



Михайло САВЧИН

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

## 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.

## ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПОРЯДКУ ТА СТАН ВІЙНИ

## 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 Йорквіч 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 однієї людини 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 Остром

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 «зłodіїв 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 омбудсмана; 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 підривно 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 спливу принаймні 30 днів з моменту ухвалення такого рішення Президентом Голова Національних зборів, Голова Сенату, 60 депутатів, 60 сенаторів здійснюють остаточну перевірку щодо додержання правових вимог Президентом при здійсненні надзвичайних повноважень. За такої системи Президент 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 невідворотної 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 санкціонувала затримання ворожих комбатантів. Суд також постановив, що затримані мають право оскаржити розпорядження про затримання перед незалежним судом. Відповідний військовий трибунал має бути змагальним форумом із додержанням вимог процедур, у ході яких мають зважуватися обтяження і вигоди з точки зору безпеки і прав загалом; доречним було для затриманого доводити 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 ухваленню 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 запроваджені 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 запроваджені 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 воль 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 обговорені на засіданнях 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 дерогаційної 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 запроваджені 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 запроваджені 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 не підконтрольні 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 запровадити 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, переслідувати 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, переслідувані за статтею 2332b «Акти тероризму, що здійснюються з перетинанням державних кордонів» і віднесені до «федеральних злочинів, пов'язаних з тероризмом» були включені до кола кримінально каранних 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 рекетирським впливом». Це автоматично різко посилює санкції за злочини, пов'язані з тероризмом (оскільки в США кримінальне покарання визначається шляхом додавання санкцій) і поповнило арсенал можливості 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 нації 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 Гуантанамо<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 Фронтун 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 висунили перед урядом Канади вимоги щодо визволення з-під варту 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, підтримуваній 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 впізнання (так званих зелених чоловічків) в Криму. Потім шляхом нагнітання ескалації насильства в Донецькій та Луганській областях через підривною діяльність 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 трішчеловану 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 Російській 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 протистоять 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 банківських рахунків. У офіційній заяві Міністерства 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 «базатосторонніх клірингових операцій». Наразі законодавство ЄС на сьогодні класифікує *Bitcoin* як «цифрове представлення вартості, не підтвержене 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 якимсь 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 несилкових 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

23 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 російським мережевим ресурсам, 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 законі, переслідують легітимну мету та є адекватними і доречними для захисту конституційного порядку України.

24 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 вилування інформації через українські дипломатичні та інші канали про Пола Manafort 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 довіри 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 *ius 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 загальновизначаних принципів міжнародного права, положень міжнародних договорів та *ius 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. Мережка 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 оптимальшою 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: юридичні, дипломатичні, політико-правові, надзвичайні. Юридичні заходи передбачають подання позовів проти агресора — Російської Федерації, діями якої заподіяно шкоду правам і свободам жителів України, її довіллю, 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 ХХ 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 загрозувати 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. Поппер К. Р. *Відкрите суспільство та його вороги. В 2 т.* / К. Р. Поппер. — 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\\_negalnimi\\_migrantami\\_ta\\_inozemnim\\_kriminalitetom\\_FOTO\\_VIDEO.htm](http://mvs.gov.ua/ua/news/9424_MVS_v_ramkah_operacii_Migrant_posilyu_borotbu_z_negalnimi_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. Водяніков О. Судова влада та конституційна юстиція покликані бути головним запобіжником проти мажоритарного фатуму демократії // О. Водяніков // *Європейські перспективи*. — 2015. — № 5. — С. 196–199.
26. Про оборону України: Закон України № 1932-ХІІ 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-ІV 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, Валерій, *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-budushee-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-myshleniem-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, *Лига.net* [http://www.liga.net/opinion/332918\\_informatsionnye-voynyi-miyagkaya-sila.htm](http://www.liga.net/opinion/332918_informatsionnye-voynyi-miyagkaya-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\\_chno\\_eto\\_i\\_zachem\\_eto\\_nado.htm](http://news.liga.net/articles/politics/14786052-plan_makrona_i_status_donbassa_chno_eto_i_zachem_eto_nado.htm)
56. Мережко Олександр (Alexander Merezhko). *Обнародован проект закона об деокупации, персональный 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.