Reunification of the Crimea with Russia]. — *Zakonodatelstvo*. — 2014, 7: 19.
17. Churkin, V. *Speech by Russia's Permanent Representative to the United Nations Vitaly Churkin at the session of the UN General Assembly* [interactive]. New York, 2014-03-27. — Access mode: <<http://russian-embassy.org/en/?p=1060>> [accessed 2016-10-10].
18. *Soglashenija o sozdanii Sodruzhestva nezavisimyh gosudarstv* [the Agreement establishing the Commonwealth of Independent States] [also known as *Belovezhskie soglashenija* [the Belavezha Accords]] [interactive]. Minsk, 1991-12-08. — Access mode: <<http://rusarchives.ru/statehood/10-12-soglashenie-sng.shtml>> [accessed 2016-11-25]
19. Salenko, A. *Legal Aspects of the Dissolution of the Soviet Union in 1991 and Its Implications for the Reunification of Crimea with Russia in 2014*. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Heidelberg Journal of International Law*. — 2015. — 75 (1): 158–159.
20. Tomsinov, V. A. *'Krymskoe pravo' ili Juridicheskie osnovanija vossoedinenija Kryma s Rossiej* ['Crimean Law' or the Legal Basis for the Reunification of Crimean with Russia]. — Moskva: Zerkalo. — 2015. — P. 118–119.
21. Mälksoo, L. *Russian Approaches to International Law*. Oxford: Oxford University Press. — 2015. — P. 192.
22. Socor, V. *Putin Inflates 'Russian World' Identity, Claims Protection Rights*. *Eurasia Daily Monitor* [interactive]. 2014-07-02, vol. 11, issue 120. — Access mode: <[http://www.jamestown.org/single/?tx\\_ttnews%5Btt\\_news%5D=42579&no\\_cache=1#Vo5US\\_mLSuk](http://www.jamestown.org/single/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=42579&no_cache=1#Vo5US_mLSuk)> [accessed 2016-11-25]
23. Laruelle, M. *The 'Russian World'. Russia's Soft Power and Geopolitical Imagination*. Centre of Global Interests. — 2015. — P. 1.
24. *Program of the National Socialist German Workers' Party. The Avalon Project of the Yale Law School, Lillian Goldman Law Library* [interactive]. New Haven, 2008. — Access mode. <<http://avalon.law.yale.edu/imt/nsdappro.asp>> [accessed on 2016-12-04]





Ірина ЗАВЕРУХА

/ професор кафедри теорії права та прав людини Українського Католицького Університету, доктор юридичних наук

## ABSTRACT

*The article puts to doubt the expediency of applying the term 'internally displaced persons' to determine the legal status of persons forced to get re-settled from the occupied territories of the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol as well as from the military conflict zone in the east of Ukraine and the sphere of influence of the self-proclaimed Donetsk and Luhansk People's Republics.*

*The legal approach to the determination of the specific category of internally displaced persons, in particular, their name and status, should be based on the strategy of coping with the problem, with due account of the reasons for its appearance. The article makes an attempt to prove that the reasons for re-settlement, the legal nature of the conflict, the legal regime of the territories, the state border and the so called demarcation lines (and in particular — involvement of a foreign entity in the conflict causing re-settlement of people) are critical for the classification of this category of forced migrants, hence the best satisfaction of their needs and interests, the negotiation process on the armed conflict settlement and national security. At the same time the article discloses legal provisions in the international law on forced migration with due account of its causes and the fact of state border crossing, the origin of the concept 'internally displaced persons' in the international law and the national legislation of Ukraine as well as the problem of applying the term 'internally displaced persons' in Ukrainian realia.*

**Key words:** occupation, occupied territories, non-government controlled territories, internally displaced persons, refugees, forced migrants.

TERRA INCOGNITA  
НА МАПІ УКРАЇНИ,АБО ПРО ЩО ЗАМОВЧУЄ ТЕРМІН  
«ВНУТРІШНЄ ПЕРЕМІЩЕННЯ ОСІБ»

## АНОТАЦІЯ

Стаття ставить під сумнів доречність застосування терміну «внутрішньо переміщені особи» для визначення правового статусу осіб, що були вимушені переселитися з окупованих територій Автономної Республіки Крим та міста Севастополь, а також із зони збройного конфлікту на Сході України і сфери впливу самопроголошених Донецької і Луганської народних республік. Правовий підхід до визначення конкретної категорії внутрішньо переміщених осіб, зокрема їх назви і статусу — повинен будуватися на стратегії вирішення проблеми з обов'язковим урахуванням причин її виникнення. У статті зроблено спробу довести, що причини переселення; правова природа конфлікту; правовий режим територій, державного кордону і так званих ліній зіткнень; а зокрема участь іноземного суб'єкта у конфлікті, що спричиняє переселення людей — мають визначальне значення для класифікації цієї категорії вимушених мігрантів, а відтак найбільш оптимального задоволення їхніх потреб та інтересів; переговорного процесу щодо врегулювання збройного конфлікту і національної безпеки. Водночас у статті розкрито правові конструкції у міжнародному праві про вимушену міграцію з огляду на її причини та факт перетину державного кордону; походження концепції «внутрішньо переміщені особи» у міжнародному праві та національному законодавстві України; а також проблеми застосування термінології «внутрішнього переміщення осіб» в українських реаліях.

**Ключові слова:** окупація, окуповані території, непідконтрольні території, внутрішньо переміщені особи, біженці, вимушені мігранти.

Анексія Криму Російською Федерацією у березні 2014 року; вторгнення Російської армії у східні регіони України; агресивна політика самопроголошених республік в Донецькій і Луганській областях — спричинило, станом на 3 квітня 2017 року, переселення 1 590 056 осіб, або 1 278 204 сімей з Донбасу і Криму [1]. Це одне з наймасштабніших переселень в новітній історії незалежної Української держави. Правова відповідь на такий потужний міграційний рух повинна забезпечити права та свободи кожної особи і кожної родини. Та водночас адекватно забезпечувати національну безпеку в країні; сприяти врегулюванню міждержавного конфлікту; забезпечити адекватну компенсацію за понесені втрати і збитки; а також врегулювати проблеми, породжені терористичним та сепаратистським рухом на українських територіях. Власне так, комплексно, бачиться проблема правового регулювання вимушеного переселення в Україні.

Управління Верховного комісара ООН у справах біженців, а також українське законодавство відносить вимушених переселенців з Криму і Донбасу до категорії внутрішньо переміщених осіб. Законодавство України, що регулює питання міграції, розвивається у відповідності до міжнародних норм і принципів у сфері вимушеного переселення людей. Понад те, ми досі спостерігаємо стимулювання міжнародних експертів та організацій до «приведення у відповідність» українського законодавства до «Керівних принципів з питань переміщення осіб всередині країни» [2], а також читаємо про плани Міністерства з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб внести зміни і доповнення до чинного законодавства саме з цією метою. [3] Загалом, це позитивна динаміка і однозначно вірний напрям розвитку законодавства. Проте виникає питання: наскільки відповідає існуюче міжнародне міграційне право ситуації, що склалася сьогодні в Україні, а саме: щодо зовнішньої окупації, анексії територій, іноземної збройної інтервенції тощо? Чи вірно обрано систему координат розв'язання проблем переселення людей в межах державних кордонів України? Яким чином правові параметри і стандарти внутрішнього переселення, а саме ті, що їх задано «Керівними принципами з питань про переміщених осіб всередині країни», стосуються, або/і не стосуються переселення людей з Криму та з Донбасу? Зрештою, як назва відповідної категорії

переселенців та визначення їх правового статусу може впливати на національну безпеку в країні та сприяти розв'язанню збройних конфліктів, зокрема міжнародних?

Стаття ставить за мету дослідити походження терміну «внутрішньо переміщені особи» та правильність його застосування в Українському контексті. У статті зроблено спробу довести, що причини переселення, правовий режим територій, державного кордону і так званих ліній зіткнень; правова природа конфлікту, а зокрема участь іноземного суб'єкта у конфлікті, що спричиняє переселення людей — мають визначальне значення для класифікації цієї категорії переселенців, а відтак найбільш оптимального задоволення їхніх потреб та інтересів; переговорного процесу щодо врегулювання збройного конфлікту і національної безпеки. Вищеперелічені обставини можна також вважати критеріями, що повинні братися до уваги правозахисними організаціями при здійсненні ними оцінки стану дотримання прав людини, зокрема свободи пересування, реєстрації та обліку, користування банківськими та платіжними системами тощо.

Стаття 2 Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» [4] (далі за текстом Закон про внутрішньо переміщених осіб) гарантує, що Україна вживає усіх можливих заходів, передбачених Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, щодо запобігання виникненню передумов вимушеного внутрішнього переміщення осіб, захисту та дотримання прав і свобод внутрішньо переміщених осіб, створення умов для добровільного повернення таких осіб до покинутого місця проживання або інтеграції за новим місцем проживання в Україні. В доповнення цієї норми, стаття 3 цього ж закону гарантує громадянам України, іноземцям або особам без громадянства, які перебувають на території України на законних підставах та мають право на постійне проживання в Україні, за обставин, визначених у ст. 1 Закону, право на захист від примусового внутрішнього переміщення або примусового повернення на покинуте місце проживання [4]. Вказані положення, в цілому, відповідають нормам міжнародного права, які визначають статус вимушених мігрантів. Та водночас виникає питання: а чи може держава

Україна виконати ці умови, враховуючи, що Уряд України не має де-факто і навіть локально де-юре контролю на території Автономної Республіки Крим, міста Севастополь, а також на територіях зони антитерористичної операції (АТО)? Яким чином держава Україна може гарантувати «захист від примусового внутрішнього переміщення» на цих територіях? Яким чином уряд України може або повинен «запобігати виникненню передумов вимушеного внутрішнього переміщення осіб» на цих же неконтрольованих територіях? І останнє, хто в нашому випадку примушує населення до «переміщення» і хто за це буде/повинен відповідати?

Усі ці питання лежать у площині де-юре та де-факто контролю відповідних територій, а також населення, що проживає на цих територіях. Відтак позитивним є факт об'єднання компетенцій щодо непідконтрольних уряду України територій (Донбасу, Автономної Республіки Крим та міста Севастополя) з вимушеним переселенням людей із відповідних територій у єдине Міністерство з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб України [5]. Це абсолютно логічний і довгоочікуваний крок. Вимушене переселення повинно розглядатися ви-нятково у контексті причини його виникнення.

**До питання про контроль над українськими територіями та населенням.** Сьогодні Україна умовно має три територіальні зони контролю: (1) території, які залишаються під юрисдикцією уряду України; (2) території тимчасової окупації, де Росія має повний де-факто і внутрішній де-юре контроль (Автономна Республіка Крим та місто Севастополь); (3) територія ефективного контролю Російської Федерації, тобто територія під фактичним контролем російського «маріонеткового уряду», який офіційна преса називає сепаратистами, терористами, і яких підтримує Росія усіма необхідними ресурсами.

Держава Україна не визнає результату «референдуму» в Криму, а також засуджує анексію Росією Криму. Україна заявила про те, що статус Криму є тимчасово окупованою територією в результаті російської військової агресії, що засвідчують не лише міжнародні заяви, але й відповідний закон [6]. Закон визначає, серед іншого, що правовий режим тимчасово окупованої території передбачає особливий порядок забезпечення прав і свобод громадян України, які проживають на тимчасово окупованій території [6, ст. 4, п. 2].

Щодо території Донбасу, то тут ситуація суттєво відрізняється від кримської. Донецька і Луганська області оголосили себе народними республіками. Таким чином, цілком нелегітимна влада на території України контролює її і де-факто користується з військової, фінансової, адміністративної, матеріальної і інформаційної підтримки Російської Федерації. Політико-правова невизначеність українського уряду, а відтак і міжнародної спільноти щодо режиму територій антитерористичної операції (АТО) не дозволяє адекватно визначити/назвати сторони конфлікту, а відтак потерпілих, а відтак і механізми компенсації та відшкодування заподіяної шкоди тощо. Це в комплексі породжує сумніви щодо адекватності та відповідності усіх інших похідних термінів, зокрема «внутрішнього переміщення» без конкретної вказівки на його причини.

Проблема правового режиму територій зумовлює необхідність дослідження і розуміння правової природи окупації. Як вказує професор Е. Бенвеністі, сучасний термін «окупація» включає не лише процес переходу території під контроль іншої держави шляхом фактичної боротьби тощо, але також і саме явище окупації. Мається на увазі виключне здійснення публічної влади держави на іноземній території і над його громадянами (мешканцями). Це явище можна визначити також як ефективний контроль влади над територією, до якої новоприбула влада не має суверенного титулу (права), а також реалізує цю владу без волі суверена цієї території. Крім цього, територіальна сфера зобов'язань держав, відповідно до більшості міждержавних угод, конвенцій та інших міжнародних актів у сфері прав людини — охоплюють таке поняття як «те, що перебуває у їх юрисдикції». Це означає, що йдеться про «ефективний контроль» і окуповані території є частиною цього визначення [7].

Незважаючи на те, що переселені особи з Автономної Республіки Крим, Донецької та Луганської областей згідно чинного законодавства мають однаковий правовий статус «внутрішньо переміщених осіб», відновлення їх становища, механізми вирішення конфлікту можуть відрізнятися. Це пояснюється відмінністю у статусі відповідних територій та відповідальних суб'єктів (станом на сьогодні, згідно законодавства України, окупованим вважається тільки Кримський півострів та місто Севастополь).



***Правові конструкції у міжнародному праві про вимушену міграцію та походження конценції «внутрішньо переміщені особи».***

Міжнародно-правове регулювання статусу вимушених мігрантів визначається в двох основних загальноновизнаних площинах: біженці або внутрішньо переміщені особи. Існує кілька критеріїв розмежування цих категорій:

1. Причина міграції;
2. Перетин міжнародного кордону.

Ці дві обставини визначають на кого покладається відповідальність за мігранта; яких заходів для зупинення потоку людей необхідно застосовувати, а також хто саме буде їх застосовувати; які гарантії і які права мають переселенці тощо. Для того щоб об'єктивно оцінити доречність правового регулювання статусу осіб, котрі вимушено покинули свої домівки, звернемося до існуючої і загальноновизнаної класифікації у міжнародному праві.

**Біженці.** Основним міжнародно-правовим документом у галузі вимушеної міграції є Конвенція у справах біженців [8]. Саме категорія «біженець» стала центральною категорією, що хоч і має свої недоліки, але задала формат вирішення питань про права переселенця, обов'язки приймаючої держави, а також юридичну логіку і аргументацію щодо аналізу загроз правам і свободам людини на території, звідки така особа мігрувала. Оскільки визначення поняття «біженець» містить вичерпний перелік причин втечі (внаслідок обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідувань за ознаками раси, віросповідання, національності, громадянства (підданства), належності до певної соціальної групи або політичних переконань), і не передбачало право на притулок особам, котрі втікали з причин або наслідків збройного конфлікту чи військових дій, в іноземній юридичній літературі це породило нову категорію: *refugee-like status*, що українською мовою можна перекласти як «статус, подібний до статусу біженця» [9]. Так називають осіб, котрі покинули свої домівки через збройні конфлікти, екологічні катастрофи, загрози тортур або смертної кари тощо.

Очевидно, що громадяни України, котрі переселилися з окупованої Росією території і продовжують проживати на території України (тобто в межах державних кордонів України) — не можуть

вважатися біженцями у жодному разі. Проте їхній статус надзвичайно подібний до статусу біженців, і якщо б такі особи опинилися за кордоном, то теоретично, вони б могли аргументувати свій притулок відповідними критеріями, визначеними у Конвенції про статус біженців, а саме:

- обґрунтовані побоювання стати жертвою переслідувань з боку російської влади або ж незаконних збройних формувань чи інших органів за ознакою:
  - расової належності (характерно для кримських татар) або національності (українець/українка);
  - релігії (іслам, українська православна церква, греко-католицька церква);
  - громадянства (громадянство України);
  - належності до певної соціальної групи чи політичних поглядів (участь у Євромайдані, участь в проукраїнських громадських рухах, організаціях тощо) [9].

Для того щоб передати змістовне навантаження статусу біженця (вимушеного переселенця), доречно звернутися до праць професора Хатавея. Вчений визначає дві основні проблеми, пов'язані із статусом біженця. Перша пов'язана з дискримінацією. Як він висловився: «Біженцями є особи, які серйозно ризикують через те, ким вони є і у що вони вірять». Йдеться не лише про ризик сам по собі, а про те, що ризик виникає щодо тих характеристик, які вона, та особа, не в силі змінити, як от, наприклад, стать, раса, національність. Або ж йдеться про такі риси, фундаментальні права, які не можна вимагати від особи змінити, як от, наприклад, релігія, політичні переконання. Крім цього, на думку професора Хатавея, категорія «біженець» має також функціональне призначення, що безпосередньо пов'язане з можливостями міжнародної спільноти, щоб гарантувати відповідні засоби правового захисту [10].

Інший термін на стадії обговорення в міжнародній спільноті є «де-факто біженці.» Цей термін був прийнятий Міжнародною асоціацією права, в Лондонській декларації принципів міжнародного права про внутрішньо переміщених осіб [11]. У звіті по проекту декларації визнається, що теоретичні та практичні відмінності між біженцями і внутрішньо переміщеними особами стають все більш розмитими. Міжнародний захист і допомога для обох категорій переміщених осіб все частіше надається в залежності від існуючих потреб.

Разом з тим міжнародне право розвивається таким чином, що категорія «біженець» включає як свій обов'язковий елемент саме дискримінаційний фактор.

Особи, котрі покинули окуповані території, а особливо Кримський півострів, характеризуються ознаками біженця, як це визначено в Конвенції про статус біженців, за винятком одного принципового аспекта: «перебуваючи за межами країни своєї громадянської належності». Ця характеристика, яка, здавалося б, є очевидною, не так легко кваліфікується в контексті іноземної окупації. Кримські мігранти, незважаючи на те, що вони перетинають невизнаний міжнародний кордон – є жертвами міжнародного збройного конфлікту. Отже, вони є жертвами насадження іноземного суверенітету, а також іноземного громадянства [9]. Кримські переселенці характеризуються певними особливостями. Станом на сьогодні є щонайменше три підстави виділити кримських мігрантів з-посеред інших переселенців:

1. Крим є прикладом прямої реалізації іноземного суверенітету на території іншої суверенної держави. Анексія Криму призвела до конституційних змін в Росії. Відтак законодавство Росії стало обов'язковим в Криму.

2. Кримське населення характеризується своєю національною, етнічною, культурною і мовною багатоманітністю, а також є історичною батьківщиною кримсько-татарського народу (корінне населення). Ця категорія виявилася надзвичайно вразливою в контексті Російської окупації.

3. Законодавство Росії, а відтак уся система реалізації державної влади на території Криму істотно обмежують права і свободи корінних народів Криму, а також громадян України, котрі, зокрема, не прийняли громадянство Росії.

Аналіз поточної ситуації в Криму дає підстави стверджувати, що з початку загострення конфлікту та російської військової інтервенції в Криму і аж до сьогоднішнього дня, — є чотири категорії осіб, які належать до так званих уразливих груп населення або мають потенціал, щоб набути статус вимушеного мігранта:

- Кримські татари;
- Сім'ї українських військовослужбовців;
- Українські націоналісти і активісти, які брали участь в Євромайдані та в антиросійських військових мітингах і протестах;
- Мусульмани, священнослужителі та духо-

венство Української Православної Церкви та Української Греко-Католицької Церкви.

Вищеперелічені групи є також характерними категоріями переселенців з Донбасу. Виняток становить лише перша категорія: замість етнічної ознаки кримських татар на сході України у групі ризику є критерій національності та мова спілкування. Українці та ті, хто розмовляє українською мовою, перебувають під загрозою переслідувань, ув'язнення, тортур та інших форм насильства.

**Внутрішньо переміщені особи.** Термін «внутрішньо переміщені особи» є порівняно новим в українському законодавстві. Незважаючи на цей факт, аббревіатура ВПО так міцно увійшла в лексикон правників, журналістів і населення, що здається, ніби вимушене переселення ніколи не траплялося в історії України. Причиною цього є те, що насправді, термін «внутрішньо переміщені особи» є порівняно новим і у міжнародному праві. Очевидно тому, в той час коли Україна (ще у складі СРСР) зіткнулась із проблемою внутрішнього переселення внаслідок аварії Чорнобильської АЕС, тогочасних переселенців ніхто не називав «ВПО». Із нормативно-правових актів того часу бачимо, що назва цієї категорії осіб включала також і причину переселення. Свідченням того є нормативно правові акти, що регулювали ці процеси, наприклад «Порядок відселення та самостійного переселення громадян з територій, що зазнали радіоактивного забруднення внаслідок аварії на Чорнобильській АЕС» [12]. Чому ж зараз, коли масовість переселення з окупованих територій зростає; коли військові дії на сході України тривають; коли іноземна держава (Російська Федерація) здійснює де-факто та внутрішньо де-юре контроль над українськими територіями і населенням, — особи, що були змушені покинути свої домівки, називаються «ВПО»? Щоб відповісти на це питання, достатньо відкрити вебсайт Міністерства з окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб, [3] а також знайти історію прийняття Закону про внутрішньо переміщених осіб [4, 15]. Ці та інші джерела прямо відсилають читача до Керівних принципів внутрішнього переселення (Guiding Principles on Internal Displacement) [2].

Історія Керівних принципів розпочалася у 1992 році, коли Комісія з Прав людини ООН заклала Генерального Секретаря ООН призначити відповідального представника з питань внутрішньо-

го переселення (Representative on Internally Displaced Persons) [2; 13; 14, с. 11–16]. В період до 1998 року, під егідою ООН, зокрема Представника Френсіса Денга здійснювався докладний аналіз переселення людей в межах своєї країни. Перший звіт було оприлюднено у 1993 році. У ньому, зокрема, досліджувалися: причини переселення, наслідки, статус внутрішніх переселенців відповідно до міжнародного права, стан дотримання прав людини, роль міжнародних організацій, можливості діалогу з національними урядами та іншими суб'єктами тощо. Висновки звіту значною мірою будувалися на прикладі країн колишньої Югославії, Російської Федерації, Сомалі, Судану, Ель Сальвадору, Камбоджі [14, с. 39–61]. У 1995 році було оприлюднено наступний, об'ємніший за обсягом Звіт Представника Генерального Секретаря ООН «Збірка і аналіз правових норм» [15], а в 1997 році світ побачила Друга частина цього звіту «Збірка та аналіз правових норм (Частина II): Правові аспекти, пов'язані із захистом проти свавільного переселення» [16]. Результатом багаторічних досліджень, звітів і переговорів стало розроблення Керівних принципів з внутрішнього переміщення (Guiding Principles on Internal Displacement) [2]. Незважаючи на те, що цей документ не має обов'язкового характеру, а є лише Додатком до відповідної Резолюції Комісії з Прав людини ООН, він є єдиним з міжнародних актів, що відображає поточну практику у цій сфері та тенденції розвитку національних законодавств. Саме цей акт є стандартом вимог до українського уряду і його відповідальності щодо так званих внутрішньо переміщених осіб. Саме цей акт є орієнтиром українського законодавця. І саме цей термін: «internally displaced persons (IDP)» було перекладено українською мовою як «внутрішньо переміщені особи (ВПО)». Аналіз правової природи цього документа не є предметом цього дослідження. Без жодних сумнівів, цей документ є важливим доробком у сфері міжнародного права, так само як і дослідження, що передували йому. Застосування цих принципів у національних практиках є прогресивним кроком. Питання полягає в іншому: наскільки Керівні принципи відповідають українським реаліям? З цією метою звертаємо увагу на мову цього документа, з проханням заставитися на тому, як ці принципи співвідносяться із проблемою окупації, зокрема іноземною.

Переселення людей в межах однієї країни може бути зумовлено багатьма обставинами, такими

як стихійне лихо, техногенна катастрофа, будівництво інфраструктури, гідроелектростанцій, шахт тощо. Переселення людей може також відбуватися в результаті свавільних рішень монархів або диктаторських урядів (приклад масового переселення кримських татар у 1944 році), або міжетнічних конфліктів і міжусобиць всередині держави (приклад країн колишньої Югославії). Відтак перед міжнародною спільнотою постало питання: яким чином на міжнародному рівні захистити переселенців в межах їх державних кордонів від свавілля їхнього ж уряду, або ж занедбання урядом обов'язку гарантувати права і законні інтереси людей, що перебувають у їх юрисдикції. Ідеологія Керівних принципів була сформульована у чисельних звітах, виступах та статтях Френсіса Денга або під його керівництвом як першого уповноваженого представника Генерального Секретаря ООН з питань внутрішнього переміщення. Зокрема, він зауважив, що Керівні принципи є позитивним тлумаченням поняття суверенітету, що тягне за собою відповідальність держави за переселення в межах своєї території [13]. Керівні принципи визначають потреби внутрішньо переміщених осіб, а також їх права і гарантії захисту [2].

Згідно Принципу 1 внутрішньо переміщені особи користуються на рівних умовах усією повнотою прав та свобод, що їх передбачено міжнародним та національним правом для усіх інших осіб у відповідній державі. Принцип 4 захищає таких осіб від дискримінації за будь-якою ознакою, зокрема за ознакою раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії або віросповідання, політичних чи інших переконань, національного, етнічного або соціального походження, правового або соціального статусу, віку, інвалідності, майнового стану, народження або за будь-якими іншими подібними критеріям. Документ передбачає також мінімальний стандарт прав та свобод переселенців в межах кордонів відповідної держави та регулює усі стадії переміщення людей, включно із захистом від свавільного переміщення населення чинною владою; доступу до захисту і допомоги під час переміщення, а також гарантії під час повернення або ж альтернативного врегулювання та реінтеграції [2].

Незважаючи на те, що принцип 2 адресує ідею дотримання Керівних принципів усім представникам влади, групам або особам незалежно від їх статусу, що мають дотичність до внутрішнього переміщення, — саме відповідальність держа-



ви є лейтмотивом Керівних принципів. Як зазначено в Принципі 3, національна влада першочергово має обов'язок і несе відповідальність за забезпечення захисту та гуманітарної допомоги переміщеним особам всередині країни, тобто тим, які знаходяться в її юрисдикції. Внутрішньо переміщені особи мають право вимагати захисту і гуманітарної допомоги від національної влади. Внутрішньо переміщені особи не можуть підлягати переслідуванням або покаранню внаслідок пред'явлення таких вимог [2].

Загалом аналіз прав та свобод вимушених переселенців у Керівних принципах, а також визначені у документі гарантії від свавільного переселення урядами відповідних держав (наприклад, Принципи 6, 9, 10, 11, 12, 13, 21) викликають сумніви щодо їх доречності і відповідності українським реаліям. Це пов'язано з тим, що засадничо проблема внутрішнього переселення та усі фази (етапи) внутрішнього переселення розглядалися експертами (авторами Керівних Принципів) як таке, що перебуває у юрисдикції уряду відповідної держави. Тобто за умов, коли уряд сам ініціює таке переселення або ж контролює таке переселення, або не втручається у цей процес, хоч і повинен забезпечити мінімальний стандарт прав і свобод свого населення. Умова юрисдикції уряду прямо визначена у Керівних принципах (Принцип 3) [2].

Українці, котрі покидають свої домівки на окупованих територіях, зокрема в Криму, втікають не через те, що Українська держава становить для них загрозу або діє всупереч їх законним правам та інтересам. Навпаки, вони шукають захисту в Українській державі, в українського уряду. Відтак **причина переселення**, а також **правовий режим територій**, що їх покидає українське населення, є/повинні бути визначальними факторами для дефініції правового статусу вимушених переселенців, оскільки це також пряма вказівка на відповідального суб'єкта (сторону конфлікту) та способи відшкодування завданої шкоди тощо.

Таким чином, Керівні принципи мають обмежену сферу впливу в частині відповідальності Української держави за причини та процес переміщення, оскільки переселення відбувається з територій, що не підконтрольні уряду України; а відповідно уряд України не може також гарантувати безпечне повернення, поселення і реінтеграцію переселенців, допоки не відновиться де-юре та де-факто контроль України на усій її території, включ-

но із Кримом та Донбасом. Відтак причина переселення, а саме іноземна окупація і зовнішня збройна інтервенція виключають можливість розглядати проблему вимушеного переселення як внутрішнє переміщення у стовідсотковому форматі Керівних принципів.

Існують також інші проблеми, пов'язані із застосуванням терміну та підходу до правового статусу так званих «внутрішньо переміщених осіб». Статус ВПО щодо вимушених переселенців з Криму та з Донбасу (без вказівки на причину переселення) розмиває дискримінаційний фактор переселення, про який йшлося вище. Формат «внутрішнього переміщення» у контексті зовнішньої окупації значною мірою «удомашнює», локалізує зовнішній військовий конфлікт в Україні. Це не на користь українцям. Адже це провокує невпевненість/сумніви щодо адекватності вживаних урядом заходів державної безпеки; відповідальності за порушення прав людини на окупованих/непідконтрольних територіях; а також власне причини переселення. Понад те, безлике визначення поняття «внутрішньо переміщена особа» швидше провокуватиме стигматизацію особи переселенця, аніж визначення, котре несе в собі історію переслідування, дискримінації або пережитого досвіду війни.

Інший аспект неадекватності терміну «ВПО» для вимушених переселенців з Криму і з Донбасу — це необхідність вжиття та систематичного застосування заходів національної безпеки, що в мирний час або при плановому переселенні людей можуть трактуватися як обмеження прав та свобод людини. Для прикладу: вимоги щодо збору даних і реєстрації внутрішньо переміщених осіб; інспектування житлових приміщень з метою перевірки адреси проживання; вибору банківської установи для отримання соціальних виплат; певні обмеження у сфері банківських послуг тощо [17, с. 36–39]. Відтак термін «внутрішньо переміщена особа» переводить заходи або вимоги з національної безпеки у дискусію про дискримінацію з боку уряду, оскільки інші громадяни України не підлягають подібним процедурам або заходам контролю. Це, на жаль, зводить у площину суперечностей правозахисні стандарти, з одного боку, та заходи національної безпеки, з іншого боку. Видається, що діалог у цих питаннях є надзвичайно важливим.

**Висновок** статті зводиться до того, що поняття «внутрішньо переміщена особа» або «внут-

рішнє переміщення» є поняттями загального характеру у контексті вимушеної міграції в межах державних кордонів. Важливо, щоб національне законодавство та практика відповідали конкретним реаліям, що, зокрема, спричинили переселення. Адже саме вони, як правило, обумовлюють вибір заходів/інструментів подолання кризи і вирішення проблеми. Для прикладу, згадані вище вимоги до реєстрації внутрішньо переміщених осіб відрізнятимуться при переселенні людей в результаті будівництва дороги міждержавного значення або техногенної катастрофи від тих, що пов'язані із іноземною окупацією. Понад те, правовий режим території, що непідконтрольна уряду, теж накладає свій відбиток на правовий статус переселенців: Крим та місто Севастополь (визнана Україною та міжнародною спільнотою анексія та зовнішня окупація) і зона АТО (Донецька та Луганська області).

Як доводить світова практика, потреби вимушених мігрантів зазвичай однакові, тоді як шляхи усунення причин чи розв'язання конфлікту вимагають різних стратегій. Правовий підхід до конкретної категорії переселенців повинен будуватися на стратегії вирішення проблеми з урахуванням причини її виникнення, і термінологія тут теж має важливе значення.

На жаль, сьогоднішні причини переселення людей з Криму та з Донбасу прямо і безпосередньо пов'язані із збройним конфліктом, а відтак стосуються національної безпеки. Правове регулювання повинно бути таким, що враховує правову природу конфлікту, статус сторін конфлікту, де-юре та де-факто контроль держави Україна щодо усіх її територій та щодо населення, що проживає на цих територіях.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Міністерство соціальної політики України. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.msp.gov.ua/news/12860.html>
2. Report of the Representative of the Secretary-General, Mr. Francis M. Deng, Commission Resolution 1997/39, Addendum: Guiding Principles on Internal Displacement, U.N. Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2 (1998): <http://www.un-documents.net/gpid.htm>
3. До Міжнародного дня біженців у Києві презентовано «Керівні принципи ООН з питань внутрішнього переміщення: Міністерство з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://mtot.gov.ua/do-mizhnarodnogo-dnya-bizhentsiv-u-kyievi-prezentovano-kerivni-pryntsyru-onn-z-pytan-vnutrishnogo-peremishhennya/>
4. Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб: Закон України від 20 жовтня 2014 № 1706-VII. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1706-18>
5. Положення про Міністерство з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб України: Постанова Кабінету Міністрів України від 8 червня 2016 року №3 76. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/376-2016-n>
6. Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території: Закон України від 15 квітня 2014 року. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1207-18>
7. Eyal Benvenisti The International Law of Occupation, 2nd ed., Oxford U. Press. 2012.
8. Про статус біженців: Конвенція ООН від 28 липня 1951 року. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_011](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_011)
9. Iryna Zaverukha The Trajectory of Crimean Flight 2014: Falling Through the Cracks Between the Rock of «Refugee» and the Hard Place of «Internally Displaced Person», 49 INT'L LAW. — 2016. P. 373-413.
10. James C. Hathaway Debate: Forced Migration Studies: Could We Agree Just to «Date»? 20 J. Refugee Stud. — 2007.
11. Draft Declaration of International Law Principles on Internally Displaced Persons: Int'l Committee on Internally Displaced Persons, ILA. — 2. — 2000, <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/17>
12. Про Порядок відселення та самостійного переселення громадян з територій, що зазнали радіоактивного забруднення внаслідок аварії на Чорнобильській АЕС: Постанова Кабінету Міністрів України від 16 грудня 1992 року. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/706-92-n>

13. *Francis Deng International Response to Internal Displacement: A Revolution in the Making*, 11 Human Rights Brief 2. — 2004.
14. *Comprehensive study prepared by Mr. Francis M. Deng, Representative of the Secretary-General on the human rights issues related to internally displaced persons, pursuant to Commission on Human Rights: Resolution 1992/73E/CN.4/1993/35*, 21 January 1993. — <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/105/95/PDF/G9310595.pdf?OpenElement>
15. *Compilation and analysis of legal norms: Internally displaced persons: Report of the Representative of the Secretary-General, Mr. Francis M. Deng, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1995/57. E/CN.4/1996/52/Add.2* 5 December 1995. — <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G95/146/89/PDF/G9514689.pdf?OpenElement>
16. *Compilation and Analysis of Legal Norms, Part II: Legal Aspects Relating to the Protection against Arbitrary Displacement: Report of the Representative of the Secretary-General Mr. Francis Deng, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1997/39. — E/CN.4/1998/53/Add.1* 11 February 1998. — <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G98/104/87/PDF/G9810487.pdf?OpenElement>
17. Вдосконалення національного законодавства України стосовно захисту прав людини внутрішньо переміщених осіб: Проект Ради Європи «Посилення захисту прав людини внутрішньо переміщених осіб в Україні» в межах Плану Дій Ради Європи для України 2015-2017. — 2017. — 165 с. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://rm.soe.int/1680693ca7>. Дивію також Тематичний Звіт Внутрішнє переміщення внаслідок конфлікту в Україні: підвищена незахищеність постраждалого населення та чинники напруженості в громадах: ОБСЄ, Спеціальна моніторингова місія в Україні. — 2016 р. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.osce.org/ukraine-smm/261206?download=true>





Михайло САВЧИН

/ д. ю. н., проф., директор НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права Ужгородського національного університету

## ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПОРЯДКУ ТА СТАН ВІЙНИ

### ABSTRACT

*In the article the constitutional mechanism of ensuring constitutional order in the conditions of war is disclosed. The nature, systems and models of extraordinary legal regimes in the focus of ensuring constitutional order are analyzed. On the basis of a comparative analysis of the order of application of the president's prerogatives, parliamentary oversight and judicial control in the conditions of cyber-warfare, 'hybrid', economic, information warfare's as certain antitheses of the conventional warfare the provision of constitutional order was disclosed. The author's approach to using the means of restoration of the constitutional order in the occupied by the Russian Federation and the structures managed and financed by this state in certain territories of Ukraine and ensuring good administration in case of liberation of these territories from occupation is substantiated.*

**Key words:** human rights and freedoms, hybrid warfare, constitutional order, constitutional review, due process of law, martial law, parliamentary oversight, warfare.

### АНОТАЦІЯ

*У статті розкрито конституційний механізм забезпечення конституційного порядку в умовах війни. Проаналізовано природу, системи та моделі надзвичайних юридичних режимів у фокусі забезпечення конституційного порядку. На основі порівняльного аналізу порядку застосування прерогатив президента, парламентського контролю та судового конституційного контролю розкрито забезпечення конституційного порядку в умовах кібервійни, «гібридної», економічної, інформаційної воєн як певної антитези конвенційної війни. Обґрунтовано авторський підхід щодо застосування засобів поновлення конституційного порядку на окупованих Російською Федерацією та керованими і фінансованими нею структурами на окремих територіях України та забезпечення належного урядування у разі звільнення цих територій з-під окупації.*

**Ключові слова:** війна, воєнний стан, гібридна війна, конституційний контроль, конституційний порядок, належна правова процедура, парламентський контроль, права і свободи людини.

*Як тільки війна стає реальністю, будь-яка думка, яка не бере її до уваги, починає звучати невірною.*

*Альберт Камю*

## ВСТУП

Ми знову зіткнулися з дилемою, яка у свій час стояла і перед Джоном Локом та Томасом Гобсом — співвідношенням між безпекою та свободою. Однак на новому щаблі ступеня розуміння цієї дилеми, як на рівні національної держави, так у регіональному і глобальному вимірі. Наразі реальним Zeitgeist'ом<sup>1</sup> слугує приклад сюжетних ліній серіалу «Гра престолів»<sup>2</sup>, в якому політичні цілі опонентів досягаються за допомогою будь-яких засобів. Національні держави знаходяться в стані кризи, що зумовлено нерівномірним розподілом ресурсів і доступом до них, а також різними цільовими та ціннісними орієнтирами в неоднорідному суспільстві, які потребують узгодження за мереживом різноманітних процедур. Не в кожній державі діють належні інституції, процедури та правила, спрямовані на забезпечення балансу інтересів, що може викликати заздрощі, домагання до тотального контролю за ресурсами та схильність монополізувати економічну діяльність. Трансформація ідеї національного суверенітету, сформованого загалом згідно з Вестфальською системою 1648 року, зумовлює визначення нових функцій держави в умовах обмеженого доступу до ресурсів, інструменталізації юридичних засобів з точки зору прав людини та зростання впливу транснаціональних корпорацій, неурядових організацій та терористичних рухів. Це загалом впливає на характер і зміст владних рішень, які не завжди відповідають вимогам верховенства права, тобто засадам юридичної визначеності, поваги до гідності та прав людини, забезпеченню балансу публічних і приватних інтересів.

1 З нім. «дух епохи».

2 Серіал «Гра престолів», 7-й сезон якого розпочався з 17 липня 2017 р. та продовжується за мотивами саги Джорджа Мартіна «Пісня льоду і полум'я», інспірованою перебігом війни між Білою та Червоною трояндами у період пізнього Середньовіччя в Англії між династіями Йорків та Ланкастерів. Йому притаманні закручені паралельні сюжетні лінії, багаті на політичні інтриги, боротьбу за владу та доступ до ресурсів, описує протистояння представників різних рас у міфічних землях Вестероса та Ессоса.

3 Згідно із Карлом Поппером метод фальсифікації полягає у критичному ставленні до усталених понять та конструкцій, які є домінуючими чи усталеними у конкретний час у науці на основі ґрунтовного аналізу емпіричних даних та тенденцій розвитку певних явищ чи процесів, у результаті чого вони спростовуються або не підтверджуються, власне у чому і полягає їхня фальсифікація, тобто вони стають фальшивими за змістом.

Внутрішньою слабкістю держави, як зазначав Гуго Гроцій, користаються сусіди, які вороже налаштовані до свого супротивника [1]. Оскільки йде мова про доволі агресивне середовище відстоювання та забезпечення суверенітету і територіальної цілісності України, прав і свобод людини як основоположних цінностей конституційного порядку, то проблему цю слід вирішувати комплексно. Зокрема, окрім аксіологічного підходу я буду використовувати інструментарій теорії ігор Джона Неша і Оскара Морґенштерна та теорії соціальної взаємодії Елінори Остром [2]. За допомогою цього інструментарію згідно із Карлом Поппером [3] у роботі буде здійснено аналіз ефективності та дієвості існуючих юридичних засобів забезпечення конституційного порядку. Фальсифікація усталених понять та концепцій<sup>3</sup> щодо забезпечення конституційного порядку буде здійснюватися на основі принципу пропорційності та балансування між обраними засобами та цілями у забезпеченні конституційного порядку. Також метод моделювання сприятиме визначенню різниці юридичних режимів стану війни та воєнного стану у розрізі забезпечення прав і свобод людини та континуїтету (безперервності) державності.

У цій роботі буде розкрито конституційний механізм забезпечення конституційного порядку в умовах війни. Для цього буде розкрито (1) природу надзвичайних юридичних режимів у фокусі забезпечення конституційного порядку та (2) їхні системи і моделі. На основі порівняльного аналізу порядку застосування (3) прерогатив президента, (4) парламентського контролю та (5) судового конституційного контролю буде розкрито забезпечення конституційного порядку в умовах кібервійни, «гібридної», економічної, інформаційної воєн як певної антитези конвенційної війни. Насамкінець буде (6) обґрунтовано авторський підхід щодо застосування засобів поновлення конституційного порядку на окупованих Російською Федерацією та керованими і фінансованими нею структурами на окремих територіях України та (7) забезпечення належного урядування у разі звільнення цих територій з-під окупації.

**1. Надзвичайні юридичні режими та забезпечення конституційного порядку.** До питання забезпечення конституційного порядку за допомогою мілітарних засобів вітчизняна доктрина конституційного права доволі тривалий час ставилася прохолодно. З цих питань нещодавно відверто мало було досліджень. Незважаючи на трансформацію влади та публічної адміністрації за мереживо-центричним принципом, ці питання всерйоз не підіймалися. Хоча ідея захисту конституції лежить в основі концепції органічного конституціоналізму, і в ній питання силових, надзвичайних юридичних засобів конституції завжди стояло на чільному місці, хоча би з міркувань щодо цивільного контролю над поліцією, армією та спецслужбами. Тому, на думку Всеволода Речицького, органічний конституціоналізм полягає у підпорядкуванні не спільній конкретній меті, а абстрактним правилам, які є принципово однаковими для всіх, що забезпечує якнайширший простір для творчої ініціативи, індивідуальних стратегій і практик, тобто це встановлення «універсальної граматики дій політичного й економічно вільного, автономного індивіда» [4, с. 22–23].

Насправді зачеплені питання стоять на порядку денному доволі давно, принаймні з часів приходу у 1920–1930 рр. до влади у Німеччині нацистів та становлення нацистського режиму, так само як і встановлення комуністичного режиму у колишній Російській імперії у формі Радянського Союзу<sup>4</sup>. Саме на використанні мережі екстремістських налаштованих організацій пізніше спиралася Російська Федерація, намагаючись дестабілізувати обстановку на Південному Сході України<sup>5</sup>. Пізніше це вилилося у судові процеси проти окремих політичних партій та громадських рухів проросійського спрямування, які мали маргінальний характер.

Розглядаючи кожного індивіда як рівного, наділеного свободою, яка виключає можливість вчинення свавільних дій, Джон Лок обґрунтовує свою концепцію *civitas* (*commonwealth*, спільнотворення), засновану на політичній активності громадян. Природний стан людини трактується як можливість одній людині отримувати владу над іншою, однак така влада не є абсолютного і необмеженою [6, с. 133]. Для політичної активності є важливим досягнення згоди щодо спільних цінностей, навколо яких будуватимуться відповідні соціальні інститути та правила. Наприклад, аналізуючи різні моделі соціальної взаємодії, Еліно́р Остро́м

робить висновок про тісний зв'язок між соціальними інститутами та цінностями [2, с. 335–337]. У світлі цього «органічні засади у політиці... виступають у вигляді найзагальніших поведінкових цінностей, принципів і стереотипів. У свою чергу, органічність політичних цінностей можна перевірити на основі інших цінностей тощо» [7, с. 254].

У якості основних інструментів забезпечення конституційного порядку розглядають інститути воєнного і надзвичайного стану. Такі інститути передбачають деякі обмеження прав людини і основоположних свобод, хоча вони не повинні: а) поширюватися на основні права громадян; б) нести обмежений характер за обсягом і часом дії; в) застосовуватися лише на підставі відповідного закону [8, с. 137]. Угорський конституціоналіст Ондраш Шайо наголошує на тому, що «обмеження прав, введені під прапором захисту ладу, можуть з таким же успіхом підірвати конституційну систему, як і її противники» [9, с. 279].

У світлі цих положень слід погодитися із ідеєю виділення інституційних, процесуальних засобів правового захисту конституцій та спеціальні юридичні режими у системі забезпечення конституційного порядку. До інституційних засобів захисту конституції відносяться: 1) арбітраж глави держави, який виконує функції «гаранта конституції»; 2) парламент, починаючи від моделі верховенства парламенту до моделей парламентського контролю; 3) омбудсман; 4) суди загальної юрисдикції; 5) органи конституційної юрисдикції; 6) міжнародні та наднаціональні юрисдикційні установи; 7) право народу на спротив недемократичному правлінню.

До процесуальних засобів захисту конституції належать: 1) визнання актів органів публічної влади або їх частини неконституційними; 2) імпічмент вищих посадових осіб та аналогічні

4 Загалом для країн Європи у період між двома світовими війнами став характерним своєрідний парад авторитарних і тоталітарних режимів, з притаманними їм популістськими політичними партіями, гострим протистоянням у суспільстві, на хвилі яких до влади приходили авторитарні режими (як, наприклад, в Іспанії за результатами громадянської війни 1936–1939 рр. утвердився режим Франко, хоча франкістам протистояли не менш по-екстремістськи налаштовані лівацькі опоненти — комуністи та троцькісти).

5 Слід відзначити, що Росія сьогодні не гребує користуватися мережею організованої злочинності для дестабілізації суспільної обстановки в Україні, зокрема, шляхом пересилання так званих «злочинців у законі», які покликані сприяти підвищенню криміногенної обстановки в Україні. За заявою заступника міністра внутрішніх справ С. Князева лише за сім місяців 2017 р. з РФ на територію України було заслано 29 кримінальних авторитетів [5].

процедури; 3) парламентські контрольні процедури за урядом та керівниками міністерств, відомств, незалежних агентств чи установ; 4) визнання політичних партій неконституційними та їх розпуск; 5) позбавлення окремих конституційних прав; 6) контрольні процедури омбудсмена; 7) визнання неконституційними бездіяльність або невиконання повноважень органами публічної влади; 8) внесення змін до конституції; 9) звернення до міжнародних юрисдикційних установ.

До спеціальних правових режимів, спрямованих на захист конституції, належать: 1) воєнний стан; 2) надзвичайний стан, 3) стан економічної необхідності та 4) гібридні режими (підвищеної готовності, надзвичайної ситуації, режим управління військово-цивільною адміністрацією) [10, с. 45–46]. Різного роду змішані режими забезпечення верховенства конституції стали актуальними в Україні після військової агресії Російської Федерації, яка анексувала Крим та через власних державних агентів окупувала окремі райони Донецької і Луганської областей.

Олександр Домрін вважає, що європейській конституційній традиції у сфері оборони притаманні такі риси: 1) департизація збройних сил; 2) оборона і збройні сили знаходяться у виключному предметі відання держави; 3) розмежування повноважень парламенту щодо ухвалення рішення про оголошення «стану війни» та повноважень глави держави чи уряду щодо керівництва збройними силами; 4) використання збройних сил допускається лише для відсічі зовнішньої агресії та ведення бойових дій проти іноземної держави; 5) у деяких країнах на період воєнного часу вся повнота влади чи її частина передається спеціально утворюваним надзвичайним органам у разі настання надзвичайних обставин [11]. Однак застосування цих правил набувають нового звучання у силу нових конфліктів, які розгорілися на Сході України та в Сирії. Їм притаманно застосування парамілітарних формувань, які з точки зору юридичної визначеності як компоненту верховенства права слід розглядати як агентів держав, які ведуть підривну діяльність або переслідують в якості мети зміну конституційного ладу шляхом насильства. Це може супроводжуватися проголошенням ідеології чи політичних цілей, які заперечують ідеї толерантності, громадського миру, свободи, рівності, прав людини, демократії та верховенства права, що складають основу сучасного конститу-

ціоналізму. За допомогою яких юридичних засобів тоді можна цьому протистояти, зважаючи на цінності конституціоналізму?

**2. Моделі захисту конституційного порядку при застосуванні надзвичайних юридичних режимів.** Для визначення особливостей захисту конституційного порядку слід коротко проаналізувати особливості моделей захисту конституційного порядку. Ця проблема ускладнюється суперечливим на перший погляд розумінням ідей захисту прав людини, які ніби посягають на засади державності. Хоча воно так і не є, оскільки ефективна держава є необхідною умовою належного захисту прав людини. Загалом, на пострадянському просторі доволі прохолодно ставляться до доктрини природного права, відкидаючи її моральний аспект або навіть викривлюючи її суть, зводячи основні її постулати до певного теоретизування<sup>6</sup>. Тому тут буде наведено короткий огляд систем захисту конституційного порядку і моделей застосування надзвичайних юридичних режимів.

Англо-саксонська система захисту конституції за допомогою надзвичайних юридичних засобів має ліберальний характер. Її розуміння було сформульовано англійським конституціоналістом Альбертом Венном Дайсі, згідно з яким правовому стилю цієї країни не притаманний «воєнний стан» у тому значенні, згідно з яким припиняється чинність загального права та починає діяти воєнний стан (martial law), а країна чи її частина підпорядковується військовим судам. Тому важливим є судовий контроль за додержанням цивільних прав та політичних свобод.

Німецька модель захисту конституції базується на поєднанні парламентського та судового контролю. Зокрема, щорічно на основі зібраної інформації подається звіт уряду про стан справ в області дотримання Конституції, в якому робляться висновки і рекомендації. За діяльністю відповідних відомств, зокрема Федеральної служби захисту конституції, здійснюється досить жорсткий парламентський контроль. Це пов'язано перш за все з

<sup>6</sup> Про цю тенденцію наголошував американський науковець Г. Берман: «У пострадянський період моральна теорія права, яка ґрунтується на працях Платона, Аристотеля, Цицерона, Локка і Канта, здобула значну підтримку російських вчених, але вона так і не стала теорією природного права у її справжньому сенсі; вважається, що моральна теорія не є теорією про правові приписи, які впливають безпосередньо з розуму та здорового глузду людини та зв'язують державу, а містить тільки правила моралі, уявлення про справедливість, які право має віддзеркалювати» [12, с. 8].



тим, що в умовах такої демократії, як німецька, сам факт існування служби внутрішньої безпеки розцінюється як загроза правам і свободам людини. Тому спеціальна комісія парламенту здійснює контроль за діяльністю всіх секретних спецслужб. Члени цієї комісії мають доступ до найсекретніших матеріалів відомства з охорони Конституції, мають право вето, коли мова йде про прослуховування телефонних розмов та інших конспіративні операції. Федеральний повноважний представник стежить за тим, щоб зібрана відомством інформація передавалася в інші руки. Бюджет відомства розглядається і затверджується спеціальною комісією в парламенті [13].

Французька система захисту конституції тяжіє більшою мірою до парламентської моделі. Так, статті 35 і 36 Конституції Франції встановлюють, що спочатку уряд ухвалює рішення при наявності підстав (зовнішня агресія, застосування збройних сил за кордоном чи загроза громадському порядку), яке підлягає парламентському контролю та схваленню парламентом (оголошення війни чи застосування збройних сил за кордоном протягом трьох днів та оголошення стану облоги продовжується Національними зборами на 12 день після його запровадження).

Якщо ж говорити про захист конституції за допомогою надзвичайних засобів, то слід виділити модель виконавчу, парламентську та дерогаційну моделі. Виконавча модель передбачає тягар відповідальності виконавчої влади за запровадження надзвичайних заходів, а в разі домінування у цьому процесі парламенту має місце парламентська модель, якщо ж процес ухвалення рішень здійснюється під судовим контролем — це судова модель. Водночас запровадження екстраординарних правових режимів має мати місце у доволі стислі строки, оскільки підстави для його запровадження можуть становити незворотну і пряму загрозу життєздатності нації. Тому в більшості країн схиляються переважно до виконавчої, а дещо рідше до парламентської моделі забезпечення конституційного порядку у рамках екстраординарних режимів його захисту [14, с. 442–443]. Слід зазначити, що в Україні діє парламентська модель запровадження надзвичайних заходів захисту Конституції.

Специфічною є система запровадження надзвичайних заходів захисту конституції у Франції. Згідно із статтею 16 Конституції Французької рес-

публіки Президент у разі, «коли інститути Республіки, незалежність нації, цілісність її території чи виконання її міжнародних зобов'язань виявляються під серйозною і безпосередньою загрозою, а нормальне функціонування конституційних органів публічної влади перервано, Президент Республіки вживає всіх заходів, які диктуються цими обставинами, після офіційної консультації з Прем'єр-міністром, з головами палат, а також з Конституційною радою» [15]. Після впливу принаймні 30 днів з моменту ухвалення такого рішення Президентом Голова Національних зборів, Голова Сенату, 60 депутатів, 60 сенаторів здійснюють остаточну перевірку щодо додержання правових вимог Президентом при здійсненні надзвичайних повноважень. За такої системи Президент лише має провести консультації із вищими посадовцями та взяти до уваги висновок Конституційної ради. Слід підкреслити, що із вчинення терактів у Парижі 15 листопада 2015 р. оголошений Президентом надзвичайний стан діє і по цей час.

Прикладом парламентської моделі застосування надзвичайних заходів захисту є Німеччина. Так, згідно зі статтею 37 Основного Закону ФРН, якщо земля не виконує федеральні зобов'язання, покладені на неї Основним законом або іншим федеральним законом, Федеральний уряд може з дозволу Бундесрату вжити необхідних заходів шляхом примусу з боку Федерації спонукати землю до виконання цих зобов'язань. З метою запровадження цих заходів Федеральний уряд або його уповноважений має право давати розпорядження всім землям і їх органам влади [16].

Дерогаційна модель забезпечення конституційного порядку ґрунтується на ідеї встановлення тимчасових обмежень дії прав людини в умовах, коли існує реальна загроза життєздатності нації. У цих цілях мають значення положення статті 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, які встановлюють такі правила дерогації у разі настання надзвичайних обставин у країнах-членах Ради Європи, які визнають юридичну силу Конвенції та юрисдикції Європейського суду з прав людини<sup>7</sup>. Слід підкреслити, що зазначені положення Конвенції встановлюють мінімальні стандарти забезпечення прав людини і передбачають доволі широку свободу розсуду національних держав у застосуванні необхідних заходів, що було і використано Україною при запровадженні певних обмежувальних заходів у зоні проведення антитерористичної організації.

Ідея судового контролю у ході застосування заходів по забезпеченню конституційного порядку при надзвичайній ситуації отримала свою підтримку на практиці, зокрема у ході переслідування у США організаторів теракту 11 вересня. Зокрема, таку позицію зайняла більшість суддів Верховного суду у справі *Hamdi v. Rumsfeld*<sup>8</sup>.

Таким чином, при реалізації моделі захисту конституції за допомогою надзвичайних заходів слід поєднувати засоби парламентського і судового контролю. Однак з управлінської точки зору та міркувань перепинення та усунення безпосередньої та нагальної життєвої загрози нації найбільш оптимальною наразі є виконавча модель із елементами судового контролю.

**3. Прерогативи Президента України при застосуванні надзвичайних юридичних засобів захисту конституційного порядку.** Народ фізично не спроможний щоразу реалізовувати належне йому право на спротив тиранії у разі ухвалення несправедливих законів, оскільки це суперечить природі політичної активності та самій динаміці правовідносин. Тому право на спротив реалізується порівняно рідко і лише за виняткових обставин [19, с. 1190]. Так само використання главою держави своїх дискреційних повноважень для врегулювання політичної чи конституційної кризи є можливим при додержанні вимог парламентського і судового конституційного контролю [20, с. 182–184]. Однак такий контроль має носити характер *a posteriori*.

Такі прерогативи Президента України формулюються із його арбітражних функцій, визначених у рамках ч. 2 ст. 102 Конституції України<sup>9</sup>. Згідно із цими вимогами, вжиття Президентом України необхідних заходів при екстраординарних обставинах має відповідати таким вимогам: а) вжиття заходів у рамках правових актів; б) відповідати принципу пропорційності, зокрема, не обмежувати надмірно права і свободи людини; в) такі заходи мають бути оперативними, своєчасними і переслідувати суспільно значиму мету; г) порушення мають мати принциповий характер і вжиття інших заходів не дає змогу забезпечити конституційний порядок; д) їхньою підставою є забезпечення суверенітету і територіальної цілісності України, прав і свобод людини; е) запроваджувані заходи мають стати невідкладно предметом судового контролю [21, с. 129]. Запроваджувані заходи мають відповідати вимогам законності, юридичної визначеності, збереження сутнісного змісту прав людини, пропорційності та вимогам належної правової процедури.

При існуванні невідвортної та безпосередньої загрози суверенітету і територіальній цілісності України, правам і свободам людини, Президент України може ухвалити указ про запровадження воєнного стану. Задля цього він невідкладно скликає Раду національної безпеки та оборони України із залученням Голови Верховної Ради України з метою проведення консультацій та визначення заходів, які необхідні для поновлення конституційного порядку та національної безпеки.

7 Згідно із положеннями статті 15 ЄКПЛ [17]:

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

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

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

8 Верховний суд постановив, що резолюція Конгресу США у відповідь на теракт 11 вересня з дозволом на використання військової сили санкціонує затримання ворожих комбатантів. Суд також постановив, що затримані мають право оскаржити розпорядження про затримання перед незалежним судом. Відповідний військовий трибунал має бути змагальним форумом із додержанням вимог процедур, у ході яких мають зважуватися обтяження і вигоди з точки зору безпеки і прав загалом; доречним було для затриманого доводити спростовання презумпції, сформульованої в процесі первісного військового рішення про взяття під варту, що він є ворожим комбатантом (категорія, розроблена адміністрацією Буша, щоб вести війну з терором). У своїй окремій думці суддя Скалія, до якої приєднався суддя Стівенс, зазначили, що Хамді як громадянин США має право на гарантії *Habeas corpus* [18].

9 Стаття 102 Конституції України, запозичивши певні юридичні конструкції із конституції Французької Республіки, визначає функції арбітражу Президента України так: «Президент України є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина».

Юридична конструкція «гарант» конкретизована через спеціальні норми самої Конституції, а також потребує конкретизації у законах, зокрема, у Законі «Про Раду національної безпеки і оборони України», які служать забезпеченню легітимності процесу ухвалення Президентом відповідних владних рішень.

Таким чином, РНБО стає своєрідним мозковим центром, який генерує проекти рішень, які слід за результатами обговорення на його засіданні запроваджувати заходи щодо забезпечення конституційного порядку та в яких межах є допустимі обмеження прав і свобод людини. Рішення РНБО з цих питань затверджуються указом Президента. Протягом двох днів Верховна Рада України збирається на сесію по праву і має ухвалити рішення щодо схвалення або відхилення Указу Президента України.

Однак ця система має певні вади. Адже можна наділити Президента України з цих питань певною свободою розсуду, зокрема, прерогативами ухвалювати указ про запровадження воєнного стану після його обговорення і прийняття на засіданні РНБО. Такий указ має бути переданий главою держави до КСУ для надання висновку щодо наявності підстав для оголошення відповідного правового режиму, і чи запроваджувані заходи не посягатимуть на сутнісний зміст конституційних прав і свобод. Такий висновок Суд міг би надавати невідкладно, але не пізніше десяти днів з наступного дня звернення Президента України. Водночас Президента можна зобов'язати звітувати про запроваджувані заходи та стан додержання прав і свободи людини у Верховній Раді через місяць, за результатами чого би парламент ухвалював рішення про припинення дії запровадженого надзвичайного режиму чи продовження його дії на певний строк. Такі речі потребують втілення шляхом внесення відповідних змін до Конституції України.

**4. Парламентський контроль при здійсненні надзвичайних юридичних режимів.** Такий контроль вважають вираженням національного суверенітету, але він вразливий з огляду на можливість паралізації заходів у разі реальної життєвої загрози нації<sup>10</sup>. Виділяючи роль парламенту у забезпеченні верховенства конституції, Джуліан Кокотт і Мартін Каспар наголошують на низці повноважень і процедур, які належать парламенту, що володіє найвищим ступенем представництва народу [14, с. 798–799]. У поєднанні із поглядами Джона Лока про те, що розв'язання кризових ситуацій та забезпечення конституційного порядку полягає не настільки у боротьбі між органами влади та перебиранні повноважень ними один від одного, а через дострокові парламентські вибори [6, с. 245–249], ідея здійснення парламентом таких функцій має обґрунтовані підстави. Тому у

світлі тих положень цілком очевидно, що потенціал парламенту як найвищого органу представництва нації ще далеко не є реалізованим на практиці.

З огляду на це потребує своєї активізації у сфері національної безпеки і оборони профільний комітет Верховної Ради України. Ця діяльність профільного комітету має бути сконцентрована на наступних напрямках: а) забезпечення розробки законодавства, яке стосується оборонно-військової сфери таким чином, щоб закон доволі гнучко регулював істотно важливі аспекти у сфері НБіО; б) здійснення парламентського контролю над правовими актами Міністерства оборони України, Генерального штабу у разі застосування ними розсуду, якщо їх на це уповноважує закон з точки зору гарантій прав і свобод людини; в) оголошення за поданням Президента України стану війни і укладення миру, схвалення його рішення про використання Збройних Сил України (ЗСУ) та інших військових формувань у разі збройної агресії проти України; г) схвалення рішення про надання військової допомоги іншим державам, про направлення підрозділів ЗСУ до іншої держави чи про допуск підрозділів збройних сил інших держав на територію України; д) здійснення контролю щодо додержання прав людини і основоположних свобод у діяльності ЗСУ, Генерального штабу ЗСУ, СБУ, Служби зовнішньої розвідки; е) вирішення питань щодо асигнувань з Державного бюджету на оборонно-промисловий комплекс та розвиток ЗСУ, СБУ, СЗР та інші спецпідрозділи та здійснення контролю за використанням відповідних коштів.

Парламентський контроль має здійснюватися періодично шляхом: 1) надання щомісячних звітів профільному комітетові парламенту щодо додержання прав людини і основоположних свобод у сфері НБіО; 2) здійснення періодичних слухань у профільному комітеті парламенту щодо стану забезпечення НБіО в Україні; 3) проведення щорічних слухань на пленарному засіданні Верховної Ради з питань НБіО, і якщо питання стосуються

<sup>10</sup> Тому на цьому фоні доволі дотепно про вразливість парламентів вказував Карл Шмітт, оскільки, на його думку, парламентам часто притаманні інфляція законодавства, зниження професіоналізму тексту законів, які пишуться переважно поза стінами парламенту, диктат партій, «правління дилетантів», руйнівні методи парламентської обструкції, зловживання парламентськими імунітетами і привілеями. При цій системі координат, як правило, отожднюється закон із народною волею. Базою цього процесу є змагання політичних воель на засадах публічності та свободи вираження поглядів [22, с. 161, 172, 194, 196].

державної таємниці, то такі підлягають розглядові у режимі закритого засідання. З аналізу законів про оборону та про правові режими воєнного і надзвичайного стану видно, що у цій частині вони потребують своєї конкретизації згідно із вимогами Закону про Регламент Верховної Ради. Так само потребує деталізації вирішення питання про оголошення і припинення стану війни, оскільки це питання наразі врегульовано занадто огульно, що не відповідає вимогам юридичної визначеності як складової верховенства права.

### 5. Судовий конституційний контроль при здійсненні надзвичайних юридичних режимів.

За словами Кеса Санстейна, важливою складовою верховенства конституції є забезпечення легітимності діяльності конституційних судів [23, с. 31–33]. Як справедливо пише Катаріна Собота: «Гарантований законом судовий захист від несправедливості з боку держави означає не більше і не менше, як те, що держава повинна визнавати власну правну погіршеність» [24, с. 238].

Конституційна юстиція є центральним елементом конституційно-правового захисту Основного Закону держави. Саме конституційна юстиція може відіграти певну роль при зміні соціально-політичної ситуації, коли положення Конституції України необхідно витлумачити з урахуванням потреб суспільного розвитку. Виходячи із такої ролі інституту конституційного контролю у системі правового захисту конституції, я би виділив такі основні форми співвідношення правових і надзвичайних засобів захисту конституції: 1) конституційна юстиція як незалежна і безстороння установа при звичайних умовах здійснює систематичну діяльність з забезпечення конституційного порядку, зокрема, перевірку обґрунтованості рішення щодо запровадження стану оборони, воєнного чи надзвичайного стану; 2) має існувати спеціальна процедура перевірки обґрунтованості рішень щодо підстав запровадження згаданих правових режимів у стислі терміни, зважаючи на реальну загрозу життєздатності нації (протягом 5–10 днів); 3) до процесу ухвалення таких рішень КСУ має залучати омбудсмана та представника профільного парламентського комітету; 4) метою таких заходів має бути забезпечення цінностей вищого порядку — гідність людини, права людини і основоположні свободи, суверенітет і територіальна цілісність України.

З точки зору балансування конституційних цінностей саме КСУ відіграє вирішальну роль у визначенні допустимих меж обмежень прав людини і основоположних свобод, які (обмеження) при цьому не можуть посягати на їх сутнісний зміст. В окремій думці до висновку КСУ № 1-в/2016 суддя Станіслав Шевчук зазначив, що «хоча воєнний або надзвичайний стан в Україні офіційно не запроваджений, Конституційний Суд України у Висновку мав би звернути увагу на наявність кризової ситуації в суспільстві і виробити критерії допустимості внесення змін до Конституції України в умовах суспільної небезпеки, на що вказує частина друга статті 157 Конституції України». Таким чином, КСУ стоїть на сторожі конституційних цінностей, які принаймні з формально-юридичної точки зору складають таку ієрархію: гідність людини — права людини і основоположні свободи, суверенітет і територіальна цілісність України — засадничі принципи, визначені розділами I, III та XIII Конституції України — інші положення Конституції України. Крізь призму зазначених конституційних цінностей мають перевірятися запроваджувані заходи у разі застосування надзвичайних правових режимів. Із сутнісної точки зору заходи у рамках надзвичайних правових режимів мають перевірятися через принцип пропорційності, згідно з яким має забезпечуватися розумний баланс між запроваджуваними заходами та конституційними цілями, тобто чи вони засновані на законі, є необхідними у демократичному суспільстві та доречними і достатніми відповідно до конституційних цілей — збалансованого функціонування влади, яка покликана захищати прав людини і основоположні свободи. Слід також пам'ятати, що «конституційна юстиція покликана відігравати ключову роль охоронця таких цінностей і принципів, бути головним «запобіжником» проти мажоритарного фатуму демократії». Це укладається у європейську правову традицію по «забезпеченню реалізації цінностей демократичного суспільства, побудованого на принципах верховенства права, поваги до прав людини, належного врядування» [25, с. 196].

Окрім зазначеного, згідно із чинною Конституцією України забороняється створення особливих і надзвичайних судів (стаття 125.6), що автоматично означає заборону створення воєнних судів. Такі функції сьогодні здійснюють суди загальної юрисдикції, для чого у їх системі має існувати внутрішня спеціалізація окремих суддів, які були



компетентними розглядати справи, хоча би однією стороною яких є військовослужбовці чи працівники спецслужб. Можливість судового контролю над діями військових є важливою складовою конституційних гарантій прав людини і основоположних свобод та належного функціонування цивільної служби під час екстраординарних правових режимів, що і складає сутність військового права (*military justice*).

**6. Юридичні режими воєнного стану та стан війни.** Як вже зазначалося, стан війни у законодавстві регулюється у загальних рисах, оскільки в статті 85 Конституції згадується повноваження Верховної Ради щодо схвалення указу Президента про оголошення стану війни та дещо детальніше про цю процедуру йде мова у статті 4 Закону про оборону України [26]. Природно, що стан війни та військовий стан — не одне й те саме, адже історія людства знає багаторічні війни, і зрозуміло, що тут стоїть також питання про процедуру припинення війни, зокрема, шляхом укладення миру. Тому слід констатувати, що і Конституція, і закони надають надмірну свободу розсуду виконавчій владі у цій сфері, обмежуючись функціями Верховної Ради щодо затвердження рішень Президента про оголошення стану війни чи укладення миру. Певним стримуючим фактором є те, що проекти відповідних указів Президента мають бути обговоренні на засідання Ради національної безпеки і оборони України. Слід констатувати, що навіть цей потенціал в Україні не було використано, оскільки на факт агресії РФ та анексії нею Криму і окупацію ОРДЛО стала реакція у формі прийняття Указу Президента про проведення антитерористичної операції [27]. Водночас Україною було застосовано елементи дерагаційної моделі забезпечення конституційного порядку на окупованих територіях, згідно з яким було зроблено заяву про відступ України від виконання окремих зобов'язань у галузі прав людини у зв'язку з неможливістю ефективно контролювати фактично окуповані території<sup>11</sup>. Тому виникає закономірне питання, у яких межах допускається обмеження прав людини в умовах екстраординарних правових режимів, спрямованих на поновлення і забезпечення конституційного порядку?

Суддя КСУ Станіслав Шевчук визнає, що принцип пропорційності «спрямований на захист прав та інтересів громадян vis-à-vis державної влади, вимагаючи, щоб державне втручання через прий-

няття та застосування правових актів відповідало своїй меті» [29, с. 316]. Ондраш Шайо зазначає, що такі заходи мають бути розумними і сумірними та запроваджувані ними обтяження не можуть бути надмірними [9, с. 282–283].

Стосовно визначення міри втручання, то існують такі елементи втручання, які власне складають сутність принципу пропорційності: втручання<sup>12</sup> має здійснюватися на основі закону, воно має бути необхідним у демократичному суспільстві, а запроваджувані заходи мають бути достатніми і доречними. Водночас Конституція України у тій чи іншій мірі визначає в якості критеріїв достатності та доречності обмеження певних прав і свобод засади національної безпеки, громадського порядку і безпеки, права і свободи інших людей, моральність населення, безсторонність і незалежність правосуддя [31, с. 211–213]. У німецькій доктрині принцип пропорційності розуміють у трьох аспектах: 1) прийнятність акта або заходу у відповідній конкретній ситуації; 2) наявність дійсної потреби у такому акті або заході у відповідній конкретній ситуації; 3) дотримання сумірності акта або заходу у відповідній конкретній ситуації [32, с. 108]. КСУ сформулював правоположення, згідно з яким мають додержуватися допустимі межі при обмеженні прав людини, які не можуть посягати на сутність змісту цих фундаментальних прав<sup>13</sup>.

Як зазначається Мішелем Розенбергом та Ондрашем Шайо, вирішення цього питання коливається від моделі виконавчої влади до парламентської моделі, які мають різноманітні модифікації, пов'язані із особливостями оголошення НС та за-

11 Згідно із Заявою Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські та політичні права та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» від 21.05.2015 р. Україна визнала, що відступила від зобов'язань, передбачених пунктом 3 статті 2, статтями 9, 12, 14 та 17 МГПП та статтями 5, 6, 8 та 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [28] в окремих районах Донецької та Луганської областей, які наразі непідконтрольні українському уряду. Зокрема, цією постановою передбачене більш аніж 72-годинне превентивне затримання особи у зоні проведення антитерористичної операції, яке може тривати до тридцяти діб. Ця заява була зроблена перед Генеральним секретарем Організації Об'єднаних Націй та Генеральним секретарем Ради Європи.

12 Як зазначив ФКС Німеччини у справі про список прозорості [30]: «Оскільки основоположні права не захищають лише від заходів, регульованих органами публічної влади, і не вимагають загалом, щоб обтяження індивіда були прямим наслідком заходу держави. З урахуванням охоронної функції відповідного основоположного права навіть фактичне обмеження інтересів суб'єкта основоположних прав — залежно від виду і ступеня — може означати втручання в основоположні права».

ходів, які вживаються у разі його запровадження [47, с. 442]. Девід Дизенгаус підкреслює, що на визначення цих моделей значно вплинули ідеї Карла Шмітта, який пов'язував ефективність державного суверенітету із можливістю держави запроваджувати надзвичайний стан [186, с. 15]. З цієї точки зору законодавство про оборону України та правові режими воєнного і надзвичайного стану наділяють виконавчу владу надмірною дискрецією, і воно є проблемним з точки зору юридичної визначеності та правомірних очікувань, особливо з точки зору обов'язку захисту прав людини з боку держави та забезпечення належної діяльності цивільних служб держави.

**7. Конвенційна війна та «гібридна» війна у конституційному ракурсі.** Під конвенційною війною зазвичай мається на увазі ведення державами традиційних воєн, правила і звичаї яких регулюються міжнародним гуманітарним правом та військовим правом (*military justice*). Ця система зазнала своєї трансформації після терористичної атаки 9 вересня 2001 року, внаслідок чого в США був ухвалений Патріотичний акт, спрямований на

попередження і боротьбу із тероризмом<sup>14</sup>. Патріотичний акт регулює низку оперативних заходів, спрямованих на попередження і виявлення актів тероризму, зокрема, електронне спостереження, оперативне спостереження в Інтернеті, визначення телефонних номерів, надання інформації про клієнта, виїмка повідомлення на автовідповідачеві, негласні огляди і обшуки, надання інформації Великому журі розвідці, обмін інформацією спецслужбами, надання інформації про фінансові операції, міграційний контроль, превентивне затримання іноземців, посилення санкцій та зміна строку давності притягнення до кримінальної відповідальності.

Ця проблема у 2007 р. стала предметом дискусії на шпальтах «Німецького юридичного журналу» між шефом Служби радників Державного департаменту США Дж. Беллігером III та С. Вьонекі, радницею глави колишньої глави Державного департаменту США К. Райс. Дискусія розгорнулася щодо правомірності ведення боротьби проти терористичних організацій Талібан і Аль-Каїда, внаслідок яких міжнародна військова коаліція, яка отримала відповідний мандат від Ради Безпеки

13 КСУ встановив, що «...обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод не можуть бути свавільними та несправедливими, вони мають встановлюватися виключно Конституцією і законами України, переслідуючи легітимну мету, бути обумовленими суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційними та обґрунтованими, у разі обмеження конституційного права або свободи законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію цього права або свободи і не порушувати сутнісний зміст такого права» (Рішення КСУ № 2-рп/2016 від 01.06.2016 р.).

Слід додати, що згідно з вимогами Декларації «Про мінімальні гуманітарні стандарти» визначаються наступні критерії правомірності режиму надзвичайного стану: сфера дії і мета режиму надзвичайного стану; принцип рівності та недопущення дискримінації з будь-яких ознак; обсяг особистих прав людини, що не можуть бути обмежені за будь-яких обставин; визначаються норми процесуальних та судових процедур; визнається принцип захисту прав окремих етнічних і соціальних груп в умовах дії режиму надзвичайного стану; ставлення до медичного та духовного персоналу; гарантії діяльності гуманітарних організацій [33].

14 Цей закон скорегував визначення тероризму, що містилися в чинному федеральному законодавстві, розширивши поняття «федеральний злочин, пов'язаний з тероризмом», включивши у цю категорію низку тяжких насильницьких злочинів, які раніше до неї не відносилися. Також Акт доповнив Титул 18 Зводу законів США поняттям «внутрішній тероризм», яке раніше в законодавстві було відсутнє. Крім того, всі злочини, переслідуювані за статтею 2323b «Акти тероризму, що здійснюються з перетинанням державних кордонів» і віднесені до «федеральних злочинів, пов'язаних з тероризмом» були включені до кола кримінально караних діянь, переслідуваних також і за статтею 1961 (1). Титулу 18 Зводу законів США, що є частиною закону про боротьбу з організованою злочинністю, відомою як Закон РІКО «Організації, які є корумповані і знаходяться під рекетерським впливом». Це автоматично різко посилює санкції за злочини, пов'язані з тероризмом (оскільки в США кримінальне покарання визначається шляхом додавання санкцій) і поповнило арсенал можливостей федерального уряду в боротьбі з тероризмом як різновидом організованої злочинної діяльності [34].

15 Дж. Беллінгер III розглядає боротьбу із Талібаном і Аль-Каїдою як продовження війни, розпочатої з терористичної атаки на бізнес-центр в Нью-Йорку 11 вересня 2001 р., а статус захоплених як терористів, а не затриманих, на яких поширюються конституційні гарантії (Четверта і Шоста поправки) стосовно належної правової процедури затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочинів, та їхнє право на судове слухання. Такі прерогативи США випливають, на думку Дж. Беллінгера, із права націй на самозахист від агресії згідно зі статтею 51 Статуту ООН [35]. Верховний суд США у справі Гамдан [36] не визнає утримуваних членів Талібан в якості військовополонених, оскільки вони (1) не визнають і не додержуються положень статті 4 Третьої Женевської конвенції, тобто (2) не додержуються правил і звичаїв ведення війни, (3) не носять відкрито форми, (4) на далекій відстані складно розрізнити їхню уніформу (яка часто зливається із одягом цивільних), а тому і не визнає конфлікт між США і Талібаном як міжнародний збройний конфлікт. У свою чергу, С. Вьонекі вважає, що у разі застосування державою воєнних засобів проти терористичних атак, є підстави для застосування традиційного права збройних конфліктів [37, с. 749–751], оскільки члени терористичних організацій не можуть визнаватися військовополоненими і вони не є стороною військового конфлікту, що підпадає під право війни, а тому вони підпадають під ознаки «незаконних ворожих комбатантів» (*unlawful enemy combatants*) [37, с. 753]. Тому терористи мають користуватися гарантіями згідно з Третьою Женевською конвенцією, оскільки «така особа повинна користуватися захистом Конвенції, поки її статус не був визначений компетентним судом» (стаття 5.2), тобто на терористів мають поширюватися базові процесуальні гарантії прав людини [37, с. 755].

ООН, захопила учасників названих терористичних організацій, які утримувалися на військовій базі США в Гуантанамі<sup>15</sup>. Як би там не було, у США ці питання було розв'язано шляхом ухвалення законодавства, яке поширило гарантії *habeas corpus* також на терористів, без визнання терористичних організацій у якості сторони міжнародного збройного конфлікту.

Це питання має принципове значення для з'ясування низки проблем, пов'язаних із діяльністю російських мілітарі-проксі в ОРДІЛО, а також конституційними гарантіями прав людини, суверенітету і територіальної цілісності України. У даному відношенні доволі сумну роль відіграла відсутність достатньої інституційної пам'яті та спроможності (*saracity*) органів держави попереджувати та усувати потенційні загрози<sup>16</sup>, які пов'язані не лише із підривною діяльністю проти суверенітету і територіальної цілісності України, а також проти прав і свобод людини.

У ході вирішення справ Іляшку та інші проти Республіки Молдова та Російської Федерації, Мозер

проти Республіки Молдова та Російської Федерації ЄСПЛ сформулював вимогу, згідно з якою держава має вжити всіх необхідних заходів до поновлення конституційного порядку на територіях, які з певних причин не є підконтрольними їй протягом певного періоду часу. Водночас було зазначено, що у разі фактичного контролю над цією територією з боку іншої держави шляхом політичної, економічної та соціальної підтримки, відповідальність також припадає на країну, яка потурає незаконним формуванням або безпосередньо ними керує<sup>17</sup>.

Ендрю Монаган підкреслює, що Російська Федерація поступово перейшла на новий концепт війни, який сьогодні називають «гібридною війною» [40] і був офіційно проголошений генералом Валерієм Герасимовим, а практичне втілення знайшов у військовому конфлікті із Україною<sup>18</sup>. Для так званої гібридної війни є притаманним використання різного роду асиметричних засобів<sup>19</sup> для досягнення тактичних і стратегічних цілей політики Росії, серед яких однією із основних є стримування

16 Наприклад, батько нинішнього Прем'єр-міністра Джастіна Трюдо, будучи також на посту Прем'єр-міністра, П'єр Еліот Трюдо після майже десятиліття боротьби із сепаратистською організацією Фронту визволення Квебеку, яка застосовувала методи терору для досягнення політичних цілей. Зокрема, 5 жовтня 1970 р. представники однієї ланки ФВК викрали Джеймса Кросса, британського торговельного представника, та висунули перед урядом Канади вимоги щодо визволення з-під варти 23 представників своєї організації, оплатити викуп у 5 млн дол. та організувати трансляцію їх політичного маніфесту по медіа. Однак оскільки була перейдена певна грань цією організацією і виникла реальна загроза зіткнень і масових безпорядків, було прийнято рішення про оголошення воєнного стану. Цей процес отримав назву Жовтневої кризи 1970 р., оскільки йшла мова про збереження територіальної цілісності, і в провінцію Квебек відповідно до режиму воєнного стану було введено федеральні війська для підтримання правопорядку [38]. Якщо порівняти з Україною, то подібні обставини, якщо не враховувати події, пов'язані із анексією Криму, настали із масовим побиттям учасників мирного мітингу міста Донецька 13 березня 2014 р. та викраденням і вбивством 17 квітня 2014 р. депутата міської ради Слов'янська Володимира Рибак, який відстоював суверенітет і збереження територіальної цілісності України, але якраз тут зіграла свою роль відсутність спроможності (*saracity*) діяти адекватно органами держави в обставинах реальної загрози життєздатності нації та забезпечити ефективне здійснення обов'язку захисту прав і свобод людини від злочинних посягань.

17 У справі Іляшку та інші Європейський суд з прав людини вказав на таке [39]:

«333. Суд вважає, що там, де державі, що є Договірною Стороною, перешкоджають здійсненню своїх повноважень на всій своїй території, створюючи положення *de facto*, яке існує, коли створюється сепаратистський режим, що супроводжується чи не супроводжується військовою окупацією іншою державою, це не скасовує юрисдикцію в світлі статті 1 Конвенції над тією частиною території, яка тимчасово підвладна місцевій адміністрації, підтримуваних повстанськими військами або іншою державою. Однак така фактична ситуація скорочує сферу юрисдикції по зобов'язаннях даної договірної держави відповідно до статті 1 і повинна бути розглянута Судом тільки в світлі позитивних зобов'язань, даних державою, яка є Договірною Стороною, стосовно осіб, які перебувають на її території. У цьому питанні держава повинна застосовувати всі доступні юридичні та дипломатичні заходи щодо іноземних держав і міжнародних організацій, щоб продовжувати надавати гарантію прав і свобод відповідно до Конвенції.

334. Хоча в обов'язки Суду не входить визначення дій, які повинні здійснюватися для виконання зобов'язань найбільш ефективно, Суд повинен підтвердити, що ці дії були відповідними і достатніми в цій справі. У разі, коли частково або повністю неможливо щось зробити, завдання Суду зводиться до визначення того, як далеко поширюється мінімум дій, які тим не менш необхідні, і чи повинні вони здійснюватися. Визначення цього питання особливо необхідно в справах, що стосуються обмеження абсолютних прав, гарантованих статтями 2 і 3 Конвенції».

18 Спочатку військовий конфлікт між Росією та Україною носив характер погрози застосування сили військовими формуваннями без знаків втілення (так званих зелених чоловічків) в Криму. Потім шляхом нагнітання ескалації насильства в Донецькій та Луганській областях через підривною діяльністю диверсійних підрозділів, насамперед, загонів Гірка-Стрелкова, Безлера-Беса та ін. вони стали інституційною основою для формування незаконних парамілітарних формувань так званих Донецької і Луганської народних республік, управління та інфраструктура яких критично залежна від Росії. На сьогодні цей конфлікт має тришарову структуру: 1) парамілітарні структури ДНР/ЛНР та приватні військові компанії; 2) диверсійні підрозділи Головного Розвідувального Управління Міністерства оборони РФ та Федеральної Служби Безпеки (хоча формально цей орган є контррозвідувальним і його юрисдикція поширюється на РФ); 3) окремі підрозділи Збройних Сил РФ. На повну потужність ця схема була розкрита під час боїв у липні-вересні 2014 р., особливо під Іловайськом, та під Дебальцевим взимку 2015–2016 років.



впливу Заходу у системі колективної безпеки [42]. Крім того, концепт гібридної війни ніби легко підходить до західних дебатів про зростаючу роль спецпідрозділів та стратегічних комунікацій у конфлікті [40, с. 66]. Загалом це не змінює кардинально позитивні обов'язки держави з військового права забезпечити нормальне функціонування цивільної служби і належного здійснення функцій держави, захисту прав людини і основоположних свобод.

Тому нижче піде мова про складники цієї війни — економічної, інформаційної, кібернетичної — застосування яких, певною мірою, з точки зору способів і засобів надають змішаний характер веденню традиційної (конвенційної) війни. З погляду верховенства конституції всі ці екстраординарні ситуації лежать у площі конституційного розсуду вищих органів держави у рамках вже вище проаналізованих моделей надзвичайного захисту конституційного порядку. Тут проблема просто в іншому — наявності на підставі конституційних положень про стан війни, воєнний і надзвичайний стани законодавчого визначення предмета відання і повноважень компетентних органів, організації та порядку їх діяльності, що і буде розглянуто нижче.

**8. Економічна війна.** Економічні війни твердо ввійшли в арсенал підривної діяльності проти держав, яких розглядають як потенційних суперників на світовому ринку, або для зниження обороноздатності держав, які розглядаються в екзистенційному, майже за Карлом Шміттом, сенсі як ворог. Загалом, Україна входить у світову систему

колективної безпеки, основу якої наразі складає нерозповсюдження ядерної зброї та стримування розширення звичайних видів озброєння<sup>20</sup>. Запорукою цьому слугували і слугують положення Будапештського меморандуму 1994 р., в якому взамін ядерного роззброєння Україні надавалися гарантії щодо недоторканності її суверенітету і територіальної цілісності з боку США, Великої Британії та Російської Федерації, до яких пізніше приєдналися Франція разом з КНР. Відповідно до його положень у разі здійснення економічного тиску на Україну можуть бути задіяні механізми консультацій із державами-гарантами. Однак жодного разу Україна не скористалася цими механізмами у ході економічних воєн між Україною та Росією, які ініціювалися у 2005 та 2009 рр., останньої з приводу ціни купівлі-продажу природного газу та умов транзитної поставки трубопроводами через територію України у європейські країни. Ці випадки і так само неодноразове здійснення економічного ембарго і, насамперед, напередодні підписання Україною Угоди про асоціацію з ЄС слід розглядати як форми економічного тиску, що було грубим порушенням РФ умов Будапештського меморандуму. Однак всі ці речі пов'язані з економічною спроможністю держави, тобто її можливістю гарантувати економічні свободи, захищати добросовісну конкуренцію, забезпечувати економічний баланс у зовнішній торгівлі та контролювати належний рівень суверенних запозичень. З цього погляду існують потенційні асиметричні загрози на національну економічну систему, кін-

19 Російський генерал Валерій Герасимов у гібридних війнах виділяє насамперед поєднання традиційних методів із асиметричними: «Широке поширення отримали асиметричні дії, що дозволяють нівелювати перевагу противника у збройній боротьбі. До них відносяться використання сил спеціальних операцій і внутрішньої опозиції для створення постійно діючого фронту на всій території протистоянь держави, а також інформаційний вплив, форми і способи якого постійно удосконалюються» [41].

20 Для країни таких масштабів, як Україна, ці гарантії є недостатніми. Оскільки у значенні Фернана Броделя Україна не є державою-світом (*stricto sensu*, до таких можна віднести лише США, КНР та ЄС), то для забезпечення її національної безпеки необхідно інтегруватися у певні системи колективної безпеки, які розділяють цінності прав людини, свободи, демократії, верховенства права та належного урядування. На стратегічну перспективу мною вбачається можливість інтеграції України у систему колективної безпеки в рамках НАТО. Також Україна як вагомий регіональний актор має формулювати систему колективної безпеки чи то у рамках Балто-Чорноморського Союзу, чи у рамках концепту Міжмор'я, запропонованого польським правителем Юзефом Пілсудським у період між двома Світовими війнами.

21 Щодо ролі цих структур у подальшій приватизації державного майна та створення нових політичних структур, з цього приводу Л. Бруст і Д. Штарк пишуть так: «Сильні мережеві структури є важливим ресурсом, проте не можна сказати, що вони не несуть в собі виділених проблем. Вони можуть бути як утвореннями, що забезпечують розвиток, так і шукають свою вигоду, групами розкрадачів державної скарбниці, що гальмують економічний розвиток. При яких умовах досить сильні держави можуть визнавати координаційний потенціал щодо сильних мережевих структур, не обтяжуючи при цьому держави і зміцнюючи його можливості здійснювати ефективний моніторинг цих самих мережевих структур?» [43, с. 129].

Е. Салаї писала про те, що трансформація власності державних підприємств, що розпочалася в Угорщині за декілька років до 1989 року, була продиктована прагненням управлінців дати поштовх процесу «спонтанної приватизації». Цей тип економічної реструктуризації не привів до створення нових ресурсів, навпаки — він дозволив зайняти стратегічно вигідне положення елітам, отримати колосальну вигоду від операцій з іншими великими компаніями і комерційними банками [44, с. 290–303]. Е. Ганкіш відзначав, що «управлінці... гарячково перетворюють довірені їм державні компанії в акціонерні товариства... Вони діють як квазівласники, отримуючи непомірно високі бонуси і пільги, купують за низькими цінами акції в своїх власних компаніях і навіть організовують власний приватний бізнес» [45, с. 244].



цевим об'єктом якої служитиме саме державний суверенітет і спроможність держави самостійно впроваджувати власні рішення.

Важливими складниками юридичного механізму економічної безпеки є конкурентоспроможність національної економіки, ступінь гарантованості економічних свобод, гарантії права власності та додержання контрактів, структура зовнішніх запозичень та платіжного балансу держави.

Економічні війни мають інституціональний та глобальний аспект. Інституціональний аспект полягає в структурі (олігопольній чи конкурентній) національної економіки, ступені її відкритості, гарантіях економічних свобод, ефективності захисту конкуренції та обмеження монополізму. При веденні економічних воєн, як правило, використовують олігопольну структуру економіки та орієнтацію збуту власних товарів і послуг із контрагентами на зовнішніх ринках. Такою інституціональною проблемою, яка частково існує і сьогодні, є переважно сировинна структура економіки України та її зав'язаність на ринки РФ, що давало змогу російському уряду використовувати економічні ембарго на певні товарні позиції та шантажувати цінами на енергоносії для ухвалення українським урядом вигідних рішень для РФ. Для цього використовувалися інституції та традиційні зв'язки всередині України, які залишилися після колапсу Радянського Союзу та їхні мережі як своєрідних агентів впливу, як на рівні прийняття законів, так і ухвалення рішень публічною адміністрацією з економічних питань, зокрема, щодо приватизації державного майна чи блокування процесу його приватизації або зловживань задля концентрації

ресурсів у власних руках<sup>21</sup>.

У аспекті глобалізації економічні війни мають за мету зберегти традиційно вигідне орієнтування національних ринків на глобальних акторів, що використовується для проникнення зацікавлених транснаціональних корпорацій (ТНК) на національні ринки та здійснення впливу на процес ухвалення юридичних рішень певної держави. Це виливається у використання суверенних запозичень в якості інструменту впливу на характер законодавства та урядових рішень, прикладом чого є справа за позовом трастової компанії The Law Debenture Trust Corporation PLC про стягнення боргу розміром 3 млрд дол. США з України. Використання стану платіжного балансу країни може використовуватися в якості шантажу з метою впливу на зміст правових актів, і тим самим рівень їх суверенності істотно знижується.

Слід також мати на увазі використання ІТ у мережі даркнет, а також поступову тенденцію до використання криптовалюти<sup>22</sup>, зокрема, як гарантію виконання певних зобов'язань, реалізація яких може забезпечуватися через виконання певного алгоритму команд, які забезпечують проведення фінансових трансакцій на їх виконання.

**9. Кібервійна.** Першою кібервійною умовно можна вважати хакерську атаку на офіційні сайти органів влади Естонії у квітні 2007 р. Вона проявилася у збільшенні вчетверо трафіку запитів на сайти парламенту, державних і банківських установ, засобів масової інформації, доступ до яких у такий спосіб було обмежено. У зв'язку із цим 90% банківських трансакцій неможливо було про-

22 Наприклад, Bitcoin як криптовалюта ґрунтується на децентралізованій системі розподілу на зашифрованих електронних ресурсах, що потребує спеціального програмного забезпечення із відповідним секретним кодом доступу (блокчейн, тобто такий протокол самовиконуваного коду в майбутньому може замінити юристів, бухгалтерів, консультантів і банкірів), в якій генеруються трансакції з обміну цієї зашифрованої інформації, що дає змогу накопичувати відповідну криптовалюту на криптогаманцях її власників. Уряд не може ефективно контролювати цю децентралізовану систему, яка є фактично паралельною системою певних фінансових взаємозаліків між власниками криптогаманців і певною мірою нагадує собою фінансові піраміди. Наразі Національний банк визначається щодо статусу криптовалюти.

На думку НБУ «діяльність з купівлі-продажу Bitcoin за долари США або іншу іноземну валюту має ознаки функціонування так званих «фінансових пірамід» та може свідчити про потенційну залученість у здійсненні сумнівних операцій відповідно до законодавства про протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму» (Лист від 08.12.2014 р. № 29-208/72889). Хоча Федеральний суд в Нью-Йорку визнав біткойни грошима у силу свого використання: «біткойни — це грошовий засіб в рамках значення цього поняття. Біткойни приймаються в якості оплати за товари і послуги та можуть бути придбані на біржі з банківського рахунку. У офіційній заяві Міністерство фінансів ФРН повідомило, що біткойн — це фінансовий інструмент, який не може бути класифікований як електронна або іноземна валюта, а більше нагадує «приватні гроші», які можуть бути використані для «базисторонніх клірингових операцій». Наразі законодавство ЄС на сьогодні класифікує Bitcoin як «цифрове представлення вартості, не підтверджене центральним банком або державним органом і не прив'язане до юридично встановлених валютних курсів, яке може використовуватися як засіб обміну для покупки товарів і послуг, їх передачі та зберігання, і може набуватися в електронному вигляді». Тим самим біткойни виступають в якості грошових ресурсів і використовуються як засіб обміну і платежів. Ця криптовалюта, яка є вельми волатильною і не забезпеченою бодай якимось активами, фактично є технологізованою спробою реалізації ідеї лібертаріаців про відсутність потреби у центральному національному банку, що належить державі і що валюту можуть продукувати приватні особи.

вести. Внаслідок цього в НАТО було проведено розслідування щодо причин та перебігу такого роду кібератак, за результатами якого у травні 2008 року було прийнято рішення створити Об'єднаний центр передових технологій кібероборони НАТО та поліцію захисту кібербезпеки (*cyber defense police*). Отже, предметом кібератак є нормальний порядок діяльності владних установ та об'єктів критичної інфраструктури атакованого суб'єкта. Тому програмне забезпечення об'єктів критичної інфраструктури має бути об'єктом особливої уваги та кіберзахисту, оскільки кібератаки на їх функціонування можуть мати істотний вплив на стабільність їх діяльності, стабільність національної економіки та діяльності владних установ загалом.

Сфера ІТ може стати потенційним напрямом паралізації ефективності державного управління, оскільки множинність запитів на сервери органів публічної влади може бути заблоковано на певний період. Загалом, як справедливо відзначається у фахових дослідженнях, в російській системі національної безпеки вважають, що за допомогою певних несилових методів — підривної діяльності, корупції, дезінформації<sup>23</sup>, дезорієнтації — існує можливість домогтися шуканих результатів без єдиного пострілу. Така модель «політичної війни» користується успіхом у даний момент, оскільки вона показує, наскільки НАТО і Захід сильніший за всіма об'єктивними показниками, і все ж як сузір'я демократій вони уразливі під впливом заходів, які здатний застосувати безжалісний авторитаризм [46].

Остання кібератака в липні 2017 р. на низку державних і приватних установ, зокрема, Державну фіскальну службу, банківську сферу, пошту та

<sup>23</sup> Прикладом доволі адекватного заходу проти агресивної інформаційної війни став Указ Президента України № 133/2017, яким схвалено рішення РНБО «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)», якими було закрито доступ до інформаційного простору таких російських мережевих ресурсів, як Вконтакте, Mail.ru, Yandex.ru тощо, які стали соціальними мережевими платформами для здійснення підривної діяльності проти України. Такі заходи відповідають трискладовому тестові, оскільки вони засновані на законах, переслідують легітимну мету та є адекватними і доречними для захисту конституційного порядку України.

<sup>24</sup> Суть кібератаки полягала у блокуванні програмного забезпечення та погрози його знищення разом із інформацією користувачів, якщо вони не заплатять встановлену грошову суму (як правило, вона складала 400 дол. США). Приблизно таку ж саму структуру мали хакерські атаки на установи критично важливої інфраструктури під назвою WannaCry у травні 2017 р.

енергетичну систему через вірус DOS/Petya.A<sup>24</sup>, яка потім перекинулася з України у ряд європейських країн, має невизначену природу з урахуванням мінливого характеру кіберпростору як такого. З точки зору звичайної інфраструктури, як от стратегічно важливі заводи і фабрики, кібератаки на програмне забезпечення та сервери установ можна фактично прирівняти за наслідками до своєрідного бомбардування. Тому з цього слід також робити адекватні висновки інституційного характеру.

З точки зору кібербезпеки діяльність органів публічної влади та приватних установ критичної інфраструктури для національної економіки має обслуговуватися через захищене програмне забезпечення, про що неодноразово наголошувалося у літературі [47]. Зокрема, у разі наявності певних суперечностей чи конфліктів із державою, яка є джерелом відповідного програмного забезпечення, існує реальна небезпека доступу до інформації із обмеженим доступом, яка має стратегічне значення для розвитку держави. Варто також вести мову про розробку власного програмного забезпечення на базі існуючих платформ, з урахуванням їх сумісності та чинника взаємодоповнюваності компонентів. За будь-яких обставин у сфері кіберправа мають значення конституційної гарантії свободи вираження поглядів, свободи наукової і творчої діяльності, непорушності приватності та приватних даних, захисту конфіденційної інформації та державної таємниці.

**10. Інформаційна війна.** Як висловлюються деякі аналітики: «Ми живемо в епоху битви технологій з інститутами. Дональду Трампу не потрібен CNN — у нього є твіттер. Макрону не потрібна підтримка класичних партій — соцмережі дозволяють йому на коліні створити свою і виграти вибори» [48]. Тому тема інформаційної війни, в основі якої лежить маніпуляція із подачею інформації, дозуванням її подачі чи взагалі її викривленням в епоху ІТ, може відіграти чи не вирішальну роль, принаймні на перший етапах так званої конвенційної війни для дезорієнтації та деморалізації противника. Зокрема, останні дискусії щодо гібридної війни підштовхнули і підкріпили багато обговорень так званої «сірої зони» між війною та миром та російськими асиметричними викликами, такими як економічна маніпуляція, широка та потужна дезінформація та пропаганда, сприян-

ня громадянській непокорі і навіть використання добре оснащених парамілітаріїв для підриву діяльності державних інституцій [40, с. 66]. Звернення до масових суб'єктів за допомогою суб'єктивного інструментарію, яким є переважно подача певної інформації, може призводити до об'єктивних результатів [49]. Це також підтверджується дослідженнями у сфері соціальної взаємодії, згідно з якими матриця соціальних взаємодій продукує середньо зважений раціоналізований вибір учасників такої взаємодії. Від себе можу додати, що у разі продукування ними правил чи процедур, які трансформують систему відносин, то такі учасники можуть набувати статусу його акторів.

Прикладом інформаційної війни навіть за кордоном служить інформаційна війна про ступінь впливу на результати президентських виборів США України та Російської Федерації. У відповідь на звинувачення втручання російських спецслужб у президентську кампанію США 2016 р. стало нагнітання напруження про можливий вплив на американські вибори з боку уряду України. На думку деяких політичних діячів такий вплив здійснювався шляхом вливу інформації через українські дипломатичні та інші канали про Пола Манафорта керівника виборчої кампанії чинного президента США Дональда Трампа з метою його дискредитації [50].

Як зазначає Джозеф Най, хоча інформаційна війна не є новиною, завдяки кібертехнологіям вона стає дешевшою, швидкою і ефективною, її важче викривати і легше заперечувати. З точки зору наслідків російська інформаційна війна під час президентських виборів у США 2016 р. деякою мірою виявилася успішною, дещо вплинувши на їх перебіг, але виявилася провальною з точки зору створення «м'якої сили» [51].

Обмін інформацією, комунікативні зв'язки є важливим для сучасної державності, оскільки належна комунікація дає змогу робити адекватні владні рішення на різного роду суспільно-політичні подразники та проблеми, які потребують свого вирішення. Маркерами тут можуть виступати навіть соціальні мережі, що довели події Арабської весни та особливості перебігу президентської виборчої кампанії в США 2016 р. Зокрема, фахівці передбачили перемогу Трампа за три тижні до дня виборів, аналізуючи Твіттер, працюючи з системою Emotive, за допомогою якої аналізуються емоції з соціальних мереж [52]. Дана система

побудована на лінгвістичному аналізі в пошуках слів і фраз, що виражають емоції.

Як свідчить наведений аналіз, триває трансформація природи приватності, формування нової тактики і стратегії захисту персональних даних та конфіденційної інформації, зокрема, тієї, що складає предмет державної таємниці. Приватні особи повинні чітко усвідомлювати, що використовуючи різного роду соціальні мережі та інформаційні платформи, вони таким чином надають згоду щодо доступу до певних персональних даних. На такій основі заснована програма Emotive, яка була використана виборчим штабом Дональда Трампа для розуміння вподобань та персональних преференцій виборців, що істотно вплинуло на тактику і стратегію його виборчої кампанії.

Інформаційна війна розглядається сьогодні як асиметричний засіб на зміст владних рішень та чинник формування політичного порядку денного, що може кардинально вплинути на громадську безпеку і правопорядок [53, с. 42, 46]. Тому організаційні заходи щодо висвітлення максимально прозоро, доступно і повно суспільно значимих подій є надійним інструментом протистояння в інформаційних війнах, які мають на меті підірвати довіру до суспільних та державних інституцій, дестабілізації обстановки в країні, що може мати наслідком підірвати легітимності уряду (довіри до нього та викликати сумнів у законності методів управління країною).

### **11. Засоби поновлення конституційного порядку на окупованих територіях України.**

Згідно зі ст. 3 Резолюції 3314 (XXIX) 1974 року [54] і ст. 8-bis Статуту Міжнародного кримінального суду у контексті подій в ОРДІЛО акт агресії з боку Російської Федерації проти України включає в себе такі ознаки: 1) вторгнення або напад збройних сил цієї держави на територію України та військова окупація зазначеної території, який би тимчасовий характер вона не носила, що є результатом такого вторгнення або нападу; 2) бомбардування збройними силами РФ території України або застосування нею будь-якої зброї проти території України; 3) напад збройними силами держави на сухопутні та повітряні сили України; 4) засилання РФ або від її імені збройних банд, груп, іррегулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти України, що носять серйозний характер, що це рівносильне переліченим вище актам або його значну участь в них.

Існують різні підходи щодо вирішення проблеми звільнення окупованих територій. На сьогодні навіть існують проблеми стосовно визначення того, що є окупованими територіями. Однак з червня у вітчизняних медіа було опубліковано проект Закону «Про особливості державної політики з відновлення державного суверенітету України над тимчасово окупованою територією Донецької та Луганської областей України», який був оприлюднений і отримав своє обговорення у медіа [55]. Він отримав критичні зауваження від вітчизняного міжнародника-правознавця Олександра Мережка<sup>25</sup>. Слід також зауважити, що зовсім нещодавно Конгрес США ухвалив Закон, згідно з яким кодифікував наявні санкції США проти РФ за акти агресії проти України та запровадив нові заходи у цьому напрямку [57].

Тут я висловлю деякі міркування щодо змісту проекту Закону про оборону та забезпечення суверенітету і територіальної цілісності. Насамперед, закон цей має містити чіткі процедурні та інституційні вимоги згідно із критеріями ясності закону, виробленими у практиці Європейського суду з прав людини, та рекомендаціями Венеційської комісії. Це важливо з точки зору легітимності дій держави у порядку самооборони та *jus ad bellum* у сенсі статті 51 Статуту ООН.

По-друге, закон має конкретизувати положення Регламенту парламенту щодо парламентського контролю у сфері національної безпеки та оборони, а також застосування Президентом надзвичайних повноважень у рамках діяльності РНБО та в якості Верховного Головнокомандувача Збройних Сил України. Власне ці процедури слід конкретизувати у законі.

По-третє, відповідно до загальновизнаних принципів міжнародного права, положень міжнародних договорів та *jus cogens* визначати позитивні обов'язки держави України стосовно захисту і поновлення прав та свобод українців від дій агресора в особі РФ та її державних агентів в особі незаконних збройних формувань.

<sup>25</sup> Зокрема, проф. Мережко наголосив на тому, що законопроект є декларативний і занадто загальний та має такі недоліки: не включає положення стосовно деокупації Криму, а натомість має місце надмірна деталізація окупованої території (яка загалом є мінливою); у меті політики по деокупації важливо включити положення щодо незворотності притягнення до кримінальної відповідальності осіб, що скоїли злочини проти людства і воєнні злочини, а також добитися відшкодування шкоди, заподіяної РФ; із незрозумілих причин законопроект передбачає пріоритетність виконання мінських домовленостей [56].

По-четверте, слід чітко врегулювати процедури звітності і парламентського контролю в рамках парламентської та дерогаційної моделі надзвичайного захисту конституції з метою формування чітких процедурних та інституційних механізмів для поновлення суверенітету і територіальної цілісності України. Сьогодні діє парламентська модель застосування надзвичайних повноважень, що передбачає схвалення дій Президента парламентом, хоча оптимальнішою є виконавча з елементами судового контролю. Так, у Франції понад півтора року діє надзвичайний стан після терактів у Парижі, однак його оголошено президентом. У нас же такі питання має протягом двох днів схвалити Верховна рада, а принаймні 45 депутатів можуть ініціювати перед Конституційним судом перевірку конституційності запроваджуваних заходів.

По-п'яте, слід мати на увазі, що закони мають містити алгоритми ухвалення владних рішень, а не лише простий перелік владних повноважень чи невизначені назви різного роду відомств. Це взагалі системна вада законів, оскільки вони бідні на правове регулювання процедур.

По-шосте, мають бути більш комплексно і чітко виписані повноваження та процедури компетентних органів влади щодо притягнення агресора до відповідальності, а також притягнення до відповідальності винних осіб, що скоїли воєнні злочини та злочини проти людства. Наразі нагальним є питання приведення у відповідність розділу XX Кримінального кодексу у цій частині, оскільки у цьому плані стосовно України хіба що можна застосувати положення Римського статуту. Нагадаю, що ці закони не відповідають правилам співжиття цивілізованого людства і посадовці несуть відповідальність за їх скоєння незалежно від того факту, чи вони відображені у законодавстві чи ні. Звісно ж, тут певною перешкодою є відкладальна умова у Конституції щодо ратифікації Римського статуту. Але це аж ніяким чином не заважає внести адекватні зміни у Кримінальний кодекс.

Насамкінець, слід також чітко визначити, в яких межах допускається обмеження конституційних прав і свобод, бо фактично йде мова про стан війни, який згадується у Конституції. І це можна прив'язати до правового режиму воєнного стану, хоча і не є одним і тим же. Тим більше, що у законі слід визначити також особливості оголошення стану війни та укладення миру, а також



врегулювати окремі аспекти ведення звичайної війни, ведення інформаційної, економічної воєн, кібервійни тощо. При цьому слід пам'ятати про забезпечення сутнісного змісту прав людини та забезпечення належного балансу між свободою та безпекою.

**12. Юридичний режим поновлення конституційного порядку та забезпечення належного урядування на звільнених від окупації територіях.** Події, пов'язані із анексією Криму з боку Російської Федерації, фактично стали реакцією РФ на події Революції гідності, внаслідок якої було усунуто від влади відверто проросійський уряд. Неправомірність анексії Криму на порушення загально визнаних принципів і норм міжнародного права та конституційної процедури було доведено шляхом ухвалення рішень КСУ № 2-рп/2014 та № 3-рп/2014, а також низкою міжнародних документів (наприклад, Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 68/262 про територіальну цілісність України [58]).

Поновлення суверенітету і територіальної цілісності України передбачає різні заходи: юрисдикційні, дипломатичні, політико-правові, надзвичайні. Юрисдикційні заходи передбачають подання позовів проти агресора — Російської Федерації, діями якої заподіяно шкоду правам і свободам жителів України, її довікілью, економіці та оборонно-промислому комплексу з використанням всіх міжнародних юрисдикцій.

Дипломатичні заходи передбачають подальшу роботу принаймні у двох напрямках: 1) проведення консультацій та переговорів у рамках колективної безпеки із використанням інструментів Генеральної Асамблеї та Ради безпеки ООН, Міжнародного суду ООН (International Court of Justice), ОБСЄ, Ради Європи, процедури консультацій згідно із Будапештським меморандумом тощо; 2) ведення переговорів щодо припинення здійснення РФ агресивних дій щодо України, звільнення анексованого Криму та повернення його під контроль офіційної влади України, припинення фінансової та організаційної підтримки парамілітарних структур і незаконних формувань в ОРДІЛО та виведення власних підрозділів із тимчасово окупованих територій. Також в якості дипломатичного каналу врегулювання розглядаються Мінські домовленості, однак їх скоріше можна розцінювати як певний механізм самовизнання Росії учасником міждер-

жавного конфлікту із Україною, оскільки РФ і по сьогодні всупереч фактичним обставинам займає офіційну позицію, що в Україні триває внутрішній конфлікт, а Крим їй ніби належить відповідно до легітимної процедури. Однак я би цей процес відніс до політико-правового механізму врегулювання українсько-російської війни.

У власному розумінні, політико-правовий механізм врегулювання українсько-російської війни полягає у застосуванні санкцій проти РФ за акти анексії Криму, переслідування національних меншин в Криму та підтримки незаконних формувань в ОРДІЛО, тобто у пошуку спонукального механізму різкої зміни зовнішньополітичного курсу РФ. Слід мати на увазі, що наразі РФ доволі агресивно сприймає переважну більшість країн-сусідів, простори яких розглядає як природну сферу свого впливу у світлі заяви Президента РФ Владіміра Путіна про розпад Радянського Союзу як «геополітичної катастрофи» ХХ століття. Тому активні політико-правові консультації щодо врегулювання українсько-російської війни можуть бути розпочаті при зміні керівництва цієї держави. Застосування санкцій може стати одним із чинників зміни агресивної зовнішньої політики РФ до своїх сусідів та можливості налаштування на більш цивілізовані рейки міжнародної співпраці. З цієї точки зору рано чи пізно Україні доведеться сформулювати і впроваджувати заходи щодо підтримки українців, які проживають на території РФ, щодо захисту їх мовних, культурних прав та прав на вільний розвиток своєї спільноти у РФ.

Надзвичайні заходи передбачають застосування потужностей Збройних сил України, Сил спецоперацій ЗСУ, Національної гвардії МВС, Служби безпеки України для поновлення суверенітету і територіальної цілісності України за зразком операції «Буря» з поновлення територіальної цілісності Хорватії 4–7 серпня 1995 року.

Зазначені заходи можуть певним чином комбінуватися і їх поєднання може посприяти досягненню мети поновлення конституційного порядку на тимчасово окупованих територіях України.

Так само існує необхідність внесення змін у главу XX Кримінального кодексу, щоб привести його положення у відповідність із міжнародними зобов'язаннями України по боротьбі із злочинами проти людства і миру. З цього погляду також критично важливою є ратифікація Україною Римського статуту, який має бути ухвалено до 30 вересня 2019 року.

Формування конституційно-адміністративних параметрів нової моделі місцевого самоврядування в ОРДІЛО полягає не настільки у зміні конституційних положень — Конституція містить доволі гнучкий механізм. Це хіба що не стосується цілком пострадянської за духом системи місцевих державних адміністрацій. Адже саме на рівні законодавства та адміністративної практики має здійснюватися процес формування самодостатніх громад із належною передачею повноважень та матеріальних і фінансових ресурсів місцевій публічній владі.

Оскільки особи, що скоїли злочини проти людства та воєнні злочини, не підлягають амністії за жодних умов, то поточне законодавство, окрім внесення адекватних змін до Розділу XX Кримінального кодексу України, має визначити допустимі межі обмеження щодо свободи пересування і вільного вибору місця проживання стосовно осіб, щодо яких існують достатні підстави вважати, що саме

вони скоїли такого роду злочин. Адже щодо них не існує жодних строків давності і тут принципово слід Україні застосувати засаду невідворотності юридичної відповідальності.

Без вжиття зазначених заходів доволі складно говорити про поновлення адміністративної, економічної, соціальної, культурної інфраструктури ОРДІЛО на якісно новій основі, і їм загрожувати ме стагнація як проблемної точки Східної Європи. Паралельно із цим на визволених територіях слід буде запроваджувати перехідний режим державного управління на певний розумний період часу з метою нормалізації діяльності публічної адміністрації, громадських об'єднань та якісного забезпечення громадянських та політичних прав жителів регіону. Також не виключено, що з метою попередження подальших сепаратистських інтенцій слід буде ухвалювати рішення про припинення існування Донецької і Луганської областей у чинних межах адміністративно-територіальних меж.

## ВИСНОВКИ

В умовах зміни світового порядку та його структури захист суверенітету і територіальної цілісності України як завжди спирається на наявні ресурси та реальну спроможність держави використати належне їй *jus ad bellum*. Військове право спирається на ідею забезпечення континуїтету, згідно з яким інституціонально та процедурно захист прав людини гарантується через діяльність демократичної конституційної держави, здатної захищати основоположні конституційні цінності — гідність людини, свободу, рівність, верховенство права, різноманітність, солідарність та ініціативність. Базуючись на таких установках, формальний закон виконує функцію легітимізації правового порядку щодо наділення повноваження, організації та порядку діяльності органів влади по захисту державності та прав і свобод людини. Поєднання виконавчої та дерогаційної моделі надзвичайного захисту конституційного порядку є сьогодні найоптимальнішим. Необхідною умовою його легітимності є систематичний парламентський та судовий конституційний контроль над запроваджуваними заходами щодо захисту конституційного порядку

з погляду сумісності з конституційними цінностями, насамперед, поваги людської гідності та забезпечення прав людини і основоположних свобод. Оскільки йде мова про безпосередні та невідворотні загрози конституційному порядку, заходи щодо його захисту мають бути рішучі, ефективні, своєчасні та комплексні. Тому відсутність належного законодавчого регулювання новітніх аспектів ведення війни, зокрема, кібервійни, економічної, інформаційної містить потенційну загрозу паралічу критичної інфраструктури держави та фактично може призвести до неспроможності держави відстоювати власний суверенітет і територіальну цілісність. Виходячи із цього, критично важливими є стратегічне планування та існування різноманітних сценаріїв розвитку подій у разі акту агресії проти України та належного законодавчого забезпечення надання рішучої відсічі потенційному супротивнику з метою захисту конституційного порядку. Задля цих цілей Україні слід більш гнучко інтегруватися у системи колективної безпеки та поглиблювати їх у рамках свого регіонального розвитку.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Гроций Г. О праве войны и мира: Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права / Гуго Гроций; пер. с латин. А. Л. Саккетти. — М.: Науч.-изд. центр «Ладомир», 1994. — 867 с.
2. Остром Э. Управляя общим: эволюция институтов коллективной деятельности / Элиноор Остром; пер. с англ. — М.: ИРИСЭН, Мысль, 2010. — 447 с.
3. Понпер К. Р. Відкрите суспільство та його вороги. В 2 т. / К. Р. Понпер. — К.: Основи, 1994. — Т. 1: Чари Платона. — 444 с.
4. Речицкий В. В. Политический предмет конституции. — К.: Дух і Літера, 2012. — 728 с.
5. МВС в рамках операції «Мігрант» посилює боротьбу з нелегальними мігрантами та іноземним криміналітетом, Офіційний сайт МВС України, 2017, 8 серпня [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://mvs.gov.ua/ua/news/9424\\_MVS\\_v\\_ramkah\\_operacii\\_Migrant\\_posilyu\\_borotbu\\_z\\_nelegalnimi\\_migrantami\\_ta\\_inozemnim\\_kriminalitetom\\_FOTO\\_VIDEO.htm](http://mvs.gov.ua/ua/news/9424_MVS_v_ramkah_operacii_Migrant_posilyu_borotbu_z_nelegalnimi_migrantami_ta_inozemnim_kriminalitetom_FOTO_VIDEO.htm)
6. Лок Дж. Два трактати про врядування / Джон Лок [пер. з англ. О. Терех, Р. Думець]. — К.: Основи, 2001. — 264 с.
7. Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство, свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Фридрих Август фон Хайек. — М., 2006. — 643 с.
8. Пчелинцев С. Пределы возможных ограничений прав и свобод граждан в условиях правовых режимов в государствах Восточной Европы, СНГ и Балтии: сравнительный анализ / Сергей Пчелинцев // Сравнительное конституционное обозрение. — 2004. — № 3(48). — С. 136–152.
9. Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) / Андраш Шайо. — М.: Юрист, 2001. — 384 с.
10. Горячов Д. Система надзвичайних засобів захисту конституції: Дис. к.ю.н.; спеціальність 12.00.02 — конституційне право; адміністративне право / Д. Горячов; ДВНЗ «Ужгородський національний університет», 2017. — 180 с.
11. Домрин А. Конституционное регламентирование вопросов обороны и использования вооруженных сил в государствах Европы / Александр Домрин // Сравнительное конституционное обозрение. — 2004. — № 3 (48). — С. 127–135.
12. Berman H. The Rule of Law and Law-Based State (Rechtsstaat), with special Reference to the Soviet Union // Toward the «Rule of Law» in Russia: Political and Legal Reform in the Transition Period. Ed. by Donald D. Barry. — Rutledge, 1992. — 500 p.
13. Was genau macht der Verfassungsschutz? // Das Bundesamt für Verfassungsschutz, Offizielle site [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://www.verfassungsschutz.de/de/das-bfv/aufgaben/was-genau-macht-der-verfassungsschutz>
14. The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law. Michel Rosenberg and Andras Sajó (Eds.). — Oxford: Oxford University Press, 2003. — 1394 p.
15. Конституция Французской Республики: Полный текст Конституции 1958 года с изменениями, внесенными 23 июля 2008 года [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/constitution/constitution\\_russe\\_version\\_aout2009.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/constitution/constitution_russe_version_aout2009.pdf)
16. Основний Закон Федеративної Республіки Німеччини від 1949 р. із змінами та доповненнями [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.1000dokumente.de/?c=dokument\\_de&dokument=0014\\_gru&object=translation&l=ru](http://www.1000dokumente.de/?c=dokument_de&dokument=0014_gru&object=translation&l=ru)
17. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: ратифікована Україною 17.07.1997 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004)
18. Hamdi v. Rumsfeld, 542 US 507, 518 (2004).
19. Ginsburg T., Lansberg-Rodriguez D., Versteeg M. When to Overthrow Your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions // UCLA Law Review. — 2013. — № 60. — P. 1184–1260
20. Савчин М. Емоційність та раціональність у контексті сучасного конституціоналізму // Філософія права та загальна теорія права. — 2015. — № 1–2. — С. 178–195.
21. Конституційна конфліктологія (конституційні механізми подолання політичних криз): посібник / Волянська Г. М., Оніщук М. В., Савчин М. В., Федоренко В. Л. та ін.: За ред. Савчина М. В., Федоренка В. Л. — К.: Ін-т громадян. сусп-ва, 2008. — 188 с. — Бібліогр.: с. 181–185.
22. Шмитт К. Политическая теология. Сборник / Карл Шмитт; пер. с нем.; закл. ст. и сост. А. Филиппова. — М.: «КАНОН-пресс-Ц», 2000. — 312 с.
23. Санстейн К. Р. Легитимность конституционных судов: заметки о теории и практике // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. — 1997. — № 2(17). — С. 31–33.
24. Собота К. Принцип правної держави: конституційно-правні та адміністративно-правні аспекти / Катаріна Собота; пер. з нім.; відп. ред. О. Сироїд. — К.: ВАІТЕ, 2013. — 608 с.

25. Водянніков О. Судова влада та конституційна юстиція покликані бути головним запобіжником проти мажоритарного фатуму демократії / О. Водянніков // *Європейські перспективи*. — 2015. — № 5. — С. 196–199.
26. Про оборону України: Закон України № 1932-III від 06.12.1991 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1932-12>
27. Про боротьбу з тероризмом: Закон України: Закон України № 638-IV від 30.03.2003 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/638-15>
28. Про Заяву Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські та політичні права та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод»: постанова Верховної Ради України № 462-VIII від 21.05.2015 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/462-viii>
29. Шевчук С. Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні / С. В. Шевчук. — К.: Реферат, 2006. — 640 с.
30. BVerGE, 71, 183 (191).
31. Конституційне право України: підручник / автор. кол. — 8-е вид., переробл. і доп. — Ужгород, Видавничий Дім «Гельветика», 2016. — 476 с.
32. Рижков Г. Принцип правової держави в Основному законі (Конституції) ФРН і судова практика Федерального конституційного суду ФРН / Г. Рижков. — К.: Книги для бізнесу, 2008. — 112 с.
33. Декларація про мінімальні гуманітарні стандарти [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.un.org/russian/declarat/pdf>.
34. USA Patriot Act (H.R.3162) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html>
35. Bellinger III, J. B. (2007a) Speech Legal Issues in the War on Terrorism / John B. Bellinger III // *German Law Journal*. — 2007. — Vol. 08. — No. 07. — P. 735–746.
36. Hamdan v. Rumsfeld, 126 S.Ct. 2749 (2006).
37. Voeneke S.N.U. Response — The Fight against Terrorism and the Rules of International Law — Comment on Papers and Speeches of John B. Billinger, Chief Legal Advisor to the United State Department / Silja N. U. Voeneke // *German Law Journal*. — 2007. — Vol. 08. — No. 07. — P. 747–760.
38. Bélanger, Claude, Chronology of the October Crisis, 1970, and Its Aftermath [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://faculty.marianopolis.edu/c.belanger/quebechistory/chronos/october.htm>
39. Case of Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia ([GC], no. 48787/99, 8 July 2004, ECHR 2004 VII).
40. Monaghan, Andrew, Putin's Way of War. The 'War' in Russia's 'Hybrid Warfare', *Parameters* 45(4) Winter 2015–16, 65–74.
41. Герасимов, Валерий, Ценность науки в предвидении, Военно-промышленный курьер, 2013, 27 февраля [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.vpk-news.ru/articles/14632>
42. Giles, Keir. Russia's 'New' Tools for Confronting the West: Continuity and Innovation in Moscow's Exercise Power. Chatham House. The Royal Institute of International Affairs. 21 March 2016. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://www.chathamhouse.org/publication/russias-new-tools-confronting-west>
43. Postsocialist Pathways: Transforming Politics and Property in East and Central Europe. By David Stark and Laszlo Bruszt. — Cambridge University Press, 1998. — 300 p.
44. Szalai E. Integration of Special Interests in the Hungarian Economy: The Struggle Between Large Companies and the Party and State Bureaucracy / Erzsebet Szalai // *Journal of Comparative Economics*. — Vol.15. — 1991. — P. 290–303.
45. Hankiss E. East European Alternatives / Elemer Hankiss. — Oxford: Clarendon Press, 1990.
46. Галеотти, Марк, Российская разведка ведет (политическую) войну, Вестник НАТО, 2017 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.nato.int/docu/review/2017/Also-in-2017/russian-intelligence-political-war-security/RU/index.htm>
47. Rosenoer, Jonathan, CyberLaw. The Law of the Internet, New York: Springer, 1997.
48. Казарин П. Будущее: осмысленное и беспощадное / Павел Казарин // Site.ua [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://site.ua/pavel.kazarin/8446-buduschee-osmyslennoe-i-besposhadnoe/>
49. Почепцов, Георгий, Победа над массовым сознанием и мышлением: как работает объективный инструментарий на субъективной основе, Хвиля, 2017, 6 червня [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://hvylya.net/analytics/society/pobeda-nad-massovym-soznaniem-i-myishleniem-kak-rabotaet-obektivnyiy-instrumentariy-na-subektivnoy-osnove.html>
50. Кузьменко О. Україна опиняється в епіцентрі політичного скандалу в США / Олексій Кузьменко // *Голос Америки*, 13 липня 2017 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://ukrainian.voanews.com/a/ukraina-ameryka-skandal/3941521.html>



51. Най, Джозеф, Информационные войны и мягкая сила, *Liga.net* [http://www.liga.net/opinion/332918\\_informatsionnye-voyny-i-myagkaya-sila.htm](http://www.liga.net/opinion/332918_informatsionnye-voyny-i-myagkaya-sila.htm)
52. Mathieson, S.A., Meet the Loughborough 'emo' boffins who predicted Trump's victory, 2016, 26 November [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [www.theregister.co.uk/2016/11/24/loughborough\\_emotive\\_study\\_predictive\\_trump\\_election/](http://www.theregister.co.uk/2016/11/24/loughborough_emotive_study_predictive_trump_election/)
53. Thornton, Rod (2015) *The Changing Nature of Modern Warfare*, *The RUSI Journal*, 160:4, 40-48, DOI: 10.1080/03071847.2015.1079047
54. Резолюция 3314 (XXIX), Определение агрессии: Генеральная Ассамблея ООН, 2319-е пленарное заседание, 14 декабря 1974 года. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/742/34/IMG/NR074234.pdf?OpenElement>
55. Шуклинов П. План Макрона и статус Донбасса. Что это и зачем это надо / Петр Шуклинов, Сергей Мельничук // *Лига.net* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://news.liga.net/articles/politics/14786052-plan-makrona-i-status-donbassa-cto\\_eto\\_i\\_zachem\\_eto\\_nado.htm](http://news.liga.net/articles/politics/14786052-plan-makrona-i-status-donbassa-cto_eto_i_zachem_eto_nado.htm)
56. Мережко Олександр (Alexander Merezhko). Обнародован проект закона об деокупации, персональний акант у мережі «Фейсбук» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [https://www.facebook.com/permalink.php?story\\_fbid=1913577185581726&id=100007883895169](https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1913577185581726&id=100007883895169)
57. H.R.3364 — *Countering America's Adversaries Through Sanctions Act*, 115th Congress (2017-2018) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/3364/text#toc-H3420FDCB95BC4483B63B45D6E38E3C66>
58. A/Res/68/262, 2016, 27 March.



Альберт ЄЗЕРОВ  
/ кандидат юридичних наук,  
доцент Національного університету  
«Одеська юридична академія»

# КОНСТИТУЦІЙНА БЕЗПЕКА ЯК СКЛАДНИК НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

## ABSTRACT

*The category of the constitutional safety is defined through concept of the constitutional conflict of this article.*

*This category gives additional analytical possibilities for the complex analysis of constitutionally-legal sphere.*

*Advantage of use of the given category consists in possibility of complete reflection of constitutionally-legal space.*

**Key words:** *the constitutional safety, the constitutional conflict, the constitutional system, national safety.*

## АНОТАЦІЯ

*Розглянуто нетрадиційне для науки конституційного права поняття конституційної безпеки.*

*Перевага його застосування, попри граничну широту змісту цього поняття, полягає у можливості цілісного відображення загальної панорами конституційно-правового простору.*

**Ключові слова:** *національна безпека, конституційна безпека, конституційний конфлікт, інтереси та базові цінності.*

Здатність суб'єктів конституційно-правових відносин — і серед них насамперед людини, суспільства і держави — протистояти деструктивним проявам конституційних конфліктів, а також іншим внутрішнім і зовнішнім загрозам характеризує відносно нове для теорії конституційного права поняття — поняття конституційної безпеки. Вперше запропоноване в 1997 р. [1], воно розвивалося як структурний елемент теорії національної безпеки. Це виправдовує себе, оскільки конституційна практика наочно демонструє як соціальну цінність самої Конституції, так і необхідність стабілізації конституційно-правових відносин за допомогою зниження інтенсивності конституційної конфліктності.

Не менш актуально залишається необхідність захисту Конституції на рівні національної безпеки і для сучасного українського конституціоналізму. Підтвердженням тому є реалізовані і нереалізовані спроби нелегітимної модернізації Конституції, факти підміни конституційних норм політичною доцільністю, принизливий для особистості стан дотримання та захисту її прав і свобод, які мають місце у країнах сучасного світу. Природно, даний список не є вичерпним.

Ще в 1998 р. Президент України у своєму щорічному Посланні виділив як сферу особливої уваги суспільства і держави «якісно новий бік національної безпеки — конституційної» при констатації, що Основний Закон потребує захисту, і здійснювати його необхідно «суто юридичними засобами» за обов'язкової умови — підвищення «дієвості конституційних норм, насамперед щодо основ конституційного ладу і прав людини» [2].

М. Орзіх, називаючи таке виділення «плідним», мотивував це наступним чином: по-перше, актуалізується захист Конституції на рівні національної безпеки, по-друге, звернуто увагу на якісну новизну підходу до захисту Конституції «в умовах нестабільності нашого життя і спроб неправомірних зовнішніх впливів». М. Орзіх вказував, що в цьому відношенні Конституція — незамінний засіб стабілізації суспільного життя, хоча в різних сферах вона проявляється по-різному. Тому не можна нівелювати, зрівнювати стабілізуючу роль Конституції, не можна її перебільшувати, «провокуючи» необґрунтовані соціальні очікування, пов'язані з її дією, по-третє, фіксується граничність використовуваних спо-

собів і дій щодо захисту Конституції — юридичні засоби. Цей набір засобів та їх застосування обмежені створенням конституційно встановленого правового порядку (ст. 19 Конституції) [3, с. 69–70].

Розробка універсального визначення конституційної безпеки, що включає в себе всі аспекти даного явища та підходи до його тлумачення, можлива при зверненні до нормативних і наукових визначень національної безпеки як вихідної категорії, корелюючи останню відповідним чином із конституційно-правовими відносинами. Можна виділити дві тенденції визначення даного поняття — по суті і по формі, які, на наш погляд, доповнюють один одного. Тлумачення цього терміна «по суті» передбачає визначення національної безпеки через поняття «стан захищеності». Даючи визначення національної безпеки «по формі», слід звернутися до системи нормативних, організаційних, інституційних гарантій (заходів), що забезпечують стабільний розвиток держави і суспільства.

Українське законодавство визначає національну безпеку як захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства і держави, за якої забезпечуються сталий розвиток суспільства, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних і потенційних загроз національним інтересам [4]. Такого ж сутнісного підходу до визначення національної безпеки (проте акцентуючи увагу на різних аспектах) дотримуються і деякі науковці. Так, А. Возженіков, розширюючи дане визначення, говорить про національну безпеку як про стан «захищеності життєво важливих інтересів особистості, суспільства і держави в усіх сферах їх життєдіяльності від внутрішніх і зовнішніх небезпек і загроз, що характеризується таким станом країни, при якому забезпечується її цілісність і внутрішня стабільність, суверенний і прогресивний розвиток, можливість виступати самостійним і повноправним суб'єктом міжнародних правовідносин» [5, с. 48]. Н. Матрусов розглядає національну безпеку як «достатню за рівнем і характером захищеність національних ресурсів і цінностей, а також державних, громадських і особистих інтересів від внутрішніх і зовнішніх загроз» [6, с. 46].

Х. Приходько, розглядаючи поняття політичної безпеки, розгорнуто виділяє її сутнісне,

змістовне та формальне наповнення. На її переконання:

«За своєю суттю політична безпека — це стабільний стан політичної системи суспільства і найбільш сприятливий режим взаємодії її суб'єктів, формалізований у політичних відносинах, які охороняються, регулюються й гарантуються Конституцією й законами України.

За змістом — це сукупність факторів (умов), необхідних для функціонування й реалізації політичних основ конституційного ладу України, політичних прав і свобод людини і громадянина, а також демократичного політичного режиму в країні.

За формою політична безпека — це система конституційних політичних відносин, у рамках яких стає можливим і реальним здійснення демократичної влади і конституційної право суб'єктності учасників цих відносин» [7, с. 37–38].

Згідно з рекомендаціями Фонду національної та міжнародної безпеки при ЮНЕСКО національна безпека визначається як «система державних і громадських гарантій, що забезпечують стабільний розвиток нації, захист базових цінностей та інтересів, джерел духовного і матеріального добробуту від внутрішніх і зовнішніх загроз» [8]. Таке визначення є відмінним підходом від попередніх варіантів визначень цього поняття. Аналогічного трактування змісту поняття національної безпеки «по формі» дотримується і ряд інших авторів. Серед них М. Александров, який представляє її як «сукупність факторів, що забезпечують життєдіяльність держави в системі міжнародних відносин, її здатність відображати виникаючі зовнішні загрози і діяти у відповідності зі своїми національними інтересами» [9, с. 28–29]. Е. Лисицин вважає, що національна безпека характеризує стан політичних інститутів, що забезпечують ефективну діяльність з підтримки оптимальних умов існування і розвитку особистості і суспільства» [10, с. 27].

Не загострюючи уваги на деяких недоліках окремих визначень, відзначимо, що одна їх частина представляє національну безпеку як стан захищеності відносин, інтересів тощо, а друга — як систему заходів щодо досягнення такої захищеності. Спробою скомбінувати обидва названих підходи є визначення національної безпеки, дане В. Українчуком. Він розуміє під нею «такий

специфічний вид суспільних відносин, які складаються між людьми і їх колективами у процесі цілеспрямованої діяльності, результатом якої є досягнення стану оптимального функціонування і розвитку громадянського суспільства, правової держави та їх структурних компонентів» [11, с. 14]. У цьому визначенні термін «стан оптимального функціонування» тотожний терміну «стан захищеності», використовуваному в наведених вище визначеннях, а термін «цілеспрямована діяльність» рівнозначний «системі гарантій, факторів і заходів». Це визначення вдале не тільки тому, що об'єднує сутнісний і формальний підходи. Широко використовуваний термін «стан захищеності» не повною мірою розкриває сутність явища національної безпеки, оскільки «захищеність» — поняття відносне, мінливе й умовне. З іншого боку, сама безпека також відносна — абсолютна лише небезпека. Тому створення гарантій щодо забезпечення стану захищеності виправдовує підхід, при якому система таких гарантій стає центральним елементом визначення.

І все ж, гарантії, фактори, заходи тощо — це механізми забезпечення стану захищеності або стану оптимального функціонування певних інститутів. А тому вони є вторинними стосовно забезпечуваних ними станів. Саме стан суспільних відносин, який обумовлює оптимальне функціонування державних і громадських інститутів, реалізацію та захист прав і свобод особистості, характеризується здатністю відобразити внутрішні та зовнішні загрози, що найбільшою мірою відображає суть явища національної безпеки. Всі ці фактори враховані у визначенні, даному українським ученим В. Селівановим, який вважав, що національна безпека насамперед відображає оцінку якісного стану суспільних відносин. На його думку, це «такий стан суспільних відносин, який за своїми якісними і кількісними параметрами характеризується здатністю протистояти можливим внутрішнім і зовнішнім загрозам і їх джерелам, що складають небезпеку для життєво важливих національних інтересів» [12, с. 9].

Правове регулювання національної безпеки здійснюється Конституцією України та іншими актами конституційного законодавства. Отже, вона є повноцінним інститутом конституційного права і підлягає вивченню в рамках предмета конституційно-правової науки. Загальні підходи до вивчення національної безпеки можуть і мають бути



застосовні при характеристиці сутності категорії конституційної безпеки.

Категоріальне значення поняття «конституційна безпека» полягає в тому, що саме воно має ключове значення у визначенні стану захищеності конституційного ладу. Воно виконує інструментальну функцію, будучи одним із засобів (разом з іншими категоріями конституціоналізму), за допомогою яких досліджується правова реальність. Ця категорія дає додаткові аналітичні можливості для комплексного аналізу конституційно-правової сфери. Перевага використання даної категорії, попри її граничну широту, полягає в можливості цілісного відображення загальної панорами конституційно-правового простору, в якому «обертаються» суб'єкти конституційно-правових відносин.

Співставляючи поняття «конституційна безпека» і більш традиційне для наукового обігу поняття «правова охорона Конституції», слід зазначити, що правова охорона націлена лише на захист юридичної Конституції (тексту), конституційна безпека же націлена на захист закріплених в цій Конституції базових цінностей, конституційних інститутів, самого конституційного ладу. У цьому сенсі правова охорона Конституції виступає в якості одного із засобів забезпечення конституційної безпеки.

Виділяючи конституційну безпеку як одну із сутнісних сторін національної безпеки, слід передусім звернути увагу на правовий характер цієї категорії. Конституційна безпека включається в поняття правової безпеки, яка своєю чергою, поряд з економічною, інформаційною та іншими видами безпеки, входить до складу національної безпеки. Правова безпека розглядається в науковій літературі в широкому та вузькому сенсі слова. «У ширшому розумінні вона означає захищеність правової системи, системи права, законодавства в цілому від правових (формально правових — через закріплення в нормах позитивного права) небезпек і загроз, правові засоби забезпечення всіх видів безпеки (національної, державної, економічної, екологічної тощо), у вузькому сенсі — це усунення правових небезпек і загроз як у процесі створення закону, правової норми, так і в процесі правозастосування — забезпечення правової безпеки особи, суспільства і держави» [13, с. 303–304]. Правова безпека передбачає високу ефективність діяльності правової системи, її здатність успішно захи-

щати цінності цивілізованого співіснування [14, с. 109–110]. Оскільки базовою метою правового впливу є «сприяння найбільш оптимальному, безперешкодному і справедливому задоволенню інтересів суб'єктів права» [15, с. 95], питання якості правового регулювання, ефективності правозастосування стають критеріями для визначення здатності правової системи країни в конкретний історичний період забезпечувати захищеність інтересів суб'єктів права — особистості, суспільних інститутів, держави. Тому А. Фомін називає право, правотворчість і правозастосування ключовими ланками в механізмі забезпечення національної безпеки [16, с. 53].

Єдиного тлумачення змісту «конституційної безпеки» на сучасному етапі не існує. Вперше це поняття було визначене як «система заходів, що вживаються державними органами, органами місцевого самоврядування, а також — у рамках їх прав та можливостей, — громадськими об'єднаннями, господарюючими суб'єктами та іншими юридичними особами та громадянами з метою зміцнення та захисту конституційного ладу..., дії конституційного законодавства, зміцнення політичного режиму, заснованого на високому авторитеті державних інститутів, розвитку демократії, забезпечення прав і свобод громадян» [1]. У даному визначенні явно проглядається суто функціональна сторона цього поняття, без урахування сутнісної характеристики. Пізніше Т. Шуберт визначила конституційну безпеку як «стан захищеності основ конституційного ладу від внутрішніх і зовнішніх загроз, що включають у себе норми Конституції, які визначають вихідні засади системи права, найважливіші принципи статусу і діяльності суб'єктів конституційно-правових відносин, що дозволяють визначати і розвивати інститути та напрямки конституційного законодавства» [17]. Однак у даному випадку, навпаки, відображена тільки формальна сторона категорії змісту поняття, без урахування його функціонального складника. Крім того, визначення переважане розкриттям властивостей норм Конституції замість розкриття змісту поняття, що визначається.

О. Фомін виділяє поняття конституційної безпеки, визначаючи його як «комплекс заходів ... органів державної влади, ... а також органів місцевого самоврядування щодо виявлення, попередження і протидії всьому тому, що загрожує осно-

вам конституційного ладу країни» [18, с. 71]. Дане визначення включає тільки «комплекс заходів», упускаючи «стан захищеності», що робить його неповним. До того ж, перелік суб'єктів забезпечення конституційної безпеки зводиться лише до органів публічної влади, що не цілком вірно.

В. Мамонов відзначає відмінність між національною та конституційною безпекою: якщо конституційна безпека забезпечує охорону юридичної конституції, то національна безпека — фактичної конституції країни [19, с. 11]. З таким, хоч і цікавим, твердженням важко погодитися, оскільки настільки вузьке розуміння конституційної безпеки зводить її до поняття правової охорони Конституції. В. Мамонов обґрунтовує свою позицію не цілком коректним прикладом. «Конституційна безпека передбачає, наприклад, захист основ конституційного ладу — людини, її прав і свобод як найвищої цінності» [19, с. 17]. І це цілком правильно. Продовжуючи приклад, він пише: «З точки зору національної безпеки це питання розглядається глибше, зачіпає такі аспекти, як зростання смертності, падіння народжуваності, погіршення морального та фізичного здоров'я нації» [19, с. 18]. Дане твердження також є вірним. Однак воно не підтверджує його вислів, що конституційна безпека забезпечує лише охорону юридичної конституції. Остання дійсно є засобом забезпечення конституційної безпеки, але лише правовою охороною конституції зміст цього поняття не вичерпується. Він включає стан захищеності конституційного ладу в цілому, а не тільки його основ, закріплених у юридичній конституції, а також весь масив засобів забезпечення такої захищеності.

І. Гончаров під конституційною безпекою розуміє внутрішню безпеку держави, яка передбачає стан захищеності основ конституційного ладу країни від загроз, що мають переважно внутрішній характер, і при цьому забезпечує стабільний, поступальний розвиток особистості, суспільства і держави» [20, с. 108].

Таким чином, при визначенні конституційної безпеки, як і при визначенні національної безпеки, виділяються два підходи: «по суті» — через поняття «стан захищеності» і «по формі» — як до системи нормативних, організаційних, інституціональних гарантій (заходів), що забезпечують стабільний розвиток конституціоналізму, захист конституційного ладу. Поєднуючи ці два підходи,

можна визначити конституційну безпеку в найзагальнішому вигляді як стан захищеності конституційного ладу і систему нормативних, організаційних, інституціональних гарантій (заходів), що забезпечують його захист. Враховуючи ж усі наведені визначення національної, правової та конституційної безпеки, недоліки і переваги цих визначень, можна дати розгорнуте тлумачення змісту цього поняття: конституційна безпека — це стан конституційних правовідносин, що складаються у процесі цілеспрямованої діяльності, результатом якої є досягнення такого стану функціонування громадянського суспільства, правової держави та їх структурних компонентів, який характеризується здатністю протистояти загрозам, що представляють небезпеку для конституційного ладу.

Будь-яке суспільство володіє певним потенціалом конституційної конфліктності й водночас має запас конституційної безпеки. Ці параметри конституційної дійсності зворотно залежні. Як немає суспільства і держави, в яких немає конфліктів, так і немає суспільства і держави, які не володіють певним рівнем безпеки. Що нижче рівень конституційної конфліктності, тим вище рівень конституційної безпеки, тим активніше й адекватніше система може відображати всілякі загрози. Тобто потенціал безпеки детермінований конфліктним потенціалом [21]. Забезпечення конституційної безпеки вимагає вироблення механізмів обмеження негативних проявів конституційних конфліктів і створення системи процесуальних гарантій для їх вирішення правовими методами, а також посилення ролі права у здійсненні соціальної інженерії, що полягає в гармонізації інтересів в умовах конституційного конфлікту.

Тому конституційна безпека — це не стан суспільних відносин, позбавлений конфліктів, це система, яка попереджає і вирішує конфлікти з найменшими втратами для суспільства і держави, трансформує їх «енергію» в позитивне русло. Застосування конфліктологічної теорії при аналізі конституційної безпеки закладає основи дослідницької парадигми, що допускає: 1) розгляд сутності конституційної безпеки як багаторівневого феномена, в основі якого лежать інтереси і потреби суб'єктів конституційних правовідносин, спрямовані на базові конституційні цінності; 2) розуміння конституційного конфлікту як явища, що послабляє захисні механізми і знижує рівень кон-

ституційної безпеки; 3) вирішення конфліктів з урахуванням їх довгострокових наслідків з метою виключити джерело виникнення конфліктів як генератора небезпеки в майбутньому.

Відповідно до запропонованого методологічного підходу сутність конституційної безпеки визначається гнучкістю механізму узгодження різних інтересів і потреб суб'єктів конституційно-правових зв'язків, що дає змогу попереджати і вирішувати конфлікти, виявляти їх позитивний потенціал. Однак забезпечення конституційної безпеки — процес перманентний, оскільки конституційна конфліктність — явище історично мінливе, але постійно існуюче. Це вимагає постійного моніторингу ситуації, безперервного наукового осмислення механізмів забезпечення конституційної безпеки у політико-правових умовах, що постійно змінюються.

Отже, в основі проблеми конституційної безпеки знаходиться конституційний конфлікт. О. Фомін вбачає практичний сенс такого підходу до юридичної безпеки в тому, щоб «встановити, чи можуть норми права впливати на зародження, розвиток і вирішення конфлікту, і якщо можуть, то як використовувати правовий інструмент для пом'якшення, припинення конфлікту або попередження його в цілях забезпечення юридичної безпеки суб'єктів права» [22, с. 103].

А. Селіванов та А. Стрижак вказують, що для того, «аби правильно розуміти конституційну безпеку, важливо обумовити її об'єкти, якими є національні інтереси як інтегральна основа балансу між вищими інтересами особи, держави та суспільства. Це означає у своєму змісті такі конституційні ознаки: а) інтереси особистості — здатність реалізовувати конституційні права та свободи; б) інтереси суспільства — здатність формувати та контролювати демократичний лад держави, використовувати можливості соціальної правової держави; в) інтереси держави — встановлювати та зберігати конституційний правопорядок, конституційний лад, забезпечувати цілісність територіального народонаселення, законність у всіх сферах діяльності» [23, с. 94].

В цілому проблема національної безпеки та її забезпечення виникає у зв'язку з існуванням загроз національним інтересам. Вся система національної безпеки існує для недопущення можливої загрози національним інтересам, а в разі її виникнення — для нейтралізації чи мінімізації

впливу таких загроз. У всіх наведених визначеннях національної безпеки так чи інакше присутні поняття «національні (життєво важливі) інтереси», «базові цінності» та «загрози» їм. Саме через ці поняття виявляється об'єкт національної безпеки та фактори, які можуть здійснювати на неї негативний вплив.

Національний інтерес є абстрактною категорією, а її зміст визначається існуючою в даному суспільстві ціннісною системою — вельми суб'єктивною. Будучи реальним базисом правової політики держави, національні інтереси «виступають тим орієнтиром, який здатний надати йому вищий ціннісний зміст і «вибудувати» відчутні, фактично досяжні поточні та перспективні цілі. І право на цьому шляху — один з головних інструментів, який покликаний оберігати національні інтереси...» [24, с. 87]. Вищі інтереси закріплені в нормах акта вищої юридичної сили — Конституції України. Її I, III і XIII розділи містять норми, що складають конституційно-правовий інститут основ конституційного ладу України. Саме ці норми користуються найвищою правовою охороною, володіють найвищим ступенем стабільності, оскільки закріплюють базові цінності для розвитку особистості, функціонування суспільних і державних інститутів. В даному випадку відбувається перетин змісту понять інтересу й цінності. Вважається, що «інтереси, при всій своїй вагомості, безпосередньо визначають лише цілераціональні вчинки. Цінності ж служать фундаментом мотивації усіх видів дій» [25, с. 22]. Цінність — позитивна чи негативна значимість об'єктів і явищ навколишнього світу для людини, вона зумовлена їх залученістю у сферу людської життєдіяльності. Критерії і способи оцінки цієї значимості отримують вираження в нормативних уявленнях, ідеалах, установках, цілях [27, с. 1740]. Тому в контексті забезпечення захищеності конституційного ладу більш коректним уявляється вживання терміна «базова цінність», ніж «національний інтерес».

Закріплені в нормах інституту основ конституційного ладу України базові цінності є спільним баченням громадян своєї держави їх місця і ролі в забезпеченні прав і свобод особистості, свого місця і своєї ролі у становленні громадянського суспільства та побудові правової державності. Аналіз тексту Конституції України дає змогу виділити такі базові цінності конституційного ладу, як: основи державності і міжнародний статус дер-

жави (ст. ст. 1, 9, 17, 18), цілісність і недоторканість території, унітаризм (ст. 2), права і свободи людини і громадянина (ст. 3), народовладдя (ст. ст. 5, 69–74), механізм поділу влади (ст. 6), місцеве самоврядування (ст. 7), верховенство права, дія і верховенство Конституції (ст. ст. 8, 19, 154–159), застосування державної мови та мов національних меншин (ст. 10), толерантні міжнаціональні відносини й національна політика (ст. ст. 11, 12), власність і природні ресурси (ст. ст. 13, 14), ідеологічне розмаїття (ст. 15), екологічна рівновага (ст. 16), державна символіка (ст. 20). Саме система цих цінностей і складає зміст конституційного ладу і є об'єктом конституційної безпеки.

Стабільне існування і розвиток цих цінностей, вільне користування ними і визначає стан захищеності конституційного ладу як відсутність чи мінімізацію загроз для нього. З огляду на слабку розробленість у науковій літературі поняття загроз конституційної безпеки, для їх характеристики також слід вдаватися до відповідних понять, розроблених у сфері національної безпеки.

В. Селіванов пропонував «під загрозами національній безпеці ... розуміти такі реальні і потенційно небезпечні дії (природні та соціальні чинники) щодо особистості, народу, держави, які здатні завдати шкоди національним цінностям або унеможливити реалізацію життєво важливих національних інтересів». Такий підхід певною мірою був сприйнятий і законодавцем. Профільний закон під загрозами національній безпеці розуміє «явні та потенційно можливі явища і чинники, які становлять небезпеку для життєво важливих національних інтересів України» [4].

Оскільки конституційна безпека характеризує внутрішньополітичний складник національної безпеки будь-якої держави, то саму національну безпеку слід розглядати як поняття більш широке стосовно безпеки конституційної. Виходячи зі сказаного, її зміст, в основному, становлять загрози національній безпеці у внутрішньополітичній сфері. До таких Закон України «Про основи національної безпеки», зокрема, відносить: порушення з боку органів державної влади та місцевого самоврядування Конституції і законів України, прав і свобод людини і громадянина, в тому числі при проведенні виборчих кампаній, недостатню ефективність контролю над дотриманням вимог Конституції і виконанням законів України; мож-

ливість виникнення конфліктів у сфері міжетнічних і міжконфесійних відносин, радикалізацію та прояви екстремізму в діяльності деяких об'єднань національних меншин та релігійних громад; загрозу проявів сепаратизму в окремих регіонах України; структурну і функціональну незбалансованість політичної системи суспільства, нездатність окремих її елементів до оперативного реагування на загрози національній безпеці [4].

О. Фомін за основу концепції юридичної безпеки бере поняття негативних юридичних впливів, а суть юридичної безпеки зводить до захисту громадян, окремих груп і соціальних верств, масових об'єднань людей і населення в цілому від цих негативних наслідків, тобто — до мінімізації юридичних факторів ризику (таких станів, явищ або процесів, які за певних умов можуть стати небезпечними). Таким чином, цей автор називає чинниками ризику у сфері правової безпеки те, що у сфері національної безпеки іменується загрозами національним інтересам. До них він відносить наступні: недосконалість чинного законодавства (суперечливість і неефективність правових норм, їх економічна незабезпеченість); відсутність необхідних законодавчих актів; невідповідність закону праву; нестабільність законодавства; порушення єдності правового простору країни; нігілістичне ставлення до права в суспільстві тощо. Всі наведені О. Фомініми фактори ризику безпосередньо пов'язані з правотворчістю або правозастосуванням, що виправдано в рамках розгляду проблем саме правової безпеки.

Таким чином, конституційна безпека як правова категорія, що відображає стан захищеності конституційного ладу і систему заходів щодо його захисту, до свого змісту включає наступні негативні фактори впливу на базові конституційні цінності: колізії, прогалини та інші дефекти в законодавстві; невідповідності між природним правом і позитивними нормами; правовий нігілізм суб'єктів конституційно-правових відносин, низький рівень їх правової культури; зловживання правом. Ці фактори ризику можуть виявлятися в різних діях, що загрожують конституційному ладові: порушення конституційного статусу Української держави, цілісності та недоторканості її території; порушення верховенства Конституції як Основного Закону; протистояння влади тощо.



## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Шуберт Т. Э. Конституционная безопасность: понятие и угрозы // *Право*. — 1997. — № 4.
2. Строительство новой Украины — великое общее дело. Обращение Президента Украины Л. Д. Кучмы с ежегодным Посланием к народу, Верховной Раде Украины // *Одесские известия*. — 1998. — 23 мая.
3. Орзих М. Ф. Конституционная реформа в Украине : учебное пособие. — Одесса: Юридическая литература, 2003.
4. Про основи національної безпеки : закон України від 15 грудня 2005 року № 3200-IV // *Офіційний вісник України*. — 2003. — № 29. — С. 1433.
5. Возжеников А. В. Парадигма национальной безопасности реформирующейся России. — М., 2000.
6. Матрусов Н. Д. О необходимости создания целостной системы национальной безопасности России: основные принципы, подходы, элементы // *Безопасность. Инф. сб.* — 1996. — № 3–4.
7. Приходько Х. В. Політична безпека України : конституційно-правовий аспект / Х. В. Приходько // *Юридичний науковий електронний журнал*. — 2015. — № 1.
8. <http://www.niisp.gov.ua>.
9. Александров М. В. О концепции национальной безопасности нашей страны // *Международная безопасность. Национальные и глобальные аспекты. Дайджест 1*. — М., 1990.
10. Горбулін В. П. Актуальні питання організації стратегічного планування державної політики національної безпеки України / В. П. Горбулін, О. Ф. Белов, Е. М. Лисицин // *Стратегічна панорама*. — 1999. — № 3.
11. Українчук В. М. Забезпечення національної безпеки в умовах формування в Україні громадянського суспільства. — Харків: Ун-т внутр. справ. — 1996.
12. Селіванов В. Національна безпека України та її забезпечення (концептуальний підхід) // *Право України*. — 1992. — № 7.
13. Галузин А. Ф. Правовая безопасность и ее принципы. — СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008.
14. Бачинин В. А. Энциклопедия философии и социологии права. — СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006.
15. Малько А. В. Цели и средства в праве и правовой политике / А. В. Малько, К. В. Шундинов — Саратов, 2003.
16. Фомин А. А. Юридическая безопасность субъектов российского права. — Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2005.
17. Шуберт Т. Э. Национальная безопасность России: конституционно-правовые аспекты. Сравнительно-правовое исследование // *Право и закон*, 2001.
18. Фомин А. А. Юридическая безопасность государства как особого субъекта российского права // *Право и политика*. — 2005. — № 3.
19. Мамонов В. В. Конституционные основы национальной безопасности : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Саратов, 2004.
20. Гончаров И. В. К вопросу о понятии конституционной безопасности государства // *Государство и право*. — 2003. — № 12.
21. Социальный конфликт: современные исследования / Под ред. Н. М. Поляковой. — М., 1991.
22. Фомин А. А. Юридическая безопасность и правовая защищенность: соотношение и взаимосвязь // *Журнал российского права*. — 2005. — № 11.
23. Селиванов А. А. Вопросы теории конституционного правосудия в Украине : актуал. вопр. соврем. развития конституц. правосудия / А. А. Селиванов, А. А. Стрижак. — К. : Логос, 2010.
24. Баранов В. М. Деструктивное воздействие права и национальные интересы // *Журнал российского права*. — 2005. — № 12.
25. Лапин Н. И. Социальные ценности и реформы в кризисной России // *СОЦИС*. — 1993. — № 9.
26. Большой Российский энциклопедический словарь. — М.: Большая Российская энциклопедия, 2008.

## ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

# ОБМЕЖЕННЯ ОСНОВОПОЛОЖНИХ ПРАВ В УМОВАХ ЗАГРОЗ НАЦІОНАЛЬНІЙ БЕЗПЕЦІ

(СТАНДАРТИ РАДИ ЄВРОПИ)

«Будь-який баланс між безпекою та свободою накладає певні обмеження як на безпеку, так і на свободу.  
...Баланс і компроміс — це ціна демократії.  
Тільки сильна, безпечна та стабільна демократія може дозволити собі захищати права людини, і лише демократія, заснована на фундаменті прав людини, може існувати в безпеці».  
А. Барак, президент Верховного Суду Ізраїлю

## І. Загальні засади співвідношення основоположних прав, демократії та державної безпеки

- «Демократія та верховенство права за визначенням розуміються як політичні права та особисті свободи, а також ефективна система стримувань та противаг ...Державна безпека та основоположні права не є конкурентними цінностями; вони є передумовою один одного...»<sup>1</sup>.

- «Перш за все, договірна сторона повинна «забезпечувати в межах своєї юрисдикції кожному права та свободи ... за Конвенцією», відповідно до вимог статті 1 ЄКПЛ»<sup>2</sup>.

- «Навіть у справжніх випадках надзвичайних ситуацій верховенство права має панувати. Дійсно, до тих пір, поки прийняті заходи обмежень не поширюються на право доступу до суду (стаття 6 ЄКПЛ) та / або на право на ефективний засіб правового захисту (Стаття 13 ЄКПЛ), ... національний механізм контролю повинен залишатись дієвим...»<sup>3</sup>.

- «...право на безпеку та на ефективний захист являє собою самостійне право людини («свобода від страху»)»<sup>4</sup>.

«...у довгостроковій перспективі лише сильна демократія та в повній мірі гарантований принцип верховенства права є по суті тим правовим, політичним та соціальним кліматом, в якому може бути забезпечена і державна безпека, і громадська безпека. Дійсно, ті, хто загрожують безпеці, фактично (також) атакують демократію та верховенство права»<sup>5</sup>.

- » ...найкращим способом боротьби з тими, хто загрожує державній безпеці та громадській безпеці, є перш за все і в усіх ситуаціях не обмежувати права та свободи особистості, надаючи такі повноваження виконавчій владі, а зміцнення демократії та верховенства права, які й мають на меті захистити людину від свавільних та непропорційних обмежень його прав і свобод владою»<sup>6</sup>.

## II. Можливість обмеження основоположних прав в умовах війни чи іншої надзвичайної ситуації

- «Під час війни або іншої суспільної небез-

1 Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — абз. 31.

2 Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — абз. 20.

3 Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — § 13.

4 Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — абз. 5.

5 Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — § 33.

6 Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — § 28.



пеки, яка загрожує життю нації, будь-яка Висока Договірна Сторона може вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за цією Конвенцією, виключно в тих межах, яких вимагає гострота становища, і за умови, що такі заходи не суперечать іншим її зобов'язанням згідно з міжнародним правом»<sup>7</sup>.

- «відхилення для цілей статті 15 ЄКПЛ допускаються лише «під час війни чи інших надзвичайних обставин, що загрожують життю нації», що передбачає існування виняткової по суті ситуації»<sup>8</sup>.

- «однак деякі права визнані непорушними відповідно до статті 15. Це так звані абсолютні права: право на життя, заборона катувань та нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання, і рабство, і принцип *pul-lum crimen, nulla poena*. Це важливо підкреслити, оскільки практика держав показує, що ці права, у тому числі, можуть перебувати під серйозною загрозою в умовах проголошеної надзвичайної ситуації»<sup>9</sup>.

- «За межами сфери застосування статті 15 ЄКПЛ та пункту 1 статті 4 МПГПП кваліфіковані права людини та основоположні свободи не можуть бути піддані встановленим обмеженням. Тому єдиними обмеженнями, котрі можуть бути за-

стосовані до цих прав та свобод, ... є ті, що можуть бути виправдані у термінах, що містяться у відповідних положеннях ЄКПЛ, як, наприклад, параграф 2 статті 11 та відповідні положення МПГПП, як й стаття 21»<sup>10</sup>.

- «у разі виникнення надзвичайної ситуації, а Договірна Держава бажає використовувати свої повноваження щодо відступу, необхідно, щоб відповідна держава зробила офіційне відхилення згідно зі статтею 15 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, із зазначенням прав та території дії обмеження»<sup>11</sup>. ...Міжнародний пакт про громадянські та політичні права передбачає аналогічну систему відступу в пункті 1 статті 4, яка має значення для тих держав, які не є членами Ради Європи»<sup>12</sup>.

### III. Тест на правомірність обмежень основоположних прав людини в умовах загроз національній безпеці

- «коли захід обмежує права людини, обмеження повинні бути визначені якомога точніше і повинні бути необхідними та пропорційними поставленій меті»<sup>13</sup>.

- Венеціанська Комісія описала тест щодо визначення «надзвичайних обставин, що загрожують життю нації», викладений в прецедентній практиці колишньої Європейської комісії з прав людини та Європейського суду з прав людини, а також у своєму Висновку щодо захисту прав людини у надзвичайних ситуаціях»<sup>14</sup>.

- «Обґрунтування обмежень залежить від низки факторів. По-перше, відповідне право чи свобода сформульовані як абсолютне право чи свобода, як-от, наприклад, право на життя та заборона катування, коли жодних обмежень не допускається. По-друге, обставини, за яких може мати місце обмеження, вичерпно перелічені в ЄКПЛ або в інших відповідних договорах, наприклад, інтереси національної безпеки та громадської безпеки. По-третє, обмеження повинні бути «передбачені законом», що вимагає їх регулювання зрозумілими та доступними правовими положеннями. По-четверте, обмеження повинні бути «необхідними в демократичному суспільстві». Остання вимога відповідно до чинної прецедентної практики Європейського суду з прав людини висувається й до «нагальної соціальної потреби» поряд з ефективністю та пропорційністю меж та наслідків обмеження у співвідношенні з значенням інтересів,

7 Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, 1950 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004/print](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004/print)

8 Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — абз. 38.

9 Report on counter-terrorism measures and human rights / CDL-AD(2010)022 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)022-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)022-e) — § 14.

10 Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — § 39.

11 Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — § 11.

12 Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — § 38.

13 Guidelines on human rights and fight against Terrorism / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/HR%20and%20the%20fight%20against%20terrorism.pdf> — Preamble.

14 Report on counter-terrorism measures and human rights / CDL-AD(2010)022 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)022-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)022-e) — § 15.



що підлягають захисту. Це означає, що захист національної безпеки та громадської безпеки може бути обґрунтованим обмеженнями дотримання певних прав людини, але таке обґрунтування підпадає під певні досить суворі умови»<sup>15</sup>.

#### **IV. Юридичні підстави застосування обмежень (обмеження мають бути передбачені законом)**

- «Захист національної безпеки та громадської безпеки може обґрунтовувати обмеження абсолютного здійснення певних прав людини та навіть відступ від певних зобов'язань щодо прав людини. Обмеження прав і свобод людини, а також відступлення повинні, однак, бути передбачені законом і, бажано, засновані на конституції. Це становить життєву гарантію підтримання демократії та верховенства права...»<sup>16</sup>.

#### **V. Легітимність мети обмеження основоположних прав. Критерії кваліфікації ситуації як надзвичайної**

- «Надзвичайною ситуацією, що загрожує життю нації» є така, що відповідає наступним ознакам: «повинна бути дійсна та неминуча; її наслідки мають значення для всієї нації; загроза усталеному життю громади існує тривалий період; криза чи небезпечна ситуація повинна бути виключною в розумінні того, що звичні заходи або обмеження, дозволені ЄКПЛ з метою забезпечення громадської безпеки, здоров'я та порядку, є явно недостатніми»<sup>17</sup>.

#### **VI. Необхідність обмеження в демократичному суспільстві (домірність обмеження)**

- «Суб'єктивність та гнучкість поняття «національна безпека», разом із її особливим значенням для держави, значить, що уряди мають широкі поле для маневру у цій сфері. Вони можуть піддаватися спокусі використати органи безпеки з метою незаконних цілей. Тому необхідно створити механізми запобігання політичним зловживанням, забезпечуючи ефективне управління органами»<sup>18</sup>.

- тривалість часу обмежень — «винятки можуть тривати до тих пір, поки ... «суворо вимагається необхідністю ситуації». Її необхідність та пропорційність повинні підлягати внутрішньому та міжнародному нагляду. Цей нагляд має першорядне значення, оскільки державна практика показує,

що найважчі порушення прав людини, як правило, відбуваються в контексті надзвичайних ситуацій, і що держави під приводом надзвичайного стану схильні використовувати свою владу відступу для інших цілей або в більшій мірі, ніж виправдане винятковою ситуацією»<sup>19</sup>.

- Застосовувані заходи мають бути «не більш ніж абсолютно необхідними». Цей критерій «є більш суворим, ніж зазвичай потрібно для визначення того, чи є заходи «необхідними в демократичному суспільстві», і передбачає зобов'язання держави планувати та застосовувати будь-які заходи таким чином, щоб уникнути цілком або максимально звести до мінімуму ризику втрати життя як осіб, проти яких ці заходи спрямовані, так і «цивільних» осіб. ...Обов'язок уникати або мінімізувати ризик втрат життів не тільки стосується органів безпеки при плануванні та здійсненні операції, а й органів виконавчої влади та законодавчого органу, які повинні встановити належні адміністративні та законодавчі рамки для регулювання застосування сили»<sup>20</sup>.

#### **VII. Необхідність забезпечення балансу між національною безпекою та дотриманням основоположних прав (пропорційність обмежень)**

- «головна роль вітчизняної та міжнародної судової перевірки є контроль застосованого пропорційного обмеження»<sup>21</sup>. ...З одного боку, необхідно знайти баланс між національною безпекою, гро-

15 Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — абз. 7.

16 Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — § 35.

17 Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — § 10.

18 Report on the democratic oversight of the security services / CDL-AD(2015)010 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2015\)010-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)010-e) — § 5.

19 Report on counter-terrorism measures and human rights / CDL-AD(2010)022 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)022-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)022-e) — § 17.

20 Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — § 27.

мадською безпекою та громадським порядком, і, з іншого боку, дотриманням основоположних прав та свобод»<sup>22</sup>.

- «баланс, який має бути досягнутий між національною безпекою та громадською безпекою, з одного боку, і дотриманням основоположних прав та свобод, не може бути визначений за допомогою будь-якого математичного розрахунку чи фіксованої шкали. Празьке право Страсбурга передбачає, що ЄКПЛ повинна тлумачитися і застосовуватися як «живий інструмент», що також означає, що критерії, за якими можна досягти балансу, а також вага, яка віднесена до різних елементів, може коливатися в різний час і в різних контекстах. Оцінка справедливості та пропорційності збалансування державних та приватних

інтересів повинна визначатися конкретною ситуацією та обставинами. Отже, ця оцінка є необхідною, обумовленою обставинами справи, і може призвести до того, що конкретна ситуація або конкретні події виправдовують більш суворі обмеження. Суть, однак, полягає в тому, що відповідне право чи свобода не можуть бути згорнуті фактично. Це також стосується прав та свобод тих, хто вчинив чи підозрюється у вчиненні дій проти державної безпеки чи громадської безпеки»<sup>23</sup>.

- «національні суди повинні мати повну юрисдикцію щодо перегляду заходів обмеження та відступу на предмет їхньої законності та обґрунтованості, а також відповідності відповідним положенням ЄКПЛ»<sup>24</sup>.

Упорядник: Вікторія ДУБАС  
/ аспірант кафедри конституційного права  
Львівського національного університету  
імені Івана Франка

21 *Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — § 28.*

22 *Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — § 36.*

23 *Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — § 8.*

24 *Opinion on the protection of human rights in emergency situations / CDL-AD(2006)015 / [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-e) — § 36.*



# РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

## УКРАЇНСЬКОГО ЧАСОПИСУ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

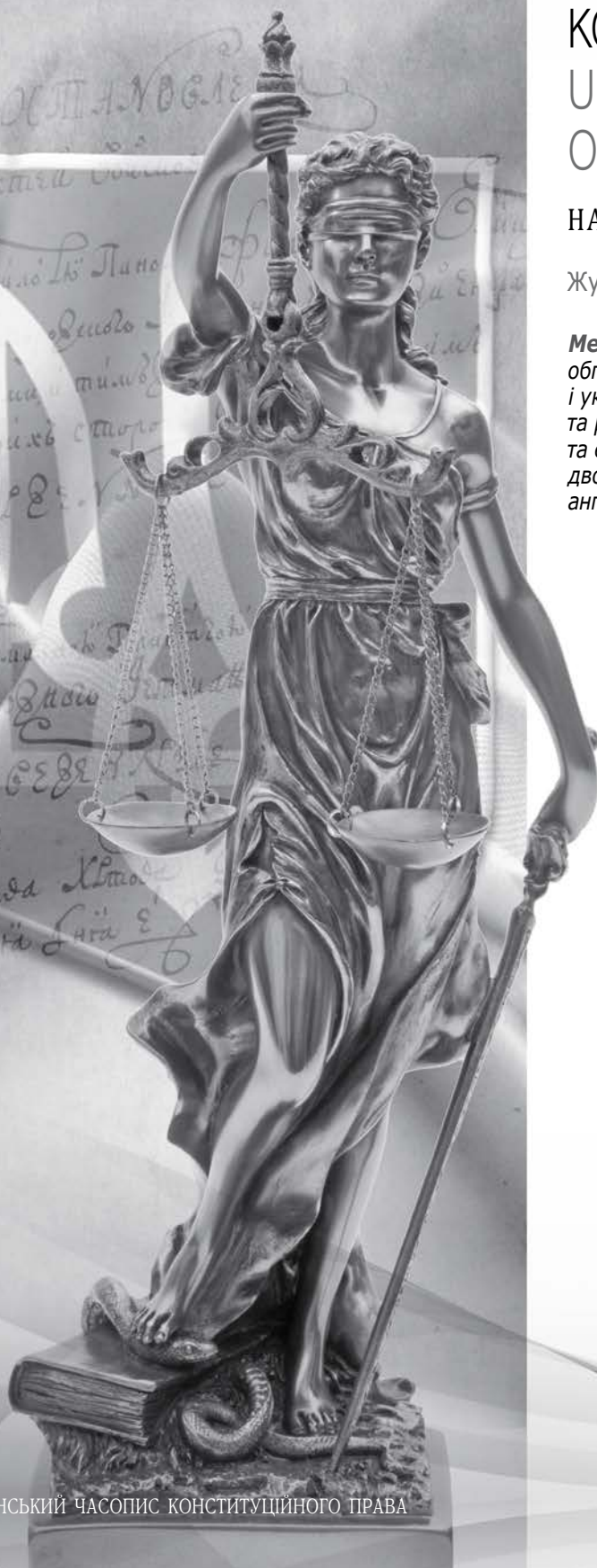
2/2017

1. **БАРАБАШ Юрій, Україна**  
професор, доктор юридичних наук,  
член-кореспондент Національної  
академії правових наук України,  
НУ «Харківська юридична академія»
2. **Барон Андре АЛЕН, Бельгія**  
почесний професор, доктор юридичних  
наук, суддя Конституційного суду Бельгії,  
почесний Президент Конституційного  
суду Бельгії, почесний професор  
конституційного права університету  
KU Leuven, почесний секретар Ради  
Міністрів Бельгії, суддя ad hoc ЄСПЛ
3. **БОРИСЛАВСЬКА Олена, Україна**  
доцент, кандидат юридичних наук,  
Львівський національний університет  
імені Івана Франка (головний редактор)
4. **БОРИСЛАВСЬКИЙ Любомир, Україна**  
доцент, кандидат юридичних наук,  
Львівський національний університет  
імені Івана Франка, член Конституційної  
Комісії
5. **ВЕК Мілош, Австрія**  
професор, Інститут правової та  
конституційної історії Віденського  
університету, постійний співробітник  
Інституту гуманітарних наук
6. **ГРИЩУК Оксана, Україна**  
професор, доктор юридичних наук,  
Львівський національний університет  
імені Івана Франка
7. **ГУБЕР Петер Міхаель, Німеччина**  
професор, Університет Людвіга  
Максиміліана, Мюнхен, суддя  
Федерального Конституційного суду
8. **ГУРАЛЬ Павло, Україна**  
професор, доктор юридичних наук,  
Львівський національний університет  
імені Івана Франка
9. **ГРАНАТ Мирослав, Польща**  
професор, Університет кардинала  
Штефана Вишинського, Варшава,  
суддя Конституційного трибуналу  
Республіки Польща у відставці
10. **ЕКХАРДТ Кшиштоф, Польща**  
професор, доктор наук,  
декан Іногороднього юридичного  
Факультету і Адміністрації у Жешуві
11. **ЖАЛІМАС Дейнюс, Литва**  
професор, Інститут міжнародного  
та європейського права, Вільнюський  
університет, суддя і голова  
Конституційного суду Литви
12. **КАРРАСКО Гілберт Пол, США**  
професор, Університет Уіллеміт,  
Орегон, США
13. **КОЗЮБРА Микола, Україна**  
професор, доктор юридичних наук,  
НУ «Києво-Могилянська академія»,  
член-кореспондент Національної  
академії правових наук України,  
дійсний член Академії політичних наук  
України, суддя Конституційного суду  
України у відставці
14. **КОЛІСНИК Віктор, Україна**  
професор, доктор юридичних наук,  
член-кореспондент Національної  
академії правових наук України,  
НУ «Харківська юридична академія»,  
суддя Конституційного Суду України
15. **КОСОВИЧ Віталій, Україна**  
професор, доктор юридичних наук,  
Львівський національний університет  
імені Івана Франка
16. **КРУСЯН Анжеліка, Україна**  
професор, доктор юридичних наук,  
НУ «Одеська юридична академія»
17. **МЕЛЬНИК Микола, Україна**  
професор, доктор юридичних наук,  
суддя Конституційного Суду України
18. **МІШИНА Наталія, Україна**  
професор, доктор юридичних наук,  
НУ «Одеська юридична академія»
19. **Нінет Антоні АБАТ, Данія**  
професор, Університет Копенгагену,  
Центр порівняльних і європейських  
досліджень
20. **ПАШЕ Екхарт, Німеччина**  
професор, Вюрцбурзький університет  
Юліуса Максиміліана
21. **РІЗНИК Сергій, Україна**  
доцент, кандидат юридичних наук,  
Львівський національний університет  
імені Івана Франка (головний редактор)
22. **СЛІДЕНКО Ігор, Україна**  
доктор юридичних наук, доцент,  
суддя Конституційного Суду України
23. **СОВГІРЯ Ольга, Україна**  
професор, доктор юридичних наук,  
Київський національний університет  
імені Т. Шевченка
24. **СТЕЦЮК Петро, Україна**  
доцент, кандидат юридичних наук,  
доктор права, Київський національний  
університет імені Т. Шевченка,  
суддя Конституційного Суду України  
у відставці
25. **ФЕДОРЕНКО Владислав, Україна**  
професор, доктор юридичних наук,  
директор Департаменту конституційного  
та адміністративного права, Міністерство  
юстиції України
26. **ХАЛЯЖ Іван, Угорщина**  
професор, доктор юридичних наук,  
голова Інституту конституційного права
27. **ШЕВЧУК Станіслав, Україна**  
професор, доктор юридичних наук,  
член-кореспондент Національної  
академії правових наук України,  
суддя Конституційного Суду України



РЕКОМЕНДОВАНО ДО ДРУКУ ВЧЕНОЮ РАДОЮ ЮРИДИЧНОГО  
ФАКУЛЬТЕТУ ЛЬВІВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ  
ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА (протокол № 16 від 24 жовтня 2017)

Свідоцтво про державну реєстрацію  
КВ 22166-12066Р від 07.06.2016



Часопис включено до переліку наукових фахових видань України

ISSN 2519-2590

# УКРАЇНСЬКИЙ ЧАСОПИС КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА UKRAINIAN JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW

НАУКОВО-ЮРИДИЧНЕ ВИДАННЯ

Журнал, щоквартальник

**Мета журналу** — створення платформи для фахового обговорення сучасних проблем конституціоналізму і українськими, і зарубіжними вченими; обмін досвідом та результатами наукових досліджень між українськими та європейськими конституціоналістами за рахунок двомовної політики журналу (одночасного видання англomовного та україномовного ідентичних примірників).

## ЗАСНОВНИКИ:

Львівський національний університет  
імені Івана Франка  
Код ЄДРПОУ 02070987  
79000, Україна, м. Львів, вул. Університетська, 1

Громадська організація  
«Центр конституційних ініціатив»  
Код ЄДРПОУ 38763646

ТОВ «Редакція журналу «Український часопис  
конституційного права»  
Код ЄДРПОУ 40252310

Журнали українською та англійською мовами  
доступні для купівлі і передплати.  
Заявки можна оформити на сайті  
[www.constjournal.com](http://www.constjournal.com)  
або за зверненням на такі адреси:  
[constjournal@gmail.com](mailto:constjournal@gmail.com) [editor@constjournal.com](mailto:editor@constjournal.com)

## ВИДАВЕЦЬ:

Редакція журналу «Український часопис  
конституційного права»

Секретаріат редакції: Вікторія Дубас (відповідальний  
секретар), Сабіна Кривка, Вероніка Годлевська  
Літературний редактор: Оксана Карнеєнко  
Редактор електронної версії журналу: Євген Пілат

Місцезнаходження редакції:  
79018, Львівська обл., м. Львів,  
вул. Стороженка, буд. 12, кв. 501

e-mail: [constjournal@gmail.com](mailto:constjournal@gmail.com)  
[www.constjournal.com](http://www.constjournal.com)

Підписано до друку 10.12.2017 р. Тираж 100 прим.

ДРУК: Видавництво «Малті М»  
Дизайн, верстка: Вікторія Дзиндра  
Формат видання: 84×108/16