

УДК 342.156+342.78

doi.org/10.30970/jcl.2.2022.1

Михайло Савчин

Доктор юридичних наук, професор, директор
НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права,
Ужгородський національний університет, Ужгород, Україна,
доктор, професор, Український вільний університет, Мюнхен, ФРН
ORCID ID: 0000-0002-9551-1203
E-mail: michael.savchyn7@gmail.com



КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ І ВІЙНА

CONSTITUTIONALISM AND WARFARE

Mykhailo Savchyn

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Director Research Institute for Comparative Public Law and International Law, Uzhhorod National University, Uzhhorod, Ukraine,
Doctor, Professor, The Ukrainian Free University, Munich, FRG

Abstract | The article analyzes challenges which exist before constitutionalism in the conditions of warfare using the Russo-Ukrainian war as an example. It has been revealed how the transformation of the legal system and state institutions is carried out in the conditions of warfare, which is mainly a threat to constitutional identity. The latter is of fundamental importance for Ukraine since the loss of the first phase of the war with Russia (1917-20) caused the Holodomor of 1932/33, directed by the Kremlin, and organized by the obedient Creole administration of the Ukrainian SSR. The state's ability to resolutely and promptly repulse the aggressor performs a dual function in the conditions of war - the sense of safety and security of the civilian population and the mobilization of the necessary resources to resist and defeat the aggressor.

First of all, the spread of unconventional ways of waging warfare, which is accompanied even by waging warfare in space, leads to transformation of constitutionalism. At the same time, the rationalization of power in conditions of limited resources becomes a main priority, which is always a consequence of wars. Constitutionalism must produce certain safeguards against the barbarization of wars. The basis of this is an institutionally capable state, which relies on stable institutions, rules and procedures for the protection of the civilian population and effective repulsion of the aggressor. At the national level, the components of this are the tools of militant democracy and parliamentary oversight and judicial review, as well as the effective distribution of powers between authorities in the field of national defense. The state is considered an institutional space for the security of civilians, which is especially felt in conditions of external aggression. The purpose of the relevant such a case is effective control over the territory, protection of the civilian population and effective governance, in particular the allocation of limited resources. An important component of this system is the formation of a mechanism to prevent aggression, which should combine national and international legal means.

Keywords: constitutionalism, human rights, institutional capacity of the state, martial law, warfare.

Анотація | У статті аналізується, які виклики існують перед конституціоналізмом в умовах війни на прикладі руссо-української війни. Розкрито, яким чином здійснюється трансформація правової системи та державних інститутів в умовах війни, яка є переважно загрозою конституційній ідентичності. Для України це має кардинальне значення, оскільки програш першої фази війни з Росією (1917-20) мав наслідком Голодомор 1932-1933, зрежисований Кремлем та організований слухняною креольською адміністрацією УРСР. Здатність держави дати рішучу та оперативну відсіч агресору виконує в умовах війни двоєдину функцію – відчуття безпечності і захищеності цивільного населення та мобілізація необхідних ресурсів для здійснення опору та заподіяння поразки агресору. Насамперед поширення неконвенційних способів ведення війни, яке супроводжується навіть веденням війни у космосі, має наслідком трансформацію конституціоналізму. Головним пріоритетом при цьому стає раціоналізація влади в умовах обмежених ресурсів, що завжди є наслідком воєн. Конституціоналізм має виробляти певні запобіжники проти варваризації воєн. Основою цього є інституційно спроможна держава, яка спирається на сталі інституції, правила і процедури задля захисту цивільного населення та заподіяння ефективної відсічі агресору. На національному рівні компонентами цього є інструменти militant democracy та парламентського і судового контролю, а також ефективний розподіл повноважень між органами влади у сфері національної оборони. Держава розглядається інституційним простором безпеки гідної людини, особливо це відчувається в умовах зовнішньої агресії. Метою відповідних заходів є ефективний контроль над територією, захист цивільного населення та ефективне урядування, зокрема розподіл обмежених ресурсів. Важливим компонентом цієї системи є формування механізму попередження агресії, який має поєднувати національні та міжнародні юридичні засоби.

Ключові слова: війна, воєнний стан, інституційна спроможність держави, конституціоналізм, права людини.

Вступ

Війна як така є загрозою конституційній ідентичності, це є ніщо інше за вираженням міжнародних конвенцій як життєва загроза нації.

Європа стикнулася після Великої війни (1914-1945) вперше із таким масштабом воєнних дій, який спостерігається сьогодні у руссо-українській війні. Навіть війни, пов'язані із розпадом Югославії, не набули такого масштабу. Ця війна ведеться різноманітними способами, які не були притаманні попереднім, у поєднанні із архаїкою, що нагадує битву під Верденом у 1916 р. водночас зі спробою ведення протокосмічних воєн. Війна підіймає питання інституційної спроможності держави у світлі цінностей конституціоналізму і вона буде мати далекосяжні наслідки для світового порядку. Отже, стоїть питання просто: чи руссо-українська війна не підриває устої конституціоналізму?

Конституціоналізм у контексті: від конвенційної до неконвенційної війни

Я тут не говоритиму про спекуляції начальника Генштабу РФ Герасімова про гібридні війни. З точки зору міжнародного права тут можна заплутатися у доктринальних дискусіях щодо різних іпостасей збройних конфліктів та, власне, війни. Хоча насправді право як система є доволі інертною щодо змін, прикладом чого є особливості Нюрнберзького процесу над нацистами.

Технічний прогрес також дається взнаки, оскільки руссо-українська війна перейшла також у космос через спробу РФ атакувати супутники систем Viasat і Starlink, які велися через засоби радіоелектронної боротьби. Без сумніву, ця сфера ще лише потребує свого юридичного регулювання. Так само ми бачимо в Європі війну на ринку енергоносіїв, прикладом чого є газогон «Північний потік», що Україна вже проходила у 2005-2006 та 2009-2010 тощо.

Логіка ведення неконвенційної війни РФ в окремих районах Донецької і Луганської областей (ОРДЛО) доволі чітка і вплітається у парадигму рашизму¹. Під конвенційною війною зазвичай мається на увазі ведення державами традиційних воєн, правила і звичаї яких регулюються міжнародним гуманітарним правом. Ця система зазнала своєї трансформації після терористичної атаки 11 вересня 2001 року, внаслідок чого в США був ухвалений Патріотичний акт, спрямований на попередження і боротьбу із тероризмом². Це питання має принципове значення для з'ясування низки проблем, пов'язаних із діяльністю російських мілітарі-проксі, які протягом 2014-2022 рр. в ОРДЛО вели неконвенційну війну³, а також з конституційними гарантіями прав людини, суверенітету і територіальної цілісності України після повномасштабного вторгнення 24 лютого 2022 р.

Однак ключовим стало питання, що контроль над ОРДЛО здійснює фактично РФ, що підпадає під *Nicaragua case*⁴. У ході вирішення справ *Ляшку та інші 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 керує⁵.

Конституціоналізм під час війни набуває зовсім інших форм, які зводяться насамперед до раціоналізації влади в умовах обмеженості ресурсів. Тут на перший план виходить не настільки обмеження влади, як трансформація цього елемента конституціоналізму в *gubernaculum-jurisdictio*, оскільки виникає необхідність вжиття невідкладних і ефективних заходів щодо оборони конституційної демократії. З точки зору конституційної догматики тут важливу роль мають принципи, закладені у статтях 3, 17 і 64 Конституції України, які визначають систематику конституційних цінностей, захисту національних інтересів, забезпечення національної безпеки та допустимих меж обмеження прав людини. Оскільки акт агресії є підставою для оголошення воєнного стану, то держава має вживати адекватних заходів щодо захисту суверенітету і територіальної цілісності України. У цій системі координат на перший план виступають інструменти парламентського і судового контролю *post factum*.

Істотні труднощі у поновленні конституційного порядку на фоні незаконної анексії Криму, а потім підривних операцій російських диверсійних груп у Донецькій і Луганській області у поєднанні із безпосереднім вторгненням за участі 1-го та 2-га армійських корпусів РФ, зумовили укладання у лютому 2015 р. Мінських домовленостей між Україною та РФ за посередництва ОБСЄ, що на певний час перевело військові дії у заморожену фазу. Пізніше Європейський суд з прав людини встановить, що в Криму та в ОРДЛО ефективний контроль над територіями і їх мешканцями фактично здійснює РФ⁶. Зі свого боку, у 2017 р. Міжнародний суд ООН відкрив провадження у справі

¹ Під рашизмом я розумію консервативну псевдоідеологію, яка виражає перевагу росіян над іншими націями та виправдовує концентрацію влади та насильство проти її підданих, а стосовно інших націй — їхнє підпорядкування інтересам Росії та невизнання права громад на самовизначення. Інституційно вона базується на імперіалізмі «русского мира», мілітаризації, героїзації, апологетиці деспотизму влади, обмеження свобод в інтересах держави. Рашизм є виправданням дій, які підпадають під визначення агресії згідно з резолюцією 3314 Генеральної Асамблеї ООН, а також порушують статтю 1(1) Статуту ООН.

² USA Patriot Act (H.R.3162) URL: <https://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html>.

³ Heinsch R (2015) `Conflict classification in Ukraine: The Return of the "Proxy War"?' 91 *International Law Studies* 323-60; Hughes, Geraint (2014) `Ukraine Europe's New Proxy War?' 1 *Fletcher Security Review* 105-18; Agnieszka Szpak (2017) Legal Classification of the Armed Conflict in Ukraine in the Light of International Humanitarian Law 3(58) *Hungarian Journal of Legal Studies* 261-80.

⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) I.C.J. reports 1986, 115

⁵ *Case of Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* ([GC], №. 48787/99, 8 July 2004, ECHR 2004 VII.

⁶ ЄСПЛ, рішення про прийнятність у справах *Україна проти Росії* (щодо Криму), заява № 20958/14; *Україна та Нідерланди проти Росії*, заяви №№ 8019/16, 43800/14, 28525/20 (об'єднане провадження, предметом цих заяв є відповідно систематичні порушення прав людини, викрадення і незаконний вивіз на територію РФ дітей-сиріт та збиття літака рейсу Малайзійських авіаліній МН17).

«Україна проти РФ» за порушення міжнародних конвенцій щодо запобігання тероризму та форм расової дискримінації з боку Московії⁷.

Зокрема геноцидні практики РФ в Україні при веденні військових дій полягають у нищенні соціальної інфраструктури, щоб позбавити елементарних умов проживання людей, а також через численні тортури, гвалтування та позбавлення доступу до елементарних життєвих благ. На прикладі облоги Маріуполя видно, як це було організовано. По суті практика геноциду має три етапи: 1) нищення соціальної інфраструктури поселень; 2) переміщення цивільного населення, частина якого змушена евакуюватися, а щодо іншої застосовують практику інфільтрації, залишаючи фактично частину жителів, лояльних до окупантів; 3) депортація нелояльних до окупантів жителів вглиб території РФ. Оскільки значна частина цивільного населення не може евакуюватися у зв'язку із фактичним блокуванням «зелених коридорів» та маніпуляцією із місцями збору та виходу евакуаційних колон в обложених містах, такі цивільні особи піддають забороненим практикам інфільтрації та депортації. Така практика базується на запереченні України як держави та українців як етнічної групи і є цілеспрямованою практикою до знищення ідентичності українців та фактичної ліквідації України як суверенної держави. Тому важливим є концентрація ресурсів та перебудова національної економіки для ефективного забезпечення обороноздатності України.

Війна з РФ засвідчує наскільки тонкий шар цивілізованості у людства. Однак, якщо пригадати історію, то московській державі переважно притаманне саме таке жорстоке, варварське ведення воєн. Достатньо лише пригадати, яку масакру у свій час було приготовано для ліквідації Новгородської республіки. Тому велике значення має фіксація воєнних злочинів і злочинів проти людства, геноциду. І тут лише можна пожалкувати, що дотепер Україна так і не ратифікувала Римський статут, а на сайті Верховної Ради його текст так і висить на російській мові.

Інституційна спроможність держави: держава як інституційний простір безпеки гідної людини

Слід визнати як очевидний факт, що держава є своєрідним інституційним простором безпеки гідної людини, особливо це відчувається в умовах зовнішньої агресії. У контексті української держави це верифікується через Голодомор 1932-1933, адже креольська за своєю суттю влада УРСР слухняно виконала команду Сталіна на організацію ще однієї масакри, оскільки українське селянство складало небезпеку для тоталітарного режиму сталінщини. Голодомор є прямим наслідком поразки у першій стадії руссо-української війни (1917-1922) і, по суті, задумовувався Сталіним як фінальний акт придушення українського опору, знищення ідентичності українців, оскільки вже тоді запрацювала соціальна інженерія на формування почвари у формі «совецького народу».

Події 2010-2014 років були спробою політичної інкорпорації України у сферу впливу РФ як фактично маріонеткового державного утворення, що було повторенням досвіду інкорпорації Речі Посполитої у XVIII ст. Тоді Московія скористалася інституційними вадами Речі Посполитої, що у поєднанні із корупцією призвело до її занепаду. Однак інкорпорація Новгородської республіки була брутальнішою у 1471-1478 рр. Адже після покорення Новгорода Московським князівством було знищено аристократію, духовенство та купецтво республіки, а переважну частину населення, що залишилось, було депортовано⁸. Поводження РФ із цивільним населенням у війні у 2022 р. на окупованих територіях України нагадують перебіг подій у Великому Новгороді.

Звідси життєва необхідність жити у власній державі, яка би дбала про національні інтереси, а не про інтереси метрополії – інакше це є стан окупації. Держава в умовах війни здійснює важливу дуальну функцію – захист цивільного населення та забезпечення ефективності здійснення опору.

⁷ Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), URL: <https://web.archive.org/web/20180316071835/http://www.icj-cij.org/en/case/166>; Ukraine v. Russia: Before the International Court of Justice, *Just Security*, URL: <https://www.justsecurity.org/37167/ukraine-v-russia-international-court-justice/>

⁸ Sixsmith, Martin (2012) "Chapter 3." *Russia: A 1,000 Year Chronicle of the Wild East*. New York, NY: Overlook Pr., 41; Ihor Siundiukov (2011) The fall of Great Novgorod. How an autocratic Moscow destroyed a free republic, Day, URL <https://day.kyiv.ua/en/article/history-and-i/fall-great-novgorod> [Retrieved 30.06.2022]

Це, власне кажучи, квантова механіка національної оборони та стратегія ведення війни, оскільки саме захист цивільних та забезпечення задовільних умов життя, як то допустимо у часи війни, є основою мобілізації ресурсів для організації опору та відсічі агресору. Звісно, що в умовах Свіцького Союзу при креольських адміністраціях у союзних республіках насправді не було захисту цивільних прав. Слід наголосити, що навіть чисто семіотично плеоназм «спеціальна воєнна операція» з точки зору московської держави означає придушення внутрішнього опору певної групи бунтівників, яких слід повернути назад в імперію. Це означає заперечення ідентичності Україні, і про це не раз було у заявах Путіна (зокрема, на засіданні Державної думи у 2005 р. та Мюнхенській безпековій конференції 2007 р.) та у концепті корпоративної держави (фашистському по суті) колишнього президента Медведєва, а також у низці стратегічних документів, а також вимогах до НАТО повернутися до кордонів його розширення у 1997 р. Варварські способи ведення війни РФ на порушення вимог міжнародного гуманітарного права роблять справу захисту цивільного населення найважливішою функцією.

Колись я писав про особливості екстраординарного захисту конституції, згідно з яким у нас діє формально парламентська модель⁹. Виконавча модель передбачає тягар відповідальності виконавчої влади за запровадження надзвичайних заходів, а в разі домінування у цьому процесі парламенту має місце парламентська модель, якщо ж процес ухвалення рішень здійснюється під судовим контролем – це судова модель. Водночас запровадження екстраординарних правових режимів повинно мати місце у доволі стислі строки, оскільки підстави для його запровадження можуть становити незворотну і пряму загрозу життєздатності нації. Тому в більшості країн схиляються переважно до виконавчої, а дещо рідше до парламентської моделі забезпечення конституційного порядку в рамках екстраординарних режимів його захисту¹⁰.

В Україні превалює парламентський контроль при запровадженні екстраординарних правових режимів, які потребують невідкладних і оперативних заходів при наявності безпосередньої загрози правам людини, суверенітету та територіальній цілісності України із потенційно незворотними наслідками при зволіканні щодо життєздатності нації. Навпаки виконавська модель базується на презумпції, що виконавча влада *per se* володіє прерогативами щодо вжиття необхідних заходів, оскільки такі є не предметом законодавчого регулювання, а діяльності саме публічної адміністрації, спрямованої на запобігання та відвернення реальних і безпосередніх загроз правам і свободам людини, суверенітету і територіальній цілісності держави. З точки зору верховенства права, все одно такі дії виконавчої влади підлягають парламентському і судовому контролю, але цей контроль є наступним, а не попереднім – цей контроль у режимі попереднього при таких загрозах є ірраціональним. Водночас виконавча модель екстраординарного захисту конституції містить єдину потенційну небезпеку – в умовах авторитаристських тенденцій урядування екстраординарний захист конституції може бути спрямовано на згортання засад конституціоналізму. Але за таких ситуацій ми вже не можемо говорити про захист конституції, тут йде мова про узурпацію влади. Як правило, узурпація влади супроводжується проблемами демократичної підзвітності та підконтрольності влади, при якій конституційний/верховний суд відіграє суто бутафорську роль, як це вже у нас траплялося у 2003 та 2010 році.

Якщо коротко, агрегатний стан семіпрезиденталізму передбачає два модуси функціонування влади: 1) якщо президент спирається на більшість у парламенті, то він модерує процес формування уряду, який фактично перетворюється при ньому у службовий кабінет – маємо ситуацію домінування президента; 2) якщо у президента немає більшості у парламенті, то може сформуватися уряд, який буде впроваджувати самостійну від президента політику – маємо ситуацію «співіснування». Стався такий збіг, що за результатами президентських і парламентських виборів 2019 року влада сконцентрувалася у канцелярії Президента, що, мабуть, і стало вирішальним чинником

⁹ Савчин М. Сучасні тенденції конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму. 2-е вид. Ужгород: Видавничий дім «Гельветика», 2020. С. 280.

¹⁰ Michel Rosenberg and Andras Sajó (Eds.). *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 442-443

запровадження невідкладних заходів при вторгненні РФ на територію України, тобто під час переростання руссо-української війни у повномасштабну.

Як пише колишній голова Верховного суду Ізраїлю Аарон Барак, маючи на увазі вочевидь, зокрема, судовий перегляд *a posteriori* легітимності застосування екстраординарних заходів щодо захисту конституцій, «[п]роцес зважування ґрунтується на ідентифікації цінностей і прав, пов'язаних із вирішенням питань, перед якими стоїть суддя»¹¹. Він говорить про складність балансування, оскільки у залежності від порушеного питання можна використовувати різні підходи: балансування на підставі принципів та балансування *ad hoc*, вертикальне та горизонтальне балансування. Ці правила також цілком стосуються і парламентського контролю за втіленими заходами, а також при схваленні Верховною Радою України Указу Президента про запровадження певного екстраординарного правового режиму.

Девід Дизенгаус наголошує на субстантивному розумінні принципу верховенства права при запровадженні екстраординарних заходів захисту конституції, який розглядається як «фундаментальний конституційний принцип, що захищає індивідів від свавільних дій держави»¹². Далі він зазначає, що питання законності в часи загроз постало після теракту Аль-Каїди 9 вересня 2001 р., яке порушило як субстантивні, так і процедурні аспекти верховенства права при запровадженні заходів урядом на захист конституційного порядку¹³.

За таких ситуацій приходиться на тямку одна думка німецького юриста (якого характеризували чи не як придворного апологета нацизму) Карла Шмітта: «Сувереном є той, хто оголошує надзвичайний стан»¹⁴. На це Дизенгаус заперечує, що суверен несе відповідальність за застосування такого правового режиму, оскільки він є фігурою політико-правового порядку, який спроможний діяти як гарант конституції, починаючи від самостійного здійснення влади щодо ухвалення крайніх заходів проти ворогів¹⁵. Таким чином, легітимність застосування екстраординарних заходів лежить у двох площинах: по-перше, такі заходи мають бути невідкладними та усувати загрозу конституційному порядку, зокрема життєздатності нації у разі зовнішньої агресії; по-друге, підзвітність і підконтрольність уряду, яка включає парламентський та судовий контроль.

На підтвердження цієї тези щодо гарантування конституції як антитези диктатури Дизенгауса і мого міркування щодо легітимності застосування екстраординарних заходів, Брюс Акерман звертає увагу на проблему, чи відіграє право певну роль у разі загрози конституційному порядку¹⁶, зокрема у ситуації ескалації супербільшості (*supramajoritarian escalator*). Як на мене, це дещо нагадує теперішню ситуацію в Україні, оскільки маємо випадок застосування режиму воєнного стану в умовах військової агресії РФ проти України, коли президент спирається на парламентську більшість і має службовий кабінет. За таких умов гарантією легітимності екстраординарних заходів езекутивною (президентом та урядом) виступає парламентський і судовий контроль, хоча цілі невідкладного відвернення загроз національній безпеці, зокрема життєздатності нації, мінімізує роль судів, в тому числі щодо здійснення контролю над діями мілітарних структур.

Зі свого боку, інший авторитетний конституціоналіст і політолог Кес Санстейн вказує на ці проблеми як «неповністю теоретизовані розбіжності» (*incompletely theoretized disagreements*), які є невіршувані. Він також розглядає цю проблематику через призму мінімізації ролі суду в контролі за запроваджуваними екстраординарними заходами, цілі і перспективи запровадження яких слід розглядати у стратегічній площині. Санстейн розглядає ці заходи в рамках рішень щодо впровадження/сприяння демократії (*democracy-promoting decisions*)¹⁷, насамперед через підзвітність Адміністрації Президента перед Конгресом (у випадку України езекутиви, розподіл повноважень

¹¹ Aharon Barak (2016) *Sudca v demokracii*. Bratislava: Alligram, 233

¹² David Dyzenhaus (2006) *The Constitution Law. Legality in a Time of Emergency*. Cambridge University Press, 2.

¹³ *Ibid.*, P. 19.

¹⁴ Шмітт К. (2000) *Политическая теология*. Москва: «КАНОН-пресс-Ц», 3.

¹⁵ David Dyzenhaus. P. 34.

¹⁶ Bruce Ackerman (2004) *The Emergency Constitution*. *The Yale Law Journal*, 113, 1029-30.

¹⁷ Cass R. Sunstein (2004) *Minimalism at War*. *The Supreme Court Review*, 47-109.

всередині якої йде нижче, перед Верховною Радою України). В умовах України формалізація цього механізму, за словами Санстейна, впровадження демократії, на засадах підзвітності ексекютиви перед парламентом, полягає зокрема у конституційному механізмі запровадження екстраординарного правового режиму. Загалом питання лежить у площині захисту конституційної демократії від агресора, а також певних превентивних заходах проти агресії, яке досягається через дипломатію, обороноздатність країни та інституційну спроможність держави. Процес ухвалення таких рішень не може атакувати засади конституційної демократії.

Як здійснюється розподіл повноважень у сфері нацбезпеки і оборони в Україні?

Тут слід виділити три рівні: 1) Президента України; 2) Міністра оборони та 3) Головнокомандувача Збройних сил України. Перші два рівні є політичними, а третій рівень – функціонально спрямований на мілітарну сферу стратегічно і тактично.

Стаття 102 (2) і (3) Конституції визначає Президента *inter alia* як гаранта державного суверенітету і територіальної цілісності України, а також реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства у НАТО. Стаття 106 (1) (1), (17 – 20) Конституції закріплює низку повноважень Президента у сфері нацбезпеки і оборони. Згідно із цими приписами як Верховний Головнокомандуючий Президент здійснює керівництво у сферах нацбезпеки і оборони, призначає та звільняє з посад вище командування ЗСУ та інших військових формувань. Очолюючи РНБО, після заслуховування на її засіданні Президент вносить на розгляд Верховної Ради подання про оголошення стану війни чи введення воєнного стану в Україні чи в окремих місцевостях, а також приймає рішення про використання ЗСУ та інших створених на основі закону військових формувань у разі збройної агресії та про загальну чи часткову мобілізацію. При здійсненні цих функцій важливу роль відіграє РНБО, оскільки існує потреба у стратегічному аналізові та підготовці проектів документів у відповідній сфері. Неадекватність прогнозів про нібито «малоймовірність у середньостроковій перспективі» зовнішньої агресії проти України відображав загальний тренд настроїв у 2011 році¹⁸, що у кінцевому призвело до хибних висновків, зважаючи на анексію Криму РФ у 2014 році, коли власне поновилася Столітня війна.

Прерогативи уряду у цій сфері обмежені – стаття 116 (1), (1¹) і (7) Конституції, які визначають повноваження Кабінету Міністрів щодо забезпечення державного суверенітету, реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства у НАТО та здійснення заходів щодо забезпечення обороноздатності України. З аналізу політичного рівня повноважень у сфері нацбезпеки і оборони видно, що попри ситуації концентрації влади чи періоду «співіснування» Президент превалує у цій сфері. Такий розподіл повноважень також зумовлює специфіку асигнувань з Державного бюджету на потреби обороноздатності України, оскільки Кабінет Міністрів при розробці його проєкту є зв'язаний директивами Президента, який здійснює керівництво у зазначених сферах. У світлі зазначених засад розподілу повноважень у сфері нацбезпеки і оборони між Міністром оборони та Головнокомандувачем ЗСУ є відповідно розподіл політичних повноважень та оперативного військового управління. З політичної точки зору їхня взаємодія передбачає узгодження Міністром оборони політичних заходів щодо планування розвитку та асигнування потреб на забезпечення обороноздатності України та інституційної спроможності ЗСУ зокрема.

Як пише західне видання *Politico*, призначення Залужного Головнокомандувачем ЗСУ саме по собі було частиною масштабної перебудови українських військових. Президент Зеленський призначив його на найвищу оперативну посаду в липні 2021 р. Це сталося після серйозних потрясінь в Міністерстві оборони і збіглося з реструктуризацією військового командування, щоб відокремити здійснення військових операцій від політичних позицій, подібно до того, як військові США чітко визначають власні обов'язки та відповідальність. Зокрема Залужний так охарактеризував свою

¹⁸ Ермолаєв А.В., Тютюнник В.П., Горovenko В.К. (2011) Військове реформа в Україні: основні чинники, засади та напрямки. *Стратегічні пріоритети*, 2 (19), 132.

роль: «Тепер я як Головнокомандувач ЗСУ відповідаю за боєготовність, підготовку та використання ЗСУ»¹⁹.

У практичній площині такий розподіл повноважень у сфері нацбезпеки і оборони полягає у запровадженні певних юридичних механізмів забезпечення захисту конституційного порядку в умовах воєнного стану. Вони передбачають чотири моделі захисту конституційного порядку: звичайного порядку функціонування; модель законодавчого пристосування; римської моделі (розмежування звичайного і надзвичайного урядування через диктатора); модель легітимації *ex post facto*²⁰. Історично у період Гетьманщини/Війська Запорозького в Україні діяла римська модель, а до повномасштабного вторгнення РФ в Україні протягом 2014-2022 років, як вважає Олександр Водяніков, діяла змішана модель законодавчого пристосування із елементами легітимації *ex post facto*²¹.

Оскільки в умовах війни ділова активність зменшується і доступ до ресурсів є обмеженим, то безпекові вимоги не можуть розглядатися як надмірне втручання держави в економічні свободи. Навпаки приклад додержання безпекових вимог у будівельних правилах в умовах постійних ракетних обстрілів стає важливою складовою як стабільного функціонування економіки, так і безпеки цивільного населення.

Вимога захисту прав людини: війна та обмеженість ресурсів

Постановка про права людини стала своєрідним тригером формування державності Нідерландів. Це відбулося на фоні досягнень у сфері технологій і функціонування вільного ринку щодо розподілу ресурсів у Нижніх провінціях. Визнання республіканських Нідерландів в умовах домінування монархій було парадоксом на той час і увінчало становлення Вестфальської системи у 1648 р., що визначає обриси сучасного світового порядку, який вступив у глибоку кризу.

Війна змінює розподіл ресурсів. Вже сьогодні є очевидним, що руссо-українська війна матиме наслідком енергетичну та продовольчу кризу на глобальному ринку, а також у доступі до медичних послуг. Однак, якщо йде мова про медицину, то війна завжди провокує проривні технології у медичній сфері, оскільки гострим стає питання проведення оперативного хірургічного втручання задля врятування життів поранених із інтенсивним застосуванням інновацій шляхом протезування, нейрохірургічного втручання, трансплантації органів та використання інших технологій з додержанням вимог поваги до людської гідності та цілісності індивіда (*individual integrity*). У конституційних демократіях при екстраординарному захисті конституції необхідно вирішувати дилему демократії та ефективності уряду: 1) принцип республіканізму зумовлює залежність влади від народу та її належну відповідальність, а 2) ефективність уряду залежить від єдиноначальності, тривалості, належного матеріального забезпечення та наявності відповідних повноважень²². Таким чином, демократична легітимація уряду на застосування екстраординарних засобів захисту конституції ґрунтується на тривалості урядування, яка має спиратися на волевиявлення народу, законних повноваженнях, субординації та наявних ресурсів для вирішення першочергових завдань, які пов'язані із необхідністю усунення реальних і безпосередніх загроз конституційному порядку. Тому такі стандарти урядування не усувають позитивний обов'язок публічної адміністрації забезпечувати неухильно завдання щодо забезпечення основоположних прав людини та ефективної організації обороноздатності країни.

Ефективне здійснення влади базується на правилі визнання легітимності владних рішень та спроможності послідовно втілювати ці рішення в життя. Це взаємопов'язані речі. По суті, правило

¹⁹ David M. Herszenhorn and Paul McLeary (2022) Ukraine's 'iron general' is a hero, but he's no star, *Politico*, URL: <https://www.politico.com/news/2022/04/08/ukraines-iron-general-zaluzhnyy-00023901>

²⁰ Ferejohn J., Pasquino P. (2004) The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers. *International Journal of Constitutional Law*, 2(2), 211-221.

²¹ Водяніков О. (2021) Конституціоналізм в екстремальних умовах: установа і встановлені влади в кризові періоди. *Український часопис конституційного права*, 4, 18.

²² Гамільтон А., Медісон Дж., Джей Дж. (2002) Федераліст. Коментар до Конституції Сполучених Штатів. Київ: Видавництво Сфера, 354.

визнання справджується при знаходженні алгоритму виконання владних рішень. Тому тут критично важливим є повага гідності людини, свободи, рівності, демократії і верховенства права – системи цінностей, що лежать в основі конституціоналізму. Для цього потрібен взаємний контроль і баланс у системі влади. Насамперед він полягає у судовому контролі над владними рішеннями, який неможливий без гарантій незалежності судів. Розподіл повноважень між поверхами влади та носіями влади на певному рівні збалансовує систему насамперед у кризових ситуаціях, коли певний центр тяжіння влади розпочинає атаку на конституційні цінності. Тоді інші носії влади виступають контрбалансом. Але за будь-яких ситуацій найважливішим є судовий контроль. Для ухвалення оптимальних рішень важливим є обмін взірцями найкращими рішеннями через доктрину і судову практику, і тут без конституційної компаративістики не обійтись. Здатність послідовно втілювати владні рішення, спрямовані на забезпечення прав людини, свідчить про інституційну спроможність держави²³.

Будь-яка війна вказує на обмеженість ресурсів, чим зумовлена процедура дерогації, тобто відступу від міжнародних зобов'язань держави, якій загрожує життєва небезпека, захищати права людини у зв'язку із втратою контролю над територіями, а також об'єктивними складнощами в алокації ресурсів. У зв'язку із цим виникає потреба змінити логістичні ланцюжки та перебудувати на воєнний лад алокацію ресурсів. За таких умов економічні свободи зазнають трансформації, що зумовлено потребами евакуації цивільного населення відповідно до безпекових вимог, релокацією виробництв та перепрофілюванням і реструктуризацією у багатьох сферах національної економіки для мілітарних потреб, здійсненням мобілізації ресурсів та наповненням новим змістом додержання трудових прав, які знаходяться у тісному зв'язку із правом на захист конституційного порядку, зокрема суверенітету і територіальної цілісності. Звісно, що РФ, будучи деспотією, не виходить із таких ціннісних установок, що зумовлює варваризацію нею ходу війни. Тому демократичний контроль навіть в умовах війни не має зникати, оскільки дотримання цих процедур дасть змогу державі сконцентрувати свої ресурси на якомога широкomu захисту прав своїх громадян в умовах гострої нестачі ресурсів.

Висновки, або Формування превентивного механізму агресії

Існують невиразні обриси запобігання агресії, які почали викристалізовуватися у руссо-українській війні. Наразі щодо формування цього механізму застосовуються різного роду санкції. Після повномасштабного вторгнення на РФ було накладено низку економічних санкцій, яка часто залежить від консенсусних механізмів ЄС.

У рамках визначенням механізму притягнення до відповідальності за воєнні злочини РФ в Україні під егідою Міжнародного Кримінального суду ООН розпочала працювати Трансатлантична спільна слідча комісія, у складі якої – криміналісти зі США, Великобританії, Євросоюзу та України. Вони зайняті збором доказів та свідчень про ймовірні військові злочини російських військових на українській території²⁴. Основна мета цього – формування Спеціального міжнародного трибуналу щодо злочинів рашизму.

Також формуються поступово механізми конфіскації російських активів та накладання репарацій на РФ. Зокрема, у рамках Єврокомісії передбачається вироблення механізмів конфіскації активів, пов'язаних із незаконними активами та підтримкою кримінальної діяльності²⁵. 25 травня 2022 р. ЄС, США та Сполучене Королівство створили Консультативну групу з питань жорстоких

²³ Савчин М. (2019) Інституційна спроможність держави та права людини. *Вісник Національної академії правових наук України*, 3, 59.

²⁴ Санджар Хамидов (2022) Трибунал для Путина? *Голос Америки*, URL: <https://www.golosameriki.com/a/icc-putin/6588256.html>

²⁵ Francesco Guarascio, Jan Strupczewski (2022) EU proposes to make seizing assets easier, including of sanctioned oligarchs. *Reuters*, URL: <https://www.reuters.com/world/europe/eu-proposes-make-seizing-assets-easier-including-sanctioned-oligarchs-document-2022-05-24/>

злочинів, яка покликана розслідувати воєнні злочини, злочини проти людяності, пов'язані із агресією РФ в Україні²⁶. Однак тут багато що залежить від трактування гарантій права власності та вирішення питання, чи існують реальні їх гарантії у рамках державного механізму РФ.

За аналогією універсальної застосування юрисдикції МС ООН за злочини тероризму та дискримінації слід також впроваджувати інструменти відповідальності за злочин агресії. Універсальна юрисдикція Міжнародного кримінального суду має поширюватися на злочини геноциду та агресії. Певна юридична основа для цього існує і з цією метою на базі Євроюсту створена Спільна слідча група для фіксування та збору доказів воєнних злочинів в Україні²⁷. 26 лютого 2022 р. Україна подала заяву до МС ООН про порушення РФ Конвенції ООН про запобігання злочину геноциду та покарання за нього. У зв'язку із тим можуть існувати різні платформи створення Спеціального міжнародного трибуналу щодо злочинів расизму в Україні. Це має важливе значення для формування універсальної міжнародної юрисдикції, яка би мала розслідувати злочини агресії, геноциду, воєнні злочини, злочини проти людяності і людства як неприпустимі у цивілізованому світі та неприйнятні у відносинах між суверенними державами. На національному рівні забезпечення захисту прав людини діють інструменти в рамках засобів militant democracy та парламентського і судового контролю.

Список використаних джерел

Бібліографія:

1. Agnieszka Szpak (2017) Legal Classification of the Armed Conflict in Ukraine in the Light of International Humanitarian Law. *Hungarian Journal of Legal Studies*, 3(58), 261-80.
2. Aharon Barak (2016) *Sudca v demokracii*. Bratislava: Alligram
3. Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), URL: <https://web.archive.org/web/20180316071835/http://www.icj-cij.org/en/case/166>
4. Bruce Ackerman (2004) The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*, 113, 1029.
5. Cass R. Sunstein (2004) Minimalism at War. *The Supreme Court Review*, 47-109.
6. David Dyzenhaus (2006) *The Constitution Law. Legality in a Time of Emergency*. Cambridge University Press.
7. David M. Herszenhorn and Paul McLeary (2022) Ukraine's 'iron general' is a hero, but he's no star, *Politico*, URL: <https://www.politico.com/news/2022/04/08/ukraines-iron-general-zaluzhnyy-00023901>
8. Eurojustice will provide technical and financial support to the Special Investigation Group for the Investigation of War Crimes in Ukraine - President Garman. *Interfax-Україна*, URL: <https://interfax.com.ua/news/general/836134.html>
9. Ferejohn J., Pasquino P. (2004) The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers. *International Journal of Constitutional Law*, 2(2), 211-221.
10. Francesco Guarascio, Jan Strupczewski (2022) EU proposes to make seizing assets easier, including of sanctioned oligarchs. *Reuters*, URL: <https://www.reuters.com/world/europe/eu-proposes-make-seizing-assets-easier-including-sanctioned-oligarchs-document-2022-05-24/>
11. Hamilton A., Madison J., Jay J. (2002) *Federalist. Commentary to the Constitution of US*. Kyiv: Sfera Publishing.
12. Heinsch R (2015) 'Conflict classification in Ukraine: The Return of the «Proxy War»?' *International Law Studies*, 91, 323-60
13. Hughes, Geraint (2014) 'Ukraine Europe's New Proxy War?' *Fletcher Security Review*, 1, 105-18.
14. Ihor Siundiukov (2011) The fall of Great Novgorod. How an autocratic Moscow destroyed a free republic, *Day*, URL: <https://day.kyiv.ua/en/article/history-and-i/fall-great-novgorod>
15. Michel Rosenberg and Andras Sajó (Eds.). *The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003

²⁶ Questions and Answers: Atrocity Crimes Advisory Group (ACA) for Ukraine. *European Union External Action*, URL: https://www.eas.europa.eu/delegations/ukraine/questions-and-answers-atrocity-crimes-advisory-group-aca-ukraine_en?s=232

²⁷ Євроюст надасть Спеціальній слідчій групі з розслідування воєнних злочинів в Україні технічну та фінансову підтримку – президент Гарман. *Interfax-Україна*, URL: <https://interfax.com.ua/news/general/836134.html>

16. Questions and Answers: Atrocity Crimes Advisory Group (ACA) for Ukraine. European Union External Action, URL: https://www.eeas.europa.eu/delegations/ukraine/questions-and-answers-atrocity-crimes-advisory-group-aca-ukraine_en?s=232
17. Sanjar Khamidov (2022) Tribunal for Putin? Voice of America, URL: <https://www.golosameriki.com/a/icc-putin/6588256.html>
18. Savchyn M. (2019) Institutional capacity of the state and human rights. Bulletin of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, 3.
19. Savchyn M. (2020) Modern trends of constitutionalism in the context of globalization and legal pluralism. 2nd ed. Uzhhorod: Publishing House "Helvetyka".
20. Schmitt K. (2000) Political theology. Moscow: «KANON-press-C».
21. Sixsmith, Martin (2012) "Chapter 3." Russia: A 1,000 Year Chronicle of the Wild East. New York, NY: Overlook Pr.
22. Ukraine v. Russia: Before the International Court of Justice, Just Security, URL: <https://www.justsecurity.org/37167/ukraine-v-russia-international-court-justice/>
23. Vodiannikov O. (2021) Constitutionalism in extreme conditions: constitutional and established authorities in periods of crisis. Ukrainian Journal of Constitutional Law, 4, 18.
24. Yermolaev A.V., Tyutyunnyk V.P., Horovenko V.K. (2011) Military reform in Ukraine: main factors, principles and directions. Strategic priorities, 2 (19), 132.

Перелік юридичних документів:

25. ECtHR, Case of Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia ([GC], №. 48787/99, 8 July 2004, ECHR 2004 VII.
26. ECtHR, decision on admissibility in the case Ukraine Netherlands v Russia, app. nos 8019/16, 43800/14, 28525/20.
27. ECtHR, decision on admissibility in the case Ukraine v Russia (Crimea case), app. № 20958/14.
28. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) I.C.J. reports 1986.
29. USA Patriot Act (H.R.3162) URL: <https://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html>.

References

Bibliography:

1. Agnieszka Szpak (2017) Legal Classification of the Armed Conflict in Ukraine in the Light of International Humanitarian Law. Hungarian Journal of Legal Studies, 3(58), 261-80.
2. Aharon Barak (2016) Sudca v demokracii. Bratislava: Alligram
3. Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), URL: <https://web.archive.org/web/20180316071835/http://www.icj-cij.org/en/case/166>
4. Bruce Ackerman (2004) The Emergency Constitution. The Yale Law Journal, 113, 1029.
5. Cass R. Sunstein (2004) Minimalism at War. The Supreme Court Review, 47-109.
6. David Dyzenhaus (2006) The Constitution Law. Legality in a Time of Emergency. Cambridge University Press.
7. David M. Herszenhorn and Paul McLeary (2022) Ukraines 'iron general is a hero, but hes no star, Politico, URL: <https://www.politico.com/news/2022/04/08/ukraines-iron-general-zaluzhnyy-00023901>
8. Eurojustice will provide technical and financial support to the Special Investigation Group for the Investigation of War Crimes in Ukraine - President Garman. Interfax-Ukraina, URL: <https://interfax.com.ua/news/general/836134.html>
9. Ferejohn J., Pasquino P. (2004) The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers. International Journal of Constitutional law, 2(2), 211-221.
10. Francesco Guarascio, Jan Strupczewski (2022) EU proposes to make seizing assets easier, including of sanctioned oligarchs. Reuters, URL: <https://www.reuters.com/world/europe/eu-proposes-make-seizing-assets-easier-including-sanctioned-oligarchs-document-2022-05-24/>
11. Hamilton A., Madison J., Jay J. (2002) Federalist. Commentary to the Constitution of US. Kyiv: Sfera Publishing.
12. Heinsch R (2015) Conflict classification in Ukraine: The Return of the «Proxy War»? International Law Studies, 91, 323-60
13. Hughes, Geraint (2014) Ukraine Europes New Proxy War? Fletcher Security Review, 1, 105-18.
14. Ihor Siundiukov (2011) The fall of Great Novgorod. How an autocratic Moscow destroyed a free republic, Day, URL <https://day.kyiv.ua/en/article/history-and-i/fall-great-novgorod>
15. Michel Rosenberg and Andras Sajó (Eds.). The Oxford Handbook for Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2003

16. Questions and Answers: Atrocity Crimes Advisory Group (ACA) for Ukraine. European Union External Action, URL: https://www.eeas.europa.eu/delegations/ukraine/questions-and-answers-atrocity-crimes-advisory-group-aca-ukraine_en?s=232
17. Sanjar Khamidov (2022) Tribunal for Putin? Voice of America, URL: <https://www.golosameriki.com/a/icc-putin/6588256.html>
18. Savchyn M. (2019) Institutional capacity of the state and human rights. Bulletin of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, 3.
19. Savchyn M. (2020) Modern trends of constitutionalism in the context of globalization and legal pluralism. 2nd ed. Uzhhorod: Publishing House "Helvetyka".
20. Schmitt K. (2000) Political theology. Moscow: «KANON-press-C».
21. Sixsmith, Martin (2012) "Chapter 3." Russia: A 1,000 Year Chronicle of the Wild East. New York, NY: Overlook Pr.
22. Ukraine v. Russia: Before the International Court of Justice, Just Security, URL: <https://www.justsecurity.org/37167/ukraine-v-russia-international-court-justice/>
23. Vodiannikov O. (2021) Constitutionalism in extreme conditions: constitutional and established authorities in periods of crisis. Ukrainian Journal of Constitutional Law, 4, 18.
24. Yermolaev A.V., Tyutyunyk V.P., Horovenko V.K. (2011) Military reform in Ukraine: main factors, principles and directions. Strategic priorities, 2 (19), 132.

List of legal documents:

25. ECtHR, Case of Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia ([GC], №. 48787/99, 8 July 2004, ECHR 2004 VII.
26. ECtHR, decision on admissibility in the case Ukraine Netherlands v Russia, app. nos 8019/16, 43800/14, 28525/20.
27. ECtHR, decision on admissibility in the case Ukraine v Russia (Crimea case), app. № 20958/14.
28. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) I.C.J. reports 1986.
29. USA Patriot Act (H.R.3162) URL: <https://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html>.