



Юрій Барабаш

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
проректор з науково-педагогічної роботи
та стратегічного розвитку,
професор кафедри конституційного права України
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1145-6452>
yu.g.barabash@nlu.edu.ua

Григорій Берченко

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного права України
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0365-9009>
g.v.berchenko@nlu.edu.ua



УДК 342.4; 342.7; 342.8

ЧИ ЗДАТНА ЗАХИСТИТИ СЕБЕ ДЕМОКРАТІЯ В УМОВАХ ВІЙНИ? (НА ДОСВІДІ ДЕРЖАВНОГО БУДІВНИЦТВА ПІД ЧАС РОСІЙСЬКОЇ АГРЕСІЇ)

АНОТАЦІЯ. Метою статті є з'ясування теоретичних і практичних аспектів формування доктрини войовничої демократії в Україні та її застосування у період російської агресії, виявлення проблем такого застосування, а також формулювання пропозицій з удосконалення відповідної практики конституційної правотворчості щодо заборони пропаганди тоталітарних практик комунізму, фашизму, нацизму й рашизму.

Войовнича демократія визначається як правове обмеження демократичних свобод з метою ізоляції демократичних режимів від загрози повалення законними засобами.

Конституційний Суд України у рішеннях від 16 липня 2019 р. № 9-р/2019 і від 21 грудня 2021 р. № 3-р/2021 скорегував аксіологічний вектор конституційного ладу на користь войовничої демократії (взяти для порівняння його ж рішення від 27 грудня 2001 р. № 20-рп/2001, справа про укази Президії Верховної Ради України щодо Компартії України, зареєстрованої 22 липня 1991 р.).

У майбутньому, після перемоги у війні проти агресора, без комплексного реформування базових розділів Основного Закону не обійтися. Зокрема, чітко потрібно

сформулювати ставлення до тоталітарних ідеологій і їх пропаганди: комунізму, фашизму, нацизму і, як зараз ми бачимо з огляду на нинішні події, – “рашизму”. Під рашизмом в умовах триваючої війни з упевненістю можна розуміти нову ідеологію та її тоталітарну практику, яку втілює в життя агресор.

Загрозу, яку несе “рашизм”, не слід абсолютно порівнювати із вже “усталеними ворогами”, такими як фашизм, нацизм і комунізм. Боротьба з останніми є боротьбою проти темного минулого, боротьба з рашизмом є боротьбою за нормальне майбутнє. При цьому в першому випадку загроза йде із середини суспільства, що може страждати на колективний нарцисизм, тоді як у випадку з рашизмом виклик йде ззовні, і має конкретні географічно окреслені межі.

Ключові слова: войовнича демократія; заборона політичних партій; територіальна цілісність; рашизм; комунізм.

Концепт войовничої демократії (також відомої як “демократія, що здатна себе захистити”, нім: *wehrhafte, streitbare Demokratie*, англ.: *militant democracy*) К. Льовенштайна¹ і К. Мангайма² нині досить міцно увійшов у науковий обіг³.

К. Льовенштайн, виступивши зі своєю доктриною войовничої демократії, запропонував озброїти демократичний лад у боротьбі з так званім “*emotionalism*”, до яких він відносив нацизм і близькі до нього політичні течії. Останні вчений пропонував не іменувати типовим словом “ідеологія”, оскільки демократичні доктрини важко було застосовувати до психології натовпу.

Войовнича демократія визначається як правове обмеження демократичних свобод з метою ізоляції демократичних режимів від загрози повалення законними засобами. Ідеться про встановлення матеріальних обмежень на політичний процес. З точки зору засобів це може бути заборона політичних партій та інших об’єднань, інститут люстрації, недопуску до виборів та державної служби, обмеження права перебування на певних посадах, обмеження щодо свободи слова і мирних зібрань через посягання на певні цінності (як правило, це сама демократія, секуляризм, територіальна цілісність і незалежність держави), заборона вносити зміни до конституції з певних питань⁴. Фактично після встановлення між-

¹ K Loewenstein, ‘Militant Democracy and Fundamental Rights’ [1937] 31 (3) American Political Science Review 417–33; K Loewenstein, ‘Militant Democracy and Fundamental Rights’ [1937] 31 (4) American Political Science Review 638–58.

² K Mannheim, *Diagnosis of Our Time. Wartime Essays of a Sociologist* (Paul, Trench, Trubner & Company, Limited 1943).

³ A Sajo (ed), *Militant Democracy (Issues in Constitutional Law)* (Eleven International Publishing 2004); A Sajo, ‘From Militant Democracy to the Preventive State’ (2006) 27 Cardozo Law Review 2255–94; M Thiel (ed), *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies* (Routledge 2009); S Tyulkina, *Militant Democracy: Undemocratic political parties and beyond* (Routledge 2015); B Rijpkema, *Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance* (Routledge 2018); B Rijpkema (ed), *Militant Democracy – Political Science, Law and Philosophy* (Springer 2018); A Kirschner, *A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combatting Political Extremism* (Yale University Press 2014); H-G Jaschke, *Streitbare Demokratie und innere Sicherheit: Grundlagen, Praxis und Kritik* (Westdt Verl 1991); G Flumann, *Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten Der staatliche Umgang mit nichtgewalttätigem politischem Extremismus im Vergleich* (Springer 2015).

⁴ C I Accetti, I Zuckerman, ‘What’s Wrong with Militant Democracy?’ [2017] 65 (1S) Political Studies 182–99.

народних конституційних стандартів ми маємо універсальну систему конституційних цінностей, які має захищати войовнича демократія: верховенство права, демократія, людські права, людська гідність і свобода.

Метою дослідження є з'ясування теоретичних і практичних аспектів формування доктрини войовничої демократії в Україні та її застосування у період російської агресії, виявлення проблем такого застосування, а також формулювання пропозицій щодо вдосконалення відповідної практики конституційної правотворчості щодо заборони пропаганди тоталітарних практик комунізму, фашизму, нацизму й расизму.

Після Нюрнберзьких процесів, конституціоналісти отримали ще більше доктринального обґрунтування для можливості захисту на найвищому нормативному рівні захищати демократії від шкідливих для них ідеологічних явищ. Достатньо пригадати, як у Конституції Італії (п. XII розділу “Прикінцеві і перехідні положення”) були встановлені заборони на реставрацію в будь-яких формах фашистського режиму:

Забороняється реорганізація в будь-якій формі розпущеної фашистської партії. Незважаючи на статтю 48, закон встановлює, не більше ніж на п'ять років з моменту набрання Конституцією чинності, тимчасові обмеження права голосу та права обиратися для керівників, відповідальних за фашистський режим⁵.

Проте конституційні положення були б мертвими без реального механізму їх застосування. Як доводить державно-правова практика розвитку цих та інших європейських країн, яким довелося перегорнути “тоталітарну” сторінку у своїй історії, чим складніше для нації був цей період, тим більше радикальною була реакція владних структур на будь-які прояви подібного тоталітаризму. Як зазначає Г. Франкенберг, заборона політичних партій, є нічим іншим, як актом політичного правосуддя⁶.

У Федеративній Республіці Німеччина (далі – ФРН) до Основного Закону (*Grundgesetz*) було імплементовано положення щодо можливості визнання неконституційними політичних партій, які посягають на вільний демократичний лад. Дія цього положення досить швидко проявилася на практиці.

Конституційний суд ФРН у рішенні про заборону Соціалістичної партії 1952 р.⁷ дав визначення терміна “вільний демократичний лад”, що стало по суті “народженням” войовничої демократії в конституційно-правовій площині. Таким чином, конституційним судом були сформу-

⁵ Constitution of the Italian Republic <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf> (accessed: 05.12.2022).

⁶ G Frankenberg, ‘The Learning Sovereign’ in J Nergelius (ed), *Constitutionalism: New Challenges: European law from a Nordic perspective* (Martinus Nijhoff Publishers 2008) 17–39.

⁷ Bundesverfassungsgericht (1952) Urteil vom 23. Oktober 1952 BVerfGE 2, 1 – SRP-Verbot <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv002001.html>> (accessed: 05.12.2022).

льовані засади войовничої демократії, без прямого посилання на саму доктрину.

А ось у справі про заборону Комуністичної партії Німеччини у 1956 р., розвиваючи попереднє рішення, Федеральний конституційний суд прямо послався на доктрину войовничої демократії. Суду довелося наводити на більш ніж 300 сторінках свої аргументи, проаналізувавши при цьому ідеологію Марксизму-Ленінізму, історію комунізму в Німеччині, програмні документи Комуністичної партії, структуру партії, принципи керівництва та партійну літературу⁸. Це стало найбільшим за обсягом в історії німецького конституційного судочинства рішенням⁹.

Посткомуністичні країни Східної Європи також стали на шлях войовничої демократії, здійснивши люстрацію, заборонивши тоталітарну комуністичну пропаганду тощо¹⁰. Так, наприклад, у Конституції Польщі закріплено (ст. 13):

Політичні партії та інші організації, програми яких базуються на тоталітарних методах і способах діяльності нацизму, фашизму і комунізму, а також ті, чиї програми чи діяльність санкціонують расову чи національну ненависть, застосування насильства з метою отримання влади, чи впливають на державну політику або забезпечують таємницю власної структури чи членства, забороняються¹¹.

Можемо побачити, що в багатьох поставторитарних країнах Східної Європи відбувся певний ідеологічний злам у суспільній свідомості, а саме вивільнення від “тоталітарних” кайданів. При цьому молодий, незалежний політикум намагався раз і назавжди позбутися залишків тих політичних сил, які були домінантами за тоталітарних умов, а також не допустити виникнення їх аналогів у майбутньому. Робилося це, як правило, через закріплення на найвищому, конституційному рівні обмежень на реалізацію політичних прав, які у своїй сукупності становлять механізми самозахисту демократії, перетворюючи її на войовничу демократію.

У багатьох випадках країни, що пережили тоталітарні часи, намагалися не акцентувати на цьому так, як це було зроблено у Польщі, коли були чітко окреслені стигматизовані ідеологеми і їхні практики. Незважаючи на відповідні відмінності, факт залишається фактом – абсолютна більшість європейських країн, які пережили тоталітарні часи, намагаються

⁸ Bundesverfassungsgericht (1956) Urteil vom 17. August 1956 BVerfGE 5, 85 – KPD-Verbot <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>> (accessed: 05.12.2022).

⁹ P Kammers, A Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Duke University press 2012) 290.

¹⁰ Див. про специфіку войовничої демократії в посткомуністичних країнах: J Rak, R Bäcker (eds), *Neomilitant Democracies in Post-communist Member States of the European Union* (Routledge 2022).

¹¹ The Constitution of The Republic of Poland <<https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/konse.htm>> (accessed: 05.12.2022).

Юрій Барабаш, Григорій Берченко

не допустити повторення таких подій за допомогою встановлення заборон на створення інституцій, що будуть носіями ідей, які суперечать ідеології демократичного розвитку.

Войовнича демократія і захист територіальної цілісності в практиці Європейського суду з прав людини і позиціях Венеційської комісії

Концепція Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) щодо відносин між політичними партіями й основоположними демократичними правами на свободу вираження поглядів, гарантована ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)¹², та вільними виборами, гарантованими ст. 3 Протоколу № 1 до Конвенції¹³, є причиною “вузького” тлумачення винятків у п. 2 ст. 11 Конвенції¹⁴.

Важливим, на думку ЄСПЛ (рішення у справі “Партія свободи і демократії”, 1999 р.), є те, що

за своєю суттю демократія передбачає розробку і обговорення різних політичних проектів, навіть тих, які ставлять під питання існуючу модель державного устрою, за умови, що подібні проекти не завдають шкоди самій демократії¹⁵.

У зв’язку з цим (рішення у справі “Соціалістична партія та інші проти Туреччини”, 1998 р.)

не може бути жодного виправдання створенню перешкод політичній групі виключно через те, що вона прагне обговорювати публічно ситуацію, що зачіпає частину населення держави, а також брати участь у політичному житті країни, щоб, керуючись демократичними правилами, знайти рішення, здатні задовольнити кожну зацікавлену сторону¹⁶.

За відсутності конкретних доказів того, що, вибравши назву “комуністична”, Об’єднана комуністична партія Туреччини обрала політику, яка несе загрозу турецькому суспільству або Турецькій державі, ЄСПЛ не може погодитися з тим, що на підставі однієї лише назви партії вона

¹² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 05.12.2022).

¹³ Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 20 березня 1952 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535#Text> (дата звернення: 05.12.2022).

¹⁴ D Harris, M O’Boyle, K Warbrick (eds), *Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press 2009). Article 11. Freedom of assembly and association.

¹⁵ Freedom and Democracy Party (Özdep) v. Turkey dated 08.12.1999 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58372>> (accessed: 05.12.2022).

¹⁶ Socialist Party and Others v. Turkey dated 25.05.1998 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58172>> (accessed: 05.12.2022).

може бути розпущена (рішення у справі “Об’єднана комуністична партія Туреччини та інші проти Туреччини”, 1998 р., п. 54)¹⁷.

Незважаючи на всі ті негаразди, які завдали Європі комуністичні режими, ЄСПЛ достатньо толерантно ставиться до політичних течій крайньо лівого спектру, визнаючи за ними право на існування в умовах “дієвої демократії”. Як ілюстрацію, окрім зазначеного рішення відносно Об’єднаної комуністичної партії Туреччини, можна вказати на рішення у справі “Комуністична партія та Унгуряну проти Румунії” (2005 р.)¹⁸. Фактично ці та інші випадки, які надходять на розгляд ЄСПЛ, є результатом боротьби національних урядів, переважно тих країн, які мали гіркий досвід “розбудови комунізму”, зі спробами відновити комуністичні рухи та партії. Однак навіть за таких обставин, які сам ЄСПЛ характеризує як ‘досвід тоталітарного комунізму, які мали країни, що підписали Конвенцію’, вища європейська правозахисна інстанція не вважає як ‘достатні підстави для обґрунтування втручання у діяльність партій, особливо комуністичних, заснованих на марксистській ідеології’. В обох випадках мала місце спроба зареєструвати партії комуністичного спрямування через їхню ідеологічну спрямованість і низку формальних причин. Проте, на думку ЄСПЛ, пріоритетним в оцінці правомірності розпуску (нереєстрації) партії є аналіз політичної діяльності членів відповідної партії, а не задекларовані політичною силою при спробі реєстрації політичні цілі.

Отже, якщо у випадку із традиційними для Європи ідеологіями лівого та правого спрямування ЄСПЛ поводить себе достатньо обережно і, як правило, підтримує вимоги заявників, то у ситуації із запровадженням антисекулярних політичних течій позиція Суду стає більш жорсткою, оскільки загроза для однієї із ключових конвенційних цілей – дієвої демократії стає набагато очевиднішою (так, у рішенні “Партія Рефах проти Туреччини”, 2003 р.)¹⁹. ЄСПЛ фактично погодився з позицією Конституційного суду Туреччини про те, що шаріат є антитезою демократії і що ‘він будується на догматичних цінностях і є протилежним здоровому глузду, концепції свободи, незалежності, а також ідеалам, заснованим на науці’. Подібною є його позиція і у випадку потенційної загрози виникнення у суспільстві суперечностей на етнічному ґрунті. Для прикладу можемо навести справу “Горзелік та інші проти Польщі” (2004 р.)²⁰. ЄСПЛ визнав правомірними дії національної влади, яка відмовила у реєстрації громадському об’єднанню, яке охарактеризувало себе як “організація

¹⁷ United Communist Party of Turkey and others v. Turkey dated 30.11.1998 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58128>> (accessed: 05.12.2022).

¹⁸ Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania dated 03.02.2005 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68175>> (accessed: 05.12.2022).

¹⁹ Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey dated 13.05.2003 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60936>> (accessed: 05.12.2022).

²⁰ Gorzelik and others v. Poland dated 17.02.2004 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61637>> (accessed: 05.12.2022).

Юрій Барабаш, Григорій Берченко

сілезької національної меншини”. Фактично це б сприяло утворенню за етнічною ознакою спільноти, яка відповідно до соціологічних, етнографічних та інших даних не існує. А це б, зі свого боку, дозволило громадянам, об’єднаним у таку організацію, користуватись додатковими правами, зокрема й у виборчому процесі.

Досить широку свободу ЄСПЛ вбачає для обговорення питань територіальної цілісності. Так, у справі “Станков та Об’єднана македонська організація ‘Ілinden’ проти Болгарії” (2001 р.) ЄСПЛ висловився так:

Суд, однак, повторює, що той факт, що група осіб вимагає автономії або навіть вимагає відокремлення частини території країни, що вимагає фундаментальних конституційних і територіальних змін – не може автоматично виправдати заборону її зборів²¹.

Таким чином, загалом позиція ЄСПЛ (за окремими винятками) є доволі ліберальною і допускає досить широку свободу слова і політичної діяльності. Досить суворими є вимоги дотримання трискладового тесту. ЄСПЛ лише кілька разів “освятив” заборону партій. Зокрема, у справі “Батасуна проти Іспанії” (2009 р.)²² ключовим критерієм допустимості заборони було звернення до аргументу щодо насильства і здійснення терористичної діяльності. З цього приводу також у п. 15 Керівних принципів щодо заборони та розпуску політичних партій та подібних заходів, ухвалених Венеційською комісією на її 41-й пленарній сесії (Венеція, 10–11 грудня 1999 р.), CDL-INF (2000 р.) сказано:

Органи влади можуть вдатись до такого кардинального засобу, як заборона партії, виключно за умови, що у влади наявні ‘достатні докази того, що така партія проповідує насильство (включаючи такі його специфічні прояви, як расизм, ксенофобія і нетерпимість) або очевидно залучена в терористичну або іншу підривну діяльність’²³.

Отже, однозначним і безспірним критерієм загрози демократії, що може становити підставу для необхідності втручання у вигляді заборони партії, ЄСПЛ визнає насильство та його підтримку.

Досить детально європейські підходи до заборони політичних партій викладені у Спільних рекомендаціях Венеційської комісії та ОБСЄ/БДІПЛ щодо регулювання діяльності політичних партій, ухвалених Венеційською

²¹ Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria dated 02.10.2001 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59689>> (accessed: 05.12.2022).

²² Herri Batatsuna and Batasuna v. Spain. dated 30.06.2009 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93475>> (accessed: 05.12.2022).

²³ CDL-INF(2000)001-e. Guidelines on prohibition and dissolution of political parties and analogous measures adopted by the Venice Commission at its 41st plenary session (Venice, 10–11 December 1999) <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-INF\(2000\)001-e#](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-INF(2000)001-e#)> (accessed: 05.12.2022).

комісією на її 125-му пленарному онлайн-засіданні (11–12 грудня 2020 р., CDL-AD(2020)032-е). Так, у п. 81 стверджується, що у випадках, коли правом на свободу асоціацій, а також правом на свободу вираження поглядів і думок зловживають з метою знищення інших захищених прав, наприклад у формі підбурювання до насильства, ненависті до меншин або заперечення Голокосту, у захисті цих прав може бути відмовлено (ст. 17 Конвенції).

Загалом європейська турбота про пропорційність засобів войовничої демократії пояснюється занепокоєнням щодо зловживання при застосуванні таких засобів. Як зазначає Г. Франкенберг, теорію і практику “готової до захисту демократії” необхідно критикувати з точки зору того, чи не підривають вони принцип загального самовизначення і чи не урізують необхідні в майбутньому політичні навчальні процеси та експерименти²⁴. Критика войовничої демократії полягає у тому, що її концептуальна основа неадекватна для вирішення проблеми, яку вона має вирішити, оскільки обмеження свободи її передбачуваних “ворогів” може зробити демократію більш схильною до авторитарних зловживань у довгостроковій перспективі²⁵. Однією з найбільших іроній смерті демократій є те, що сам захист демократії часто використовується як привід для її підриву²⁶.

Останніми роками виокремлюють концепцію “неовойовничої демократії”. Неовойовнича демократія, на відміну від класичної концепції, що походить від ідей К. Льовенштайна, наголошує, зокрема, на розрізненні антидемократичних дій і антидемократичних ідей²⁷.

Пояснення такого настороженого ставлення до войовничої демократії знаходимо в О. Шайо і Р. Вітц:

На сьогодні, схоже, ці заходи діють лише в країнах, де не було серйозних загроз демократії від емоційної політики тоталітарних масових рухів, але вони виявляються найкориснішим інструментом для знищення конституціоналізму в руках неліберальних політичних сил, які намагаються підірвати політичний плюралізм і конституційну демократію²⁸.

Тобто на теоретичному і практичному рівні більшою загрозою вважається використання інструментів войовничої демократії всупереч своїм цілям.

Що стосується посягання на територіальну цілісність, то, як ми побачили на прикладі рішення у справі “Станков та Об’єднана македонсь-

²⁴ Frankenberg (n 6) 17–39.

²⁵ Accetti, Zuckerman (n 4) 182–99.

²⁶ S Levitsky, D Ziblatt, *How Democracies Die* (Crown 2018) 92.

²⁷ A Malkopoulou, L Norman, ‘Three Models of Democratic Self-Defence: Militant Democracy and Its Alternatives’ [2018] 66 (2) *Political Studies* 442–58.

²⁸ A Sajó, R Uitz, *Constitution of freedom: an introduction to legal constitutionalism* (Oxford University Press 2017) 438–40.

Юрій Барабаш, Григорій Берченко

ка організація ‘Глінден’ проти Болгарії”, ЄСПЛ допускає досить широку свободу слова. Водночас це не означає, що для Європи (та й усього світу) такий виклик, як посягання на територіальну цілісність, не є серйозною загрозою.

У Сіракузьких принципах тлумачення обмежень і відступів від положень Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, а також у Йоганнесбурзьких принципах національної безпеки, свободи вираження поглядів та доступу до інформації сформульовані положення обмежень свободи зібрань із підстави національної безпеки. Зокрема, у ст. 29 Сіракузьких принципів вказується, що обмеження свободи зібрань із цих підстав виправдані лише в разі загрози існуванню держави, територіальній цілісності, політичній незалежності. Причому загроза повинна бути не локальною, а поширюватися на безпеку всього правопорядку.

У зв’язку з цим апеляція до порушення територіальної цілісності як підстави для застосування обмежувальних заходів має вважатися цілком правомірною. Варто погодитися із тим, що існує принаймні три основні ризики для демократії в перехідний період, які можуть викликати войовничу демократичну реакцію: повернення комуністів, територіальна дезінтеграція через крайній націоналізм і правий екстремізм²⁹. Особливо наголошується на тому, що по всій Європі загроза, яку становляють сепаратистські партії демократичним державам, набагато більша – і критерій заборони таких партій необхідний³⁰.

Досить повний компаративний і історичний аналіз сучасного стану заборони партій в Європі проведено у статті А. К. Борн і Ф. К. Бертоа. Вчені стверджують, що у більшості випадків заборонені були антисистемні партії екстремістських правих і лівих, які переслідують сецесії насильницькими засобами, або ж це релігійні фундаменталістські партії³¹.

Дослідження ж світових конституцій, яке здійснила Р. Вейлл, показало, що переважна більшість країн енергійно захищають територіальну цілісність, використовуючи найбільш нетрадиційну конституційну зброю для боротьби з сецесією, а саме: заборону сепаратистським політичним партіям брати участь у виборах і положення про конституційну незмінюваність (що є також елементом войовничої демократії). Закріплення територіальної цілісності у положенні про незмінюваність робить її вічною цінністю, яка не підлягає конституційним змінам. На думку вченої, це слугує захисту екзистенціальних потреб держав, а не тільки їхнього демократичного режиму. Тому навіть коли демократії допускають сецесію, вони ставлять такі перешкоди, що досягнення та-

²⁹ Sajo (n 3) 217.

³⁰ S T Franzmann, ‘Wie lässt sich aus politikwissenschaftlicher Sicht ein Parteiverbot rechtfertigen?’ (2013) 19 MIP 46.

³¹ A K Bourne, F C Bértoa, ‘Mapping “Militant Democracy”: Variation in Party Ban Practices in European Democracies (1945–2015)’ [2017] 13 (2) European Constitutional Law Review 24.

кої сецесії стає неможливим³². До речі, в Україні принцип територіальної цілісності також є елементом положення про незмінюваність (ст. 157 Конституції України³³), тому український досвід конституціоналізації і захисту територіальної цілісності цілком вписується у загальносвітовий контекст.

Українська модель войовничої демократії і захист територіальної цілісності:

від проголошення незалежності до збройної агресії проти України

Особливої актуальності концепція войовничої демократії набуває сьогодні для України у зв'язку з існуванням двох типів загроз: внутрішньої і зовнішньої. Маємо констатувати, що ідея войовничої демократії, яку обрала після Другої світової війни Німеччина, Італія, а згодом – пострадянські і постсоціалістичні країни, не стала одразу після 1991 або ж навіть 1996 р. наріжним каменем української конституційної демократії.

Для України актуальним із самого початку було вивести з політичного поля партії, які посягають на конституційні цінності і встановити інші обмеження на політичну діяльність, проведення люстрації. Передусім потребувала своєї оцінки комуністична ідеологія та її тоталітарна практика радянських часів. Проте ані в Декларації про державний суверенітет і Акті проголошення незалежності, ані в Конституції України, ми не побачили бажання засудження чи заборони пропаганди тоталітарного комуністичного режиму, люстрації тощо. Укази Президії Верховної Ради України “Про тимчасове припинення діяльності Компартії України”³⁴ і “Про заборону діяльності Комуністичної партії України”³⁵ – винятки із загального правила. Та навіть вони згодом були визнані неконституційними за рішенням Конституційного Суду України (далі – КСУ) від 27 грудня 2001 р. № 20-рп/2001³⁶. Підставами для рішення КСУ були як формальні, так і матеріальні аргументи. З формальних підстав, на думку КСУ, заборонивши Комуністичну партію України (далі – КПУ), Верховна Рада України перебрала на себе функцію суду, який, як відповідно до теперішнього, так і радянського правового порядку, був і є єдиним владним суб’єктом, наділеним правом розпуску партій. Що стосується

³² R Weill, ‘Secession and the Prevalence of Both Militant Democracy and Eternity Clauses Worldwide’ (2018) 40 *Cardozo Law Review* 905.

³³ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 05.12.2022).

³⁴ Про тимчасове припинення діяльності Компартії України: Указ Президії Верховної Ради України від 26 серпня 1991 р. № 1435-ХІІ <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/1435-12#Text>> (дата звернення: 05.12.2022).

³⁵ Про заборону діяльності Комуністичної партії України: Указ Президії Верховної Ради України від 30 серпня 1991 р. № 1468-ХІІ <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/1435-12#Text>> (дата звернення: 05.12.2022).

³⁶ Рішення Конституційного Суду України № 20-рп/2001 від 27 грудня 2001 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v020p710-01#Text>> (дата звернення: 05.12.2022).

Юрій Барабаш, Григорій Берченко

матеріальних аргументів, то КСУ не побачив порушення Конституції з боку забороненої КПУ (в її програмних цілях і діяльності).

Навіть не зазирнувши всередину програмних положень цієї лівої сили, Суд визнав її існування таким, що не порушує принципи та цінності, визначені ст. 37 Основного Закону (принаймні в період із 19 по 21 серпня 1991 р.). При цьому КСУ підтвердив збереження спадковості у правових порядках, які мали місце до проголошення незалежності України, після цього, а також після набуття чинності Конституцією України (порівнявши норми Конституції УРСР і Конституції України в частині заборони партій).

Відповідне рішення КСУ супроводжувалося пафосним символічним об'єднанням забороненої КПУ (С. Гуренка) із новоствореною КПУ 1993 р. (П. Симоненка). 26 травня 2002 р. на об'єднавчому з'їзді “стара” КПУ влилася у “нову” партію П. Симоненка. З програми КПУ:

Після об'єданого з'їзду (травень 2002 року) Компартія України діє на законних підставах не лише як спадкоємиця ідей та традицій Компартії, утвореної у липні 1918 року та зареєстрованої Міністерством юстиції України у липні 1991 року, а й як її правонаступниця³⁷.

Отже, всупереч позиції самого КСУ (який чітко відмежовував комуністичні партії за формальною ознакою реєстрації, на його думку, Комуністична партія не була пов'язана з партією, яка організувала переворот³⁸), КПУ, зареєстрована у 1993 р., офіційно проводила лінію правонаступності.

Була навіть видана спеціальна збірка матеріалів розгляду справи в КСУ³⁹, що вражає, оскільки на той час такого роду матеріали широкому загалу ніколи не надавалися. Ми підтримуємо справедливую критику цього рішення КСУ, яка досить розгорнуто наводиться в літературі⁴⁰. Це питання ми порушуємо не просто так. Адже саме незастосування доктрини войовничої демократії стало визначальним для подальших подій, дозволило поширитися й отримати прихильників об'єднанням, програма і дії яких були спрямовані одночасно як проти демократії, так і проти незалежності, суверенітету і територіальної цілісності України.

Що стосується посягання на демократію, то в тексті Конституції її захист був сформульований менш виразно. Звичайно, ідея демократії

³⁷ Див.: Сергій Грабовський, ‘Комунізм в Україні: доктрина, практика, злочини. Спроба № 2. Заборона КПУ: кінець шляху тоталітарної секти’ (*День*, № 114, 25 червня 2014) <<https://day.kyiv.ua/article/tema-dnu-a-podrobytsi/komunizm-v-ukrayini-doktryna-praktyka-zlochynu>> (дата звернення: 05.12.2022).

³⁸ Рішення Конституційного Суду України від 27 грудня 2001 р. № 20-рп/2001 (н 36).

³⁹ В І Німченко, Крючков Г К (ред), *Відновлена справедливість. Про заборону діяльності Компартії України* (Оріяни 2005).

⁴⁰ Б Бернацький, ‘Рішення Конституційного Суду України у справі про заборону Компартії України у світлі концепції войовничої демократії’ (2017) 193 Наукові Записки НаУКМА 92–6.

знайшла своє експліцитне відображення і в Конституції України, а саме в її ст. 1. Проте її конкретна концепція залишилася нез'ясованою. Не додало ясності для розуміння демократії і ст. 37 Конституції України, де йдеться про заборону діяльності об'єднань, і програмні цілі та дії яких спрямовані на “зміну конституційного ладу насильницьким шляхом”⁴¹, а демократія напругу не згадується.

Що впадає в очі, так це існування на момент ухвалення Основного Закону України певних “конституційних страхів” (О. Шайо), які більше пов'язані з побоюванням втрати Україною незалежності та виникненням конфліктів на етнічному підґрунті, аніж побоюваннями не вибудувати демократичні механізми. Зокрема, такі висновки можна зробити, поглянувши на обмеження відносно реалізації основних прав, а також на неможливість корегувати конституційний текст у частині порушення питань незалежності і територіальної цілісності. На противагу цьому в Основному Законі експліцитно не визначається непорушність демократичних інститутів і самої демократії як принципу та цінності конституційного ладу. Крім того, конституційний порядок потенційно може бути змінений у будь-якій частині за винятком параметрів незалежності, територіальної цілісності та прав і свобод людини (ст. 157 Конституції України).

Так чи інакше чинні положення ст. 37 Конституції України довгий час взагалі не застосовувалися, що призводило до створення досить радикальних політичних рухів як правого, так і лівого спрямування, причому ставилися під сумнів як демократичні принципи, так і власна незалежна державність. Офіційні цілі передбачали ‘завоювання влади трудящими <...> відновлення союзу братніх народів, об'єднання їх в єдину соціалістичну союзню державу’, ‘перетворення парламентаризму і місцевого самоврядування в систему Рад як форму диктатури трудового народу’, ‘класову боротьбу пролетаріату в союзі з трудовим селянством і свідомою частиною інтелігенції за взяття політичної влади’⁴².

Однією із ключових цілей передвиборної програми КПУ 2006 р. було створення Союзу вільних народів та відновлення повновладдя рад трудящих (в оригіналі “вся влада Радам – Радам трудящих!”). Не менш “екзо-

⁴¹ Концепт “конституційний лад”, його співвідношення із конкретною концепцією демократії залишаються досі предметом для дискусій. Див.: Ю Г Барабаш, ‘Двадцять років незалежного поступу: втома від демократії чи утвердження нового конституційного проекту?’ (2011) 1 Бюлетень Міністерства юстиції України 5–13; Ю Барабаш, ‘Право на зміну конституційного ладу як складова правосуб’єктності Українського народу’ (2019) 10 Право України 66–80; Ю Барабаш, ‘Конституційна реформа та стабільність конституційного ладу: правовий аналіз системного взаємозв’язку’ в *Правова система України: історія, стан та перспективи, т 2: Конституційні засади правової системи України і проблеми її вдосконалення* (Право 2008) 32–58; Г Берченко, ‘Право народу визначати і змінювати конституційний лад в аспекті здійснення установчої влади’ (2020) 46 Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету 10–4.

⁴² Див.: Програма Комуністичної Партії України <https://ladacom.at.ua/Docs/programma_kpu.doc> (дата звернення: 05.12.2022).

тичною” була і програма Блоку Наталії Вітренко “Народна опозиція” (Прогресивна соціалістична партія України та Партія “Русько-Український Союз” (РУСЬ)): захист східнослов’янської цивілізації і канонічного православ’я, прагнення проголошення повновладдя рад депутатів трудящих, федеративного устрою України, автономії Закарпаття і Галичини.

На виборах 2012 р. серед претендентів на парламентські крісла, які безперешкодно брали участь у виборчих перегонах, знаходимо партію “Руський блок”. Основа символіки – російський триколон, ключове гасло – ‘стратегічний пріоритет – зближення з дружніми державами, з котрими у нас спільні традиції, історія, культура, духовність, і одна країна, яка простягається від Карпат до Камчатки, від Криму до Кольського півострова’⁴³.

Як тут не пригадати одного з активних прихильників анексії Криму, С. Аксьонова, який очолював проросійську партію “Руська єдність”, що активно пропагувала ідею захисту “російських та російськокультурних громадян України”, отримала можливість безперешкодно брати участь у виборах до Верховної Ради Автономної Республіки Крим у 2010 р. та в результаті, подолавши виборчий бар’єр, мала відповідне представництво у Раді. Варто відзначити, що ця політична сила створювалась не на пустому місці: по суті вона стала “спадкоємицею” партії “За Русь Єдину”, яка мала не менш радикальні цілі.

Із 2005 по 2014 рр. жодних ініціатив із боку уповноважених органів щодо заборон партій не було. Чи могли ми відвернути трагічні події анексії Криму і захоплення частини Донбасу, якби вчасно зреагували на сепаратистські настрої? Питання риторичне, проте очевидно, що шансів на інший сценарій було би явно більше.

Незважаючи на те, що захист територіальної цілісності і незалежності, який на перший погляд був більш чітко артикульований в Основному Законі, інструментами воєвничої демократії не забезпечувався. Причиною цього була відсутність розуміння значення як самих інструментів *per se*, так і відповідних цінностей, на захист яких вони були спрямовані. Посткомуністичні еліти, не пройшовши люстрацію, просто не могли створити принципово нову правову реальність і відповідний порядок. Певний період інфантілізму, який був властивий українській правовій системі, здійснив, на нашу думку, негативний вплив на подальший розвиток політичного життя.

У літературі стверджується, що відсутність реального бажання заборонити комуністичну партію властиво багатьом держав Варшавського договору, які не забороняли колишні комуністичні партії, оскільки ‘комуністи були у всіх випадках неминучими переговорними партнера-

⁴³ Програма партії “Руський блок” <<https://www.rbc.ua/ukr/vyboru2012/party/p30/program>> (дата звернення: 05.12.2022).

ми', саме тому способи транзиту є важливими поясненнями того, чому деякі нові демократії забороняють партії, а інші ні⁴⁴.

Отже, як наслідок, вагому роль у політичному житті України активно відігравали доволі сильні, інституціоналізовані й організовані політичні сили, які відкрито декларували зв'язки із радянським минулим, СРСР, Росією та будували плани щодо відновлення колишньої імперії.

Передусім ідеться про лівий спектр політикуму, а саме, це такі партії, як: Партія справедливості та розвитку, Соціалістична партія України (СПУ), "Ліва опозиція", Комуністична партія України (КПУ), Комуністична партія України (оновлена), Комуністична партія робітників і селян, Робітнича партія України (марксистсько-ленінська), Союз Лівих Сил, Соціалісти, Прогресивна соціалістична партія тощо). Були й суто проросійські партії (Руський блок, Руська єдність тощо). Чого вартий лише той факт, що в Україні діяла така партія, як "Партія політики Путіна" (заборонена лише в 2022 р. під назвою "Русь єдина").

Саме приклад лівих сил є досить показовим. Маючи у ролі програмних цілей комуністичні ідеї, це не завадило тій же КПУ двічі утворити коаліцію із "капіталістами" (у 2006 р. і 2010 р.).

Багато про що говорять голосування комуністів. Фракція КПУ не голосувала за Закон України "Про Голодомор 1932–1933 років в Україні"⁴⁵, натомість голосувала за закони "Про ратифікацію Угоди між Україною та Російською Федерацією з питань перебування Чорноморського флоту Російської Федерації на території України"⁴⁶, "Про засади державної мовної політики"⁴⁷.

Що стосується територіальної цілісності, то, вочевидь, для КПУ вона ніколи не була цінністю. Так, наприклад, коли дискутувалися формулювання ст. 37 Конституції під час обговорення проекту Конституції України на засіданні Робочої підкомісії Конституційної комісії, комуніст С. Гмиря наполягав на тому, щоб дати можливість об'єднанням громадян обговорювати питання території⁴⁸.

Системні недоліки практики застосування доктрини войовничої демократії врешті-решт призвели до суттєвого гальмування розвитку демократичних традицій, використання політичного плюралізму відвер-

⁴⁴ Bourne, Bétoa (n 31) 25.

⁴⁵ Про Голодомор 1932–1933 років в Україні: Закон України від 28 листопада 2006 р. № 376-V <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/376-16#Text>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁴⁶ Про ратифікацію Угоди між Україною та Російською Федерацією з питань перебування Чорноморського флоту Російської Федерації на території України: Закон України від 27 квітня 2010 р. № 2153-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2153-17#Text>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁴⁷ Про засади державної мовної політики: Закон України від 3 липня 2012 р. № 5029-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/5029-17#Text>> (дата звернення: 05.12.2022); Про інші голосування див.: І Чулівська "Комуністи України: "Джинса и партия едины!" (Інститут масової інформації, 27.07.2012) <<https://imi.org.ua/articles/komunisti-ukrajini-djinsa-i-partiya-edinyi-i1272>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁴⁸ Див.: "Стенограма засідання № 6 Робочої підкомісії Конституційної комісії від 9 грудня 1995 року" в Конституція незалежної України, кн 3 ч 3 (Українська правнича фундація 1999) 226–41.

то авторитарними силами (як в Україні, так і за її межами), що виступали проти демократії, а також проти національної державності.

Яскравим проявом підтримки агресії проти України став 2014 р., коли активні дії членів, депутатів (а в низці випадків і самого керівництва) лівих і проросійських партій на місцях сприяли окупації території і невизнаній анексії українських територій Росією.

Всі ці партії були заборонені в період 2014–2015 рр., або вже згодом – у 2022 р. Чинні станом на 2014 р. положення законодавства стали підставою для заборони лише двох партій: “Руська єдність” (30 квітня 2014 р.⁴⁹) та “Руський блок” (13 травня 2014 р.⁵⁰). Закон України “Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки”⁵¹ (далі – декомунізаційний закон) став підставою для заборони 30 вересня 2015 р. ще двох партій: Комуністичної партії України (оновленої)⁵², Комуністичної партії робітників і селян⁵³.

Щодо КПУ, то процес її заборони тривав дуже довго. Через посягання на територіальну цілісність із боку КПУ Кабінет Міністрів України подав позов про заборону партії до окружного адміністративного суду м. Києва⁵⁴. Ухвалою Окружного адміністративного суду міста Києва від 11 липня 2014 р. було відкрито провадження у справі. Суддя-доповідач, а також всі інші судді окружного адміністративного суду міста Києва, взяли самовідвід, мотивуючи це проведенням 16–17 лютого 2015 р. обшуку в приміщенні суду працівниками прокуратури міста Києва та представниками міліції, вилучення ними документів, матеріалів судових справ, комп’ютерної техніки⁵⁵. 18 лютого 2015 р. ухвалою справу № 826/9751/14 було передано до Київського окружного адміністративного суду⁵⁶. Київський окружний адміністративний суд неодноразово переносив судові засідання, зокрема й у зв’язку із заміною суддів у колегії, а також призупиняючи провадження у справі через апеляційне оскарження ухвали про передачу справи на розгляд цього суду. У 2022 р. нарешті справа була

⁴⁹ Постанова Окружного адміністративного суду м. Києва від 30 квітня 2014 р. № 826/4716/14 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38550801>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁵⁰ Постанова Окружного адміністративного суду м. Києва від 13 травня 2014 р. у справі № 826/4717/14 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38722605>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁵¹ Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки: Закон України від 9 квітня 2015 року № 317-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/317-19#Text>> (дата звернення: 05.12.2022). Детальніше про цей закон та проблеми його конституційності див.: Г В Берченко ‘Декомунізація в Україні: конституційно-правові аспекти’ [2017] 4 Форум права 13–23.

⁵² Постанова окружного адміністративного суду м. Києва від 30 вересня 2015 р. № 826/15406/15 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/51867526>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁵³ Там само.

⁵⁴ Міністерство юстиції проти КПУ. Адміністративний позов <<http://www.istpravda.com.ua/articles/2014/07/9/143697>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁵⁵ Судді Окружного адміністративного суду міста Києва взяли самовідвід у справі про заборону Комуністичної партії України <<http://oask.gov.ua/node/698>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁵⁶ Ухвала окружного адміністративного суду м. Києва від 18 лютого 2015 р. № 826/9751/14 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/42844237>> (дата звернення: 05.12.2022).

розглянута після того, як ухвалою від 23 травня 2022 р. її було передано до Восьмого апеляційного адміністративного суду. Рішенням від 5 липня 2022 р. позов про заборону діяльності Комуністичної партії України було задоволено⁵⁷.

Паралельно відбувався розгляд іншої справи щодо КПУ – ухвалою Окружного адміністративного суду міста Києва від 31 липня 2015 р. було відкрито провадження в новій адміністративній справі № 826/15408/15 про припинення діяльності КПУ вже на підставі декомунізаційного закону. 16 грудня 2015 р. позов був задоволений (постанова від № 826/15408/15)⁵⁸, проте рішення не набуло чинності у зв'язку з його апеляційним оскарженням. Після утворення Шостого апеляційного адміністративного суду ухвалою від 16 січня 2019 р. № 826/15408/15 цей суд прийняв до свого провадження цю справу⁵⁹. Процес щодо заборони КПУ остаточно завершився лише 3 травня 2022 р., апеляційну скаргу КПУ залишено без задоволення⁶⁰.

Таким чином, КПУ заборонена двічі – на підставі порушення декомунізаційного закону (рішення набуло чинності 3 травня 2022 р.) і на підставах, закріплених у ст. 37 Конституції, передусім через порушення суверенітету і територіальної цілісності (рішення від 5 липня 2022 р., апеляційна скарга залишена Верховним Судом без руху, ухвала від 20 жовтня 2022 р.⁶¹).

Взагалі досвід “подвійної” заборони КПУ є унікальним, він підтверджує те, що насправді пропаганда комуністичного тоталітарного режиму означає не лише посягання на цінності демократії (плюралізм, права людини, свобода політичної діяльності), а й посягання на територіальну цілісність, ці аспекти є тісно переплетені і генетично взаємопов'язані. Саме це підкреслив, до речі, і законодавець, вказавши у преамбулі декомунізаційного закону як мету ‘усунення загрози незалежності, суверенітету, територіальній цілісності та національній безпеці України’⁶².

КСУ в абз. 2 п. 10 мотивувальної частини рішення від 16 липня 2019 р. № 9-р/2019м підкреслив, що

<...> незаконні збройні формування використовують символи комуністичного режиму для протиставлення українським державним символам

⁵⁷ Рішення Восьмого апеляційного адміністративного суду від 5 липня 2022 р. № 826/9751/14 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/105109793>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁵⁸ Постанова окружного адміністративного суду м. Києва від 16 грудня 2015 р. № 826/15408/15 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/54392066>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁵⁹ Ухвала Шостого апеляційного адміністративного суду від 16 січня 2019 р. № 826/15408/15 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/79231198>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁶⁰ Постанова Шостого апеляційного адміністративного суду від 3 травня 2022 р. 826/15408/15 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/104242119>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁶¹ Ухвала Верховного Суду від 20 жовтня 2022 р. № 826/9751/14 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/106868109>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁶² Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки (н 51).

та ідеї української державності, для дискредитації ідеї демократії, становлять реальну загрозу правам людини, державному суверенітету України та її територіальній цілісності⁶³.

Повномасштабна війна проти України і другий етап російської агресії, що почався 24 лютого 2022 р., дав новий поштовх практиці використання засобів воєнничої демократії.

22 травня 2022 р. ухвалено Закон України “Про заборону пропаганди російського нацистського тоталітарного режиму, збройної агресії Російської Федерації як держави-терориста проти України, символіки воєнного вторгнення російського нацистського тоталітарного режиму в Україну”⁶⁴. У статті 2 акта сформульована заборона пропаганди російського нацистського тоталітарного режиму, збройної агресії Російської Федерації як держави-терориста проти України.

Указом Президента України від 19 березня 2022 р. № 153/2022 було введено в дію Рішення Ради Національної безпеки і оборони України “Щодо призупинення діяльності окремих політичних партій”⁶⁵. Проте, вочевидь, призупинення не могло вважатися достатньою реакцією (та й власне бездоганною з юридичної точки зору). Ітися повинно було саме про заборону. Законодавець вирішив, що існуючих засобів недостатньо, і Законом України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо заборони політичних партій”⁶⁶ ввів додаткові підстави для заборони політичних партій, що пов’язані з виправданням російської агресії (ст. 5 Закону України “Про політичні партії в Україні”⁶⁷), введено поняття російського нацистського тоталітарного режиму, а також змінену підсудність справ.

Протягом 2022 р. ухвалені рішення про заборону більш ніж десяти проросійських політичних партій. Деякі позови були подані ще до 24 лютого 2022 р. (щодо партії “Успішна Україна”). У деяких випадках підставами для заборони було порушення декомунізаційного закону (щодо Робітничої партії України (марксистсько-ленінської)⁶⁸, в інших – були

⁶³ Рішення Конституційного Суду України від 16 липня 2019 р. № 9-р/2019 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v009p710-19#Text>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁶⁴ Про заборону пропаганди російського нацистського тоталітарного режиму, збройної агресії Російської Федерації як держави-терориста проти України, символіки воєнного вторгнення російського нацистського тоталітарного режиму в Україну: Закон України від 22 травня 2022 р. № 2265-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2265-20#Text>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁶⁵ Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 18 березня 2022 року “Щодо призупинення діяльності окремих політичних партій”: Указ Президента України 19 березня 2022 р. № 153/2022 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/153/2022#Text>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁶⁶ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо заборони політичних партій: Закон України від 3 травня 2022 р. № 2243-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2243-20#Text>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁶⁷ Про політичні партії в Україні: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2365-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2365-14#Text>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁶⁸ Рішення Восьмого апеляційного адміністративного суду від 12 липня 2022 р. № 640/9489/19 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/va489705-22#Text>> (дата звернення: 05.12.2022).

застосовані вже нові підстави для заборони (Прогресивна соціалістична партія⁶⁹, Соціалістична партія⁷⁰, Партія Шарія⁷¹, “Союз Лівих Сил”⁷², “Соціалісти”⁷³, “Опозиційна платформа – За життя”⁷⁴ та ін.).

Наскільки вдалим є термін “російський нацистський тоталітарний режим”, що використаний у законодавстві? У нинішньому російському тоталітарному режимі справді бачимо багато альянсів на нацистський режим Гітлера. Водночас, можливо, краще було би оперувати в цьому контексті терміном “рашизм” і згодом його конституціоналізувати за допомогою уточнення ст. 37 Конституції (як варіант), експліцитно виразивши обмеження щодо пропаганди безпосередньо в конституційному тексті? Це питання для обговорення.

Україна могла би стати країною, яка на конституційному рівні поряд із комунізмом, нацизмом, фашизмом, заборонила би пропаганду такого тоталітарного політичного режиму, як “рашизм”. Обґрунтування цьому очевидне – нечувана агресія та її руйнівний характер, із чим зіштовхувалася Україна.

Окрім того, якщо оперувати терміном “рашизм”, чи можна вважати його своєрідним продовженням (або переродженням) комуністичного тоталітарного режиму, заборону пропаганди якого було запроваджено у 2015 р.? У цьому питанні немає нічого дивного. Нова ідеологія Росії – це перероджена тоталітарна комуністична ідеологія, усі нюанси теорії і тоталітарної практики якої ще доведеться досліджувати вченим.

Остаточне оформлення нової загрозливої ідеології, яку умовно можна назвати “рашизм”, відбулося з ухваленням скандальних змін до конституції Росії у 2020 р. “Рашизм” також натхненний царизмом, посилення на стару Російську імперію та її імператорів, що означає повернення до традиціоналізму, самодержавства та відновлення колишньої “величі” країни ціною свободи. Відомий історик Т. Снайдер додає до цього, що серед ознак цієї ідеології є й така, яка характеризує “Путіна як кумира білих расистів у всьому світі”⁷⁵.

⁶⁹ Рішення Восьмого апеляційного адміністративного суду від 23 червня 2022 р. № П/857/5/22 <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vb7_5705-22#Text> (дата звернення: 05.12.2022).

⁷⁰ Рішення Восьмого апеляційного адміністративного суду від 15 червня 2022 р. № П/857/10/22 <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vb0_2705-22#Text> (дата звернення: 05.12.2022).

⁷¹ Постанова Верховного Суду від 6 вересня 2022 р. № П/857/1/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/106164240>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁷² Постанова Верховного Суду від 29 вересня 2022 р. № П/857/7/22 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/vb7_2780-22#Text> (дата звернення: 05.12.2022).

⁷³ Постанова Верховного Суду від 23 вересня 2022 р. № П/857/3/22 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/vc3_2780-22#Text> (дата звернення: 05.12.2022).

⁷⁴ Постанова Верховного Суду від 15 вересня 2022 р. № П/857/8/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/106339460>> (дата звернення: 05.12.2022).

⁷⁵ T Snyder “The War in Ukraine Has Unleashed a New Word. In a creative play on three different languages, Ukrainians identify an enemy: “ruscism”” <<https://www.nytimes.com/2022/04/22/magazine/ruscism-ukraine-russia-war.html>> (accessed: 05.12.2022).

Після вторгнення Російської Федерації в Україну стало зрозуміло, що лідери цієї ідеології почали використовувати не лише “м’яку силу”, а й військову агресію для утвердження цих ідей. На наше глибоке переконання, настав час дати чітку відповідь представників правничої спільноти щодо можливості існування у правовому полі цієї ідеології, яка почала реально загрожувати існуванню конституційних систем близьких до Росії країн і не тільки їм.

Так, серед доказів, покладених в основу судового рішення про заборону партії “Опозиційна платформа – За життя” було те, що вказана партія займалася поширенням інформації про наявність в Україні націонал-соціалістичного (нацистського) режиму, його підтримки владою, про геноцид російськомовного населення та жителів Луганської і Донецької областей. Окрім цього, було визнано, що поширена інформація є ідентичною висловлюванням президента Росії. Такі ж претензії були і до інших проросійських партій. Тому з огляду на збройну агресію, яка вже має під собою чітку ідеологію, і її тоталітарну терористичну практику, конституціоналізація такого обмеження в майбутньому виглядає цілком доречним кроком.

Для нас важливим є центральний елемент ідеології “рашизму” – заперечення незалежності України та її територіальної цілісності, а також намагання здійснювати відповідні посягання збройними, насильницькими, терористичними методами. Якщо ж брати критерії, які ставить ЄСПЛ і Венеційська комісія для правомірності заборони політичних партій, то саме насильство, його підтримка чи заклики до нього якраз і вважаються очевидно неприйнятними. У зв’язку з цим необхідність застосування засобів воєвничої демократії з метою захисту територіальної цілісності від внутрішніх сил, що здійснюють пропаганду і виправдання вторгнення, насильницької агресії російського режиму є виправданою.

Висновки. Прикро, що посягання на ключові цінності – демократію і територіальну цілісність, яке відкрито пропагувалося окремими політичними силами, залишалося довгий час поза юридичною оцінкою. І лише коли незалежність і територіальна цілісність України були безпосередньо атаковані зовнішнім агресором за підтримки внутрішніх сил у 2014 р., конституційний принцип територіальної цілісності (ч. 3 ст. 2, ст. 37, ст. 157 Конституції України) став центральним об’єктом захисту засобами воєвничої демократії.

КСУ у рішеннях від 16 липня 2019 р. № 9-р/2019⁷⁶ і від 21 грудня 2021 р. № 3-р/2021⁷⁷ скорегував аксіологічний вектор конституційного ладу на

⁷⁶ Рішення Конституційного Суду України від 16 липня 2019 р. № 9-р/2019 (н 63).

⁷⁷ Рішення Конституційного Суду України від 21 грудня 2021 р. № 3-р/2021 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/va03p710-21#Text>> (дата звернення: 05.12.2022).

користь войовничої демократії (якщо хоча б узяти для порівняння його ж рішення від 27 грудня 2001 р. № 20-рп/2001⁷⁸, справа про укази Президії Верховної Ради України щодо Компартії України, зареєстрованої 22 липня 1991 р.).

Ми переконані, що в майбутньому, після перемоги у війні проти агресора, без комплексного реформування базових розділів Основного Закону не обійтись. Зокрема, чітко потрібно сформулювати ставлення до тоталітарних ідеологій і їхньої пропаганди: комунізму, фашизму, нацизму і, як зараз ми бачимо виходячи із нинішніх подій, – “рашизму”. Під рашизмом в умовах триваючої війни з упевненістю можна розуміти нову ідеологію і її тоталітарну практику, яку втілює в життя агресор.

Загрозу, яку несе рашизм, не слід абсолютно порівнювати із вже “усталеними ворогами”, такими як фашизм, нацизм та комунізм. Боротьба із останніми є боротьбою проти темного минулого, боротьба із рашизмом є боротьбою за нормальне майбутнє. При цьому в першому випадку загроза йде із середини суспільства, що може страждати на колективний нарцисизм, тоді як у випадку з “рашизмом” виклик іде ззовні, і має конкретні географічно окреслені межі.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Flumann G, *Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten Der staatliche Umgang mit nichtgewalttätigem politischem Extremismus im Vergleich* (Springer 2015) (in German).
2. Jaschke H-G, *Streitbare Demokratie und innere Sicherheit: Grundlagen, Praxis und Kritik* (Westdt Verl 1991) (in German).
3. Kirschner A, *A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combatting Political Extremism* (Yale University Press 2014) (in English).
4. Kommers P, Miller A, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Duke University press 2012) (in English).
5. Levitsky S, Ziblatt D, *How Democracies Die* (Crown 2018) (in English).
6. Mannheim K, *Diagnosis of Our Time. Wartime Essays of a Sociologist* (Paul, Trench, Trubner & Company, Limited 1943) (in English).
7. Rijkema B, *Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance* (Routledge 2018) (in English).
8. Sajó A, Uitz R, *Constitution of freedom: an introduction to legal constitutionalism* (Oxford University Press 2017) (in English).
9. Tyulkina S, *Militant Democracy: Undemocratic political parties and beyond* (Routledge 2015) (in English).

⁷⁸ Рішення Конституційного Суду України від 27 грудня 2001 р. № 20-рп/2001 (н 36).

Edited books

10. Frankenberg G, 'The Learning Sovereign' in Nergelius J (ed), *Constitutionalism: New Challenges: European law from a Nordic perspective* (Martinus Nijhoff Publishers 2008) 17–39 (in English).
11. Harris D, O'Boyle M, Warbrick K (eds), *Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press 2009) (in English).
12. Rak J, Bäcker R (eds), *Neo-militant Democracies in Post-communist Member States of the European Union* (Routledge 2022) (in English).
13. Rijpkema B (ed), *Militant Democracy – Political Science, Law and Philosophy* (Springer 2018) (in English).
14. Sajo A (ed), *Militant Democracy (Issues in Constitutional Law)* (Eleven International Publishing 2004) (in English).
15. Thiel M (ed), *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies* (Routledge 2009) (in English).
16. Barabash I H, 'Konstytutsiyna reforma ta stabilnist konstytutsiynoho ladu: pravovyy analiz systemnoho vzayemozv'yazku' in *Pravova systema Ukrayiny: istoriya, stan ta perspektyvy, t 2: Konstytutsiyni zasady pravovoyi systemy Ukrayiny i problemy yiyi vdoskonalenny* (Pravo 2008) 32–58 (in Ukrainian).
17. Nimchenko V I, Kryuchkov H K (red), *Vidnovlena spravedlyvist. Pro zaboronu diyalnosti Kompartiyi Ukrayiny* (Oriyany 2005) (in Ukrainian).

Journal articles

18. Accetti C I, Zuckerman I, 'What's Wrong with Militant Democracy?' [2017] 65 (1S) *Political Studies* 182–99 (in English).
19. Bourne A K, Bétoa F C, 'Mapping "Militant Democracy": Variation in Party Ban Practices in European Democracies (1945–2015)' [2017] 13 (2) *European Constitutional Law Review* 221–47 (in English).
20. Franzmann S T, 'Wie lässt sich aus politikwissenschaftlicher Sicht ein Parteiverbot rechtfertigen?' (2013) 19 *MIP* 46–52 (in German).
21. Loewenstein K, 'Militant Democracy and Fundamental Rights' (1937) 31 (3) *American Political Science Review* 417–33 (in English).
22. Loewenstein K, 'Militant Democracy and Fundamental Rights' (1937) 31 (4) *American Political Science Review* 638–58 (in English).
23. Malkopoulou A, Norman L, 'Three Models of Democratic Self-Defence: Militant Democracy and Its Alternatives' [2018] 66 (2) *Political Studies* 442–58 (in English).
24. Sajo A, 'From Militant Democracy to the Preventive State' (2006) 27 *Cardozo Law Review* 2255–94 (in English).
25. Weill R, 'Secession and the Prevalence of Both Militant Democracy and Eternity Clauses Worldwide' (2018) 40 *Cardozo Law Review* 905–90 (in English).
26. Barabash I H, 'Dvadtsyat rokiv nezalezhnoho postupu: vtoma vid demokratii chy utverdzhennia novoho konstytutsiynoho proektu?' (2011) 1 *Byuletyn Ministerstva yustytii Ukrainy* 5–13 (in Ukrainian).
27. Barabash I, 'Pravo na zminu konstytutsiynoho ladu yak skladova pravosubiektnosti Ukrainskoho narodu' (2019) 10 *Pravo Ukrayiny* 66–80 (in Ukrainian).
28. Berchenko H V, 'Dekomunizatsiia v Ukraini: konstytutsiyno-pravovi aspekty' (2017) 4 *Forum prava* 13–23 (in Ukrainian).
29. Berchenko H V, 'Pravo narodu vyznachaty i zminyuvaty konstytutsiynyy lad v aspekti zdiysnennya ustanovchoyi vlady' (2020) 46 *Naukovyy visnyk mizhnarodnoho humanitarnoho uni-versytetu* 10–4 (in Ukrainian).
30. Bernatsky B, 'Rishennya Konstytutsiynoho Sudu Ukrayiny u spravi pro zaboronu Kompartiyi Ukrayiny u svitli kontseptsiyi voyovnychoyi demokratii' (2017) 193 *Naukovi Zapysky NaUKMA* 92–6 (in Ukrainian).

Websites

31. Snyder T, 'The War in Ukraine Has Unleashed a New Word. In a creative play on three different languages, Ukrainians identify an enemy: "ruscism"' <<https://www.nytimes.com/2022/04/22/magazine/ruscism-ukraine-russia-war.html>> (accessed: 05.12.2022) (in English).
32. Chulivska I, 'Komunisty Ukrayiny: "Dzhynsa y partyya edyny!"' (*Instytut masovoi informatsii*, 27.07.2012) <<https://imi.org.ua/articles/komunisti-ukrajini-djinsa-i-partiya-edynyi-i1272>> (accessed: 05.12.2022) (in Ukrainian).
33. Hrabovskyi S, 'Komunizm v Ukraini: doktryna, praktyka, zlochyny. Sproba № 2. Zaborona KPU: kinets shliakhu totalitarnoi sekty' (*Den*, № 114, 25 chervnia 2014) <<https://day.kyiv.ua/article/tema-dnya-podrobytsi/komunizm-v-ukrayini-doktryna-praktyka-zlochyny>> (accessed: 05.12.2022) (in Ukrainian).
34. Ministerstvo yustytsiyi proty KPU. Administratyvnyy pozov <<http://www.istpravda.com.ua/articles/2014/07/9/143697>> (accessed: 05.12.2022) (in Ukrainian).

Iurii Barabash
Hryhorii Berchenko

IS DEMOCRACY CAPABLE OF DEFENDING ITSELF IN WAR?
(ON THE EXPERIENCE OF STATE BUILDING
DURING RUSSIAN AGGRESSION)

ABSTRACT. The purpose of the article is to clarify the theoretical and practical aspects of the formation of the doctrine of militant democracy in Ukraine and its application during the period of Russian aggression, to identify the issues of such application, as well as to formulate proposals for improving the relevant practice of constitutional law-making regarding the prohibition of propaganda of totalitarian practices of communism, fascism, nazism and ruscism.

Militant democracy is defined as the legal restriction of democratic freedoms in order to isolate democratic regimes from the threat of overthrow by legal means.

The Constitutional Court of Ukraine, in decisions No 9-p/2019 dated July 16 and No 3-p/2021 dated December 21, 2021, adjusted the axiological vector of the constitutional order in favour of militant democracy (if at least we take for comparison its decision No 20-pp/2001 dated December 27, 2001, the case on decrees of the Presidium of the Verkhovna Rada of Ukraine regarding the Communist Party of Ukraine, registered on July 22, 1991).

In the future, after the victory in the war against the aggressor, comprehensive reformation of the basic sections of the Fundamental Law cannot be avoided. In particular, it is necessary to clearly formulate the attitude to totalitarian ideologies and their propaganda: communism, fascism, nazism and, as we see now on the basis of current events, "ruscism". Ruscism in the conditions of an ongoing war can be understood with certainty as a new ideology and its totalitarian practice, which is currently being implemented by the aggressor.

The threat, posed by "ruscism", should not be completely compared with already "established enemies" such as fascism, nazism, and communism. The fight against the latter is a fight against the dark past, the fight against ruscism is a fight for a normal future. At the same time, in the first case, the threat comes from the middle of society, which can suffer from collective narcissism, while in the case of ruscism, the challenge comes from the outside, and has specific geographical boundaries.

KEYWORDS: militant democracy; prohibition of political parties; territorial integrity; ruscism; communism.