

УДК 342

DOI: <https://doi.org/10.32886/instzak.2022.03.01>

Баймуратов Михайло Олександрович,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри політичних наук та права
Південноукраїнського національного педагогічного
університету ім. К. Д. Ушинського,
заслужений діяч науки і техніки України,
член Науково-методичної ради при
Конституційному Суді України
ORCID 0000-0002-4131-1070
baymuratov@ukr.net

Кофман Борис Якович,
доктор юридичних наук, старший дослідник,
професор кафедри права, політології та міжнародних відносин
Університету імені А. Нобеля,
заслужений юрист України
ORCID 0000-0001-8121-5190
kofmanboris@ukr.net

МІЛІТАРНИЙ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ: ДО ПИТАННЯ ПРО ФОРМУВАННЯ, РОЗУМІННЯ І ОФОРМЛЕННЯ ФЕНОМЕНОЛОГІЇ

Анотація

Загальний конституціоналізм виступає об'єктивним фактором демократичної правової державності та має забезпечити існування людиноцентричної політико-правової системи, в якій фундаментальні права людини мають пріоритетне значення по відношенню до держави. Така транспозиція та побудова пріоритетів та черговості прав не тільки обмежує державну владу у її схильності до етатизму та свавілля, а й встановлює чіткі нормативні межі її функціонування, – причому найважливішою гарантією існування такої системи є конституція держави, яка, з одного боку, визнає, легалізує, охороняє, захищає, гарантує основоположні права людини, а з іншого – чітко встановлює юридичні обмеження для держави, її органів, посадових і службових осіб.

На жаль, в сучасних умовах стан міжнародного миру та міжнародної безпеки, а з ними і вся система міжнародного правопорядку опинилися під загрозою завдяки агресивному збройному нападу РФ на Україну, що ставить, об'єктивує та актуалізує питання формування мілітарного конституціоналізму, як одного з видів загального конституціоналізму, причому в контексті його різнорівневого розуміння – починаючи з локального, далі регіонального, національного, макрорегіонального, і закінчуючи глобальним рівнем, що знайде своє місце в феноменології глобального конституціоналізму.

Мета статті: *узагальнити й дослідити еволюцію становлення феноменології мілітарного конституціоналізму в контексті об'єктивного фактору, що стратегічно впливає на забезпечення охорони міжнародного миру та міжнародної безпеки держав та міжнародного співтовариства.*

Наукова новизна *полягає у виявленні тенденцій, що сприяють формуванню в межах загального конституціоналізму його мілітарної видової форми (різновиду); системному аналізу доктринальних підходів, що скеровані на формування конституційно-правових механізмів відносно здійснення публічної влади в умовах екстраординарного функціонування державності; визначенні предметно-об'єктного складу мілітарного конституціоналізму.*

Методологію дослідження складає система філософських, загальнонаукових, спеціально-правових методів, зокрема діалектичний, формально-логічний, історичний, логіко-семантичний, структурно-функціональний, системний, соціолого-правовий, герменевтичний, порівняльно-правовий, аналізу і синтезу та інші.

Висновки. Доведено, що доктринальні розробки мілітарного конституціоналізму в сучасній науці національного конституційного права тривають по декількох напрямках:

а) через розробку та поглиблення досліджень щодо формування нових та вдосконалення вже визнаних доктринально елементів загального конституціоналізму;

б) через дослідження актуальних питань функціонування конституціоналізму в екстремальних умовах криз призму співвідношення установчої (легітимної) і установленої (фактичної) влади в кризові періоди;

в) через дослідження функціонування феноменології конституціоналізму у більш конкретному аспекті – стані війни;

г) через функціонування феноменології конституціоналізму через феномен муніципалізму – існування та функціонування територіальних людських спільнот на відповідній території в умовах місцевого самоврядування в стані ординарного або екстраординарного функціонування державності, – але вони свідчать про об'єктивізацію та актуалізацію необхідності доктринального обґрунтування і просунення у бік формування конституційного воєнного права.

Свідоцтвом актуальності та можливості формування феноменології мілітарного конституціоналізму в сучасній науці національного конституційного права виступають інтенсивні процеси формування на національному на міжнародному рівнях феноменології екологічного конституціоналізму, як одного з видів загального конституціоналізму – в зазначених процесах беруть активну участь національні конституцієводавці та структури єдиної міжнародної універсальної міждержавної організації – ООН на рівні національної і міжнародної нормотворчості; національні і міжнародні судові органи в процесі розгляду справ профільного характеру; різні рівні публічної влади, що функціонує на теренах незалежної держави, включаючи й органи місцевого самоврядування, що виступають як органи публічної самоврядної (муніципальної) влади та діють від імені територіальних громад та в їх інтересах; різні суб'єкти інституційної структури громадянського суспільства, включаючи міжнародні і національні неурядові організації тощо, – тобто, створюється відповідна поведінково-діяльнісна та управлінсько-функціональна парадигма, що заснована на міжнародному та національних нормативних масивах.

Запозичення наведеного підходу до формування мілітарного конституціоналізму буде корисним не тільки для держав у контексті підготовки їх конституційного законодавства та конституційно-правової практики до дій в умовах настання екстраординарних умов функціонування державності в профільній сфері, а й для міжнародного співтовариства та його держав-членів, – причому, як в доктринальному, так і в праксеологічному аспектах, враховуючи його високий конституційно-аксіологічний потенціал і значимість для існування й подальшого функціонування людської цивілізації та її державно-правового і міжнародно-правового забезпечення.

Ключові слова: конституціоналізм, мілітарний конституціоналізм, демократична правова державність, екстраординарні умови функціонування державності, стан війни.

Baimuratov Mykhailo O.,

Doctor of Law, Professor,
Professor of the Department of Political Sciences and Law
South Ukrainian National Pedagogical School
University named after K. D. Ushinsky,
Honored Worker of Science and Technology of Ukraine,
member of the Scientific and Methodological Council at
Constitutional Court of Ukraine
ORCID 0000-0002-4131-1070
baymuratov@ukr.net

Kofman Boris Ya.,
doctor of legal sciences, senior researcher,
Professor of the Department of Law,
Political Science and International
Relations A. Nobel University,
Honored lawyer of Ukraine
ORCID 0000-0001-8121-5190
kofmanboris@ukr.net

MILITARY CONSTITUTIONALISM: ON THE QUESTION OF THE FORMATION, UNDERSTANDING AND DESIGN OF PHENOMENOLOGY

Abstract

General constitutionalism acts as an objective factor of democratic legal statehood and should ensure the existence of a human-centered political and legal system in which fundamental human rights have priority in relation to the state. Such a transposition and construction of priorities and sequence of rights not only limits the state power in its tendency to statism and arbitrariness, but also establishes clear normative limits of its functioning - and the most important guarantee of the existence of such a system is the state constitution, which, on the one hand, recognizes and legalizes, protects, guarantees fundamental human rights, on the other hand - clearly establishes legal restrictions for the state, its bodies, officials and officials.

Unfortunately, in modern conditions, the state of international peace and international security, and with them the entire system of international law and order, are under threat, thanks to the aggressive armed attack of the Russian Federation on Ukraine, which poses, objectifies and actualizes the question of the formation of military constitutionalism, as one of the types general constitutionalism, and in the context of its multi-level understanding - starting from the local, then regional, national, macro-regional, and ending with the global level, which will find its place in the phenomenology of global constitutionalism.

The purpose of the article: *to summarize and investigate the evolution of the formation of the phenomenology of military constitutionalism in the context of an objective factor that strategically affects the protection of international peace and international security of states and their international community.*

The scientific novelty *consists in identifying trends that contribute to the formation within the general constitutionalism of its military specific form (variety); systematic analysis of doctrinal approaches aimed at the formation of constitutional and legal mechanisms regarding the exercise of public power in conditions of extraordinary functioning of statehood; determination of the subject-object composition of military constitutionalism.*

The research methodology *consists of a system of philosophical, general scientific, special-legal methods, in particular dialectical, formal-logical, historical, logical-semantic, structural-functional, systemic, sociological-legal, hermeneutic, comparative legal methods, methods of analysis and synthesis, and others.*

Conclusions. *It is proved that the doctrinal development of military constitutionalism in the modern science of national constitutional law continues in several directions:*

a) through the development and deepening of research on the formation of new and improvement of already doctrinally recognized elements of general constitutionalism;

b) through the study of topical issues of the functioning of constitutionalism in extreme conditions through the prism of the ratio of establishing (legitimate) and established (actual) power in crisis periods;

c) through the study of the functioning of the phenomenology of constitutionalism in a more specific aspect - the state of war;

d) due to the functioning of the phenomenology of constitutionalism due to the phenomenon of municipalism - the existence and functioning of territorial human communities in the relevant

territory in the conditions of local self-government in the state of ordinary or extraordinary functioning of statehood - but they testify to the objectification and actualization of the need for doctrinal justification and progress towards the formation of a constitutional martial law

Evidence of the relevance and possibility of the formation of the phenomenology of military constitutionalism in the modern science of national constitutional law are intensive processes of formation at the national and international levels of the phenomenology of ecological constitutionalism, as one of the types of general constitutionalism – the national constitution-makers and the structures of a single international universal intergovernmental organization take an active part in these processes – UN at the level of national and international norm design and norm-making; national and international judicial bodies in the process of considering cases of a specialized nature; different levels of public power operating on the territory of an independent state, including local self-government bodies acting as bodies of public self-governing (municipal) power and acting on behalf of territorial communities and in their interests; various subjects of the institutional structure of civil society, including international and national non-governmental organizations, etc., i.e., an appropriate behavioral-activity and management-functional paradigm based on international and national normative arrays is created.

Borrowing the above approach to the formation of military constitutionalism will be useful not only for states in the context of preparing their constitutional legislation and constitutional legal practice for actions in the event of extraordinary conditions for the functioning of statehood in the specialized sphere, but also for the international community and its member states, and , both in doctrinal and praxeological aspects, taking into account its high constitutional and axiological potential and significance for the existence and further functioning of human civilization and its state-legal and international legal support.

Key words: *constitutionalism, military constitutionalism, democratic legal statehood, extraordinary conditions of statehood functioning, belligerency.*

Постановка проблеми. Загальний конституціоналізм виступає об'єктивним фактором демократичної правової державності та має забезпечити існування людиноцентричної політико-правової системи, у якій фундаментальні права людини мають пріоритетне значення по відношенню до держави. Така транспозиція та побудова пріоритетів та черговості прав не тільки обмежує державну владу у її схильності до етатизму та свавілля, а й встановлює чіткі нормативні межі її функціонування, – причому найважливішою гарантією існування такої системи є конституція держави, яка, з одного боку, визнає, легалізує, охороняє, захищає, гарантує основоположні права людини, з іншого – чітко встановлює юридичні обмеження для держави, її органів, посадових і службових осіб.

На жаль, у сучасних умовах стан міжнародного миру та міжнародної безпеки, а з ними і вся система міжнародного правопорядку опинилися під загрозою завдяки агресивному збройному нападу РФ на Україну, що ставить, об'єктивує та актуалізує питання формування мілітарного конституціоналізму, як одного з видів загального конституціоналізму, причому в контексті його різнорів-

невого розуміння – починаючи з локального, далі регіонального, національного, макрорегіонального, і закінчуючи глобальним рівнем, що знайде своє місце в феноменології глобального конституціоналізму.

Метою статті є узагальнення й дослідження еволюції становлення феноменології мілітарного конституціоналізму в контексті об'єктивного фактору, що стратегічно впливає на забезпечення охорони міжнародного миру та міжнародної безпеки держав та міжнародного співтовариства.

Аналіз досліджень та виклад основного матеріалу. Є загальновідомим, що феноменологія конституціоналізму в історичній ретроспективі увійшло в конституційно-правову науку, починаючи з кінця XVIII ст., хоча про існування цього політико-правового феномену було відомо й раніше – бо він в основному закріплював принцип верховенства конституції в національній правовій системі. Однак після революційних подій на Європейському та Північноамериканському континентах проти свавілля королівської влади він набув якісно нового змістовного і одночасно практичного значення, бо ознаменував фактично утворення та існування

держав нового якісного напрямку в контексті їх телеологічно-аксіологічного розвитку, змістовно-орієнтовного наповнення та соціально-політичного оцінювання – конституційного. Це нове і фактично змістовно-онтологічне наповнення державності детерміноване тим, що конституційними вважаються тільки такі держави, що відповідають концептуально-гуманістичним та демократично-праксеологічним засадам, – тобто, є не-свавільні, обмежені у своїх діях по параметрам верховенства права, рівності перед законом, основоположних прав людини.

Отже, саме сповідуючи такий підхід, ще у кінці XIX століття відомий британський вчений, фахівець у сфері конституційного та міжнародного приватного права Альберт Вен Дайсі, який особисто вивчав державні режими США, Бельгії, Франції, Швейцарії та Німеччини під час подорожей до цих країн [1, с. 11–24], зауважив, що усі вони є конституційними, проте, водночас, відмінними за сутністю від англійської конституції [2, с. 110–117].

У наш час такі відмінності між конституціоналізмом у Сполученому Королівстві, США та в континентальній Європі є ще більш помітними, бо були детерміновані не тільки історичними особливостями розвитку, а й могутніми демократичними державотворчими процесами та суттєвими психологічно-ментальними позиціями, якими характеризується населення цих держав. Тобто, вони стосуються не стільки і не лише питань організації державної влади та механізмів її поділу, а становлять більш системний, зумовлений глибинними ідеологічними та концептуальними особливостями формування, розвитку і вдосконалення конституційної свідомості та конституційної психології їх населення, соціальний базис існування якого дає обґрунтовані підстави ставити питання не тільки про існування та функціонування кількох моделей конституціоналізму, а й його відповідної видової характеристики – загальний конституціоналізм, екологічний конституціоналізм тощо.

Звідси, у політико-правовому сенсі, сьогодні можна констатувати, що міжнародна спільнота держав є фактично розділеною на три табори:

1) конституційні держави, у яких державна влада обмежена задля гарантування

фундаментальних прав особи (приблизно одна четверта від усіх держав світу) (їх можна визначити як конституційно розвинені держави. – Авт.);

2) неконституційні держави із свавільною владою (приблизно така ж кількість) (авторитарні або тоталітарні держави, що ігнорують конституційні права і свободи людини, нехтуючи ними або нівелюючи їх як такі, задля зберігання та укріплення влади. – Авт.);

3) держави перехідні (які перебувають у транзиті від свавільного до конституційно обмеженого правління (близько половина держав світу) [3, с. 6] (держави, що розвиваються у конституційному розумінні. – Авт.).

Отже, виникає об'єктивна потреба визначити на основі критерію конституціоналізму загальну демократичність та на її основі обмеженість правління в зазначених державах. Звідси, конституціоналізм є ідеологічною та доктринальною, а потім й нормативною (у відповідності до Конституції держави. – Авт.) основою функціонування конституційних держав та держав, що знаходяться у перехідному стані та сприймають настанови конституціоналізму – тобто, якщо першим вже вдалося реалізувати його на практиці, другі лише перебувають у процесі осмислення, усвідомлення, сприйняття і формування конституційно обмеженого правління. Природно, неконституційні держави із свавільною владою цей тест-критерій на обмеженість влади не проходять, ігноруючи не тільки змістовне наповнення, а й сам «дух» конституціоналізму.

Одночасно, треба констатувати, що на мапі світу з'явилися держави, що декларують свою приналежність або до розвинених у конституційному сенсі держав, або до тих держав, що розвиваються у профільному сенсі, розмірковуючи про сенси конституціоналізму, його телеологічну спрямованість, формують, на їх погляд, його нові смисли (суверенна демократія, особливий шлях конституційного розвитку, поєднання принципів державного правління з релігійними канонами тощо), – але на практиці здійснюють авторитарне, диктаторське правління, зазіхаючи на права і свободи не тільки свого населення, обмежуючи чи нівелюючи їх, а й на права і свободи інших народів та територіальну цілісність держав, які вони населя-

ють (Російська Федерація, Туреччина, Сирія тощо).

З одного боку, варто зауважити, що феноменологію конституціоналізму слід розуміти та оцінювати як продукт західної правової думки, політико-правової культури. Один із видатних дослідників такої культури Г. Берман вважав його продуктом цілісної західної правової традиції [4, с. 2–5]. Спираючись саме на таку традицію, конституціоналізм є доктриною та практикою обмеженого правління, протилежного за змістом державному свавіллю [5; 6, р. 14]. З іншого боку, держави, що не входять до західного світу, відповідним чином прагнуть увійти до інтеграційних міждержавних структур, що існують в ньому (попередні заяви РФ щодо входження до ЄС та НАТО, практично 60-річна підготовча діяльність Турецької Республіки щодо членства в ЄС тощо), та повинні не тільки демонструвати свою прихильність до західних цінностей, але й запозичувати їх та втілювати як правові цінності у свої національні правові системи, – і насамперед, в сферу національного конституційного права.

Крім того, необхідно звернути увагу й на так звані «порогові країни» (Китай, Пакистан, Іран, Північна Корея тощо), що: а) характеризуються авторитарними та тоталітарними засобами правління; б) керуються релігійними або іншими ідеологічними постулатами; в) суттєво обмежують права і свободи своїх громадян, нехтуючи загально визнаними правами і свободами людини; г) мають віддалене розуміння переваг конституціоналізму; г) вороже відносяться до його принципів та настанов, – але дуже уважно слідкують за перебігом конституційного розвитку розвинених держав та держав пострадянського табору по основних напрямках, включаючи військове будівництво, – і саме виходячи з цього будують свою зовнішньополітичну поведінку на міжнародній арені та в міждержавних відносинах.

Отже, в такому випадку протилежністю державному свавіллю повинно стати таке правління, в основі якого лежать ідеї свободи людини, поваги до її гідності, гарантованості фундаментальних прав, верховенства права, демократії, конституційного обмеження державної влади. Тобто, замість обмеження правління через інтереси вузького прошарку можновладців, релігійної і партій-

ної еліти, – має виникнути правління, що має чітко встановлені параметральні ознаки та пріоритети, які базуються на гуманістичному ідеалі та пріоритеті правових цінностей гуманітарної спрямованості, якими сповідується, яким підкоряється і в межах яких існує і функціонує державна влада [7].

Реалізація вказаних засад є об'єктивним фактором демократичної правової державності та має забезпечити існування людиноцентричної політико-правової системи, у якій фундаментальні права людини мають пріоритетне значення по відношенню до держави. Така транспозиція та побудова пріоритетів та черговості прав не тільки обмежує державну владу у її схильності до етатизму та свавілля, а й встановлює чіткі нормативні межі її функціонування. Причому найважливішою гарантією існування такої системи є конституція держави, яка, з одного боку, визнає, легалізує, охороняє, захищає, гарантує основоположні права людини, з іншого – чітко встановлює юридичні обмеження для держави, її органів, посадових і службових осіб.

Однак, варто наголосити на тому, що сам факт наявності конституції не є гарантією того, що держава за змістом її правління буде конституційною, звідси конституціоналізм є заснованою на відповідній ідеології системою конституційних засобів забезпечення обмеженості державної влади. Отже, можна констатувати, що в наявності та функціонуванні ідеології конституціоналізму в державі важлива роль належить ідеологічним засадам державотворення через визнання і затвердження гуманістичних цінностей – однак такі засади повинні бути сприйнятими не тільки всім державно організованим суспільством, а й кожним з його членів у вигляді ментально-діяльнісних настанов щодо формування відповідних стереотипів поведінки в рамках конституційної держави.

Саме в цьому ракурсі виявляється роль і значення місцевого самоврядування як сфери локальної демократії та єдиної сфери життєдіяльності і функціонування територіальної громади та кожної людини, що є її членом – в рамках якої та з допомогою якої можуть бути втілені в колективну, групову та індивідуальну свідомість ідеали конституціоналізму. Саме цим і пояснюється особливе значення місцевого самоврядування

для людської цивілізації [8, с. 141]. Отже, можемо констатувати, що саме сфера діяльності місцевого самоврядування виступає яскравим прикладом сфери: а) розуміння (люди-жителі і одночасно члени територіальної громади), б) застосування (правова політика держави та втілення її настанов органами місцевого самоврядування), в) практичного втілення (життєдіяльність людини в локальному соціумі + діяльність органів публічної влади на локальному рівні управління); г) розвитку (на рівні локального соціуму у вигляді «обкатаних» і апробованих на ефективність форм життєдіяльності людини, локального соціуму і держави), ґ) вдосконалення конституціоналізму на національному рівні як феноменології, що фіксує органічний зв'язок суспільства і держави (в частині вдосконалення публічно-державних форм існування локального соціуму).

Отже, сфера місцевого самоврядування виступає своєрідним «барометром» застосування та ефективності основоположних засад конституціоналізму з позицій його демократичної змістовності, праксеологічної результативності, оптимального соціально-правового розвитку, гуманістично-гуманітарного впливу. Можна зазначити, що ми бачимо локальний рівень розгортання змістового конституціоналізму: його смислове ядро, що включає конституційні цінності, ідеї та норми, і смислову периферію, що охоплює різноманітну конституційно-правову практику і пов'язану з нею політичну, економічну, культурно-виховну діяльність соціальних суб'єктів [9], що безпосередньо здійснюють свою життєдіяльність в межах територіальної громади (соціально-колективний субстрат), в умовах місцевого самоврядування (інструментально-методологічний засіб самоорганізації), в філософському стані повсякденності (іманентно-темпоральний модус), в системній сукупності формування людських габітусів (сукупність соціально-локальних практик життєдіяльності), що, своєю чергою, детермінують формування і застосування адекватної системи атитюдів (поведінково-діяльнісних настанов), що відбивають результати соціалізації людини, які інтерпретовані та реалізуються через соціально-правову практику в процесі реалізації конституційних прав і свобод людини (конституційно-правові / муніципальні/ права людини) [14].

Необхідно відзначити, що проблема конституціоналізму у сучасному національному праві вельми проблематично розглядається в контексті загальної проблематики сенсу права. Її, зазвичай, згадують при розгляді структури цієї профільної феноменології як сукупності теорії, історії та практики конституційного будівництва держави, але в контексті змістовної аксіології саме права у його доктринальній інтерпретації такі розвідки є, на жаль, поодинокими (наукові праці М. П. Орзіх, А. Р. Крусян, М. В. Савчина, І. Д. Сліденка). Тим часом потреба у такому аналізі давно назріла, оскільки, по-перше, саме сенс права, і насамперед, конституційного права, на якому й базується феноменологія конституціоналізму як доктрини, – і є тим фактором, що супроводжується ускладненням структури суспільства із його мережею вертикальних і горизонтальних зв'язків, особливо в контексті пріоритету прав і свобод людини, що виступає «альфою і омегою» сучасного конституціоналізму, що пов'язує демократизм реалізації публічної влади з настановами самоорганізації, самоідентифікації, самодіяльності людини, її груп та асоціацій; по-друге, представники різних юридичних дисциплін часто говорять про подібні за змістом феномени правової дійсності в рамках понятійного апарату та термінології відповідної галузі права чи законодавства і їх, особливо в контексті глибокого розуміння конституціоналізму, потрібно розрізняти; по-третє, наведена проблематика має пряме відношення до історичної ретроспективи конституціоналізму, – вся історія його становлення, розвитку і вдосконалення пов'язана з боротьбою за гуманістичні ідеали демократичного правління та ґрунтується на них та їх залученні в процес здійснення публічної влади; по-четверте, проблематика сенсу права, насамперед, права конституційного, має безпосередній вихід й на праксеологічні настанови феноменології конституціоналізму, оскільки теоретично-доктринальні його настанови втілюються в практику конституційно-правового відправлення публічної влади, а історичні набуття, своєю чергою, у вигляді новітніх та ефективних зразків взаємовідносин між людиною, суспільством і державою, що інтерпретовано в конституційно-правові норми, – втілюються у процесі формування і функціонування демократич-

ної правової державності, що виступає «вінцем творіння» конституціоналізму як такого; насамкінець, по-п'яте, наведені процеси для своєї реалізації, інтенсифікації та ефективного втілення, насамперед, передбачають мирний стан функціонування державності, тобто її стабільність в ординарних умовах існування.

Це підтверджується тим, що наведена ситуація відноситься і до конституціоналізму як найбільшого досягнення буржуазних революцій кінця XVI – кінця XVIII ст. та основоположної правової цінності західноєвропейської цивілізації, що в сучасний період переформатування міжнародного правопорядку, як результату розв'язаної війни РФ проти України, отримує «друге дихання» для реанімації та актуалізації на національному, макрорегіональному і універсальному рівнях, враховуючи екстраординарний порядок функціонування державності як такої, і аналогічний порядок для функціонування європейської регіональної та міжнародної спільноти держав.

Як відомо, у найбільш загальному вигляді конституціоналізм – це політико-правова теорія та практика організації державного та суспільного життя на правових засадах, у системі яких головну роль відіграє Конституція. Тобто, такий підхід вже апіорі передбачає функціонування державно організованого соціуму в умовах миру. При цьому важливим у таких умовах є не тільки факт наявності (формального дотримання) Конституції, а й ефект реальної пов'язаності всіх інститутів публічної влади у своїх діях та рішеннях вимогами конституційних норм, високий авторитет Конституції, визнання і повага (легітимація) виражених у ній принципів суспільною думкою, дійсне втілення сформульованих Конституцією положень у законодавстві та в процесі реалізації права. Отже, можна погодитися з відкрито ідеалістичною і декларативною по суті позицією деяких дослідників про те, що коли ми вимовляємо слово «конституціоналізм», то в образно-асоціативному ряду цього терміну виникають символи демократії, поділу влади, визнання та реальної гарантованості широкого кола прав і свобод людини та громадянина, конституційного ладу, багатопартійності, ідеологічного плюралізму, панування права у суспільному житті та використання

цивілізованих правових способів вирішення соціальних конфліктів державою тощо. Усі зазначені символи тією чи іншою мірою визначають зміст сучасного конституціоналізму [9].

Однак, у сучасних умовах військового протистояння з агресором закономірно виникає низка питань, причому питань досить практичного характеру: Чи діє конституціоналізм в умовах війни? Чи функціонують його основоположні принципи в екстремальних умовах функціонування державності? Чи задовольняє феноменологія загального конституціоналізму теперішній стан функціонування державності в кризовому стані?

На наш погляд, цьому повинні відповідати нові підходи до розуміння та тлумачення універсальної феноменології, що є основоположною характерологічно-змістовною ознакою сучасної державності.

3. Треба наголосити на тому, що проблематика функціонування конституціоналізму в екстремальних умовах і реагування на такі кризові для державності умови в Україні практично не досліджувалась.

Першою спробою дослідження такої феноменології стала стаття О. Водяннікова «Конституціоналізм в екстремальних умовах: установча і встановлена влада в кризові періоди» [10], в якій автор спробував вирішити актуальні питання функціонування конституціоналізму в екстремальних умовах крізь призму співвідношення установчої (легітимної) і встановленої (фактичної) влади в кризові періоди. Він виходив із досить цікавих позицій, які, на наш погляд, треба відтворити в нашому дослідженні. Отже, автор вважає, що:

- сучасний конституціоналізм ґрунтується на засаді обмеження публічної влади задля захисту людських прав, а використання надзвичайних повноважень за нормальних умов становить пряму загрозу конституційним засадам (включення кризових ситуацій в коло загроз конституціоналізму. – Авт.);

- тому дослідження дихотомії нормальних та екстремальних умов по суті є дослідженням умов існування конституціоналізму, умов легітимності публічної влади в демократичному суспільстві (визнання існування феноменології конституціоналізму як в ординарних, так й в екстраординарних умовах функціонування державності. – Авт.);

- звідси постають питання – які інструменти має конституційний лад для захисту за екстремальних умов; які запобіжники існують проти внесення змін до конституції в умовах моральної паніки; за яких умов можливі вади конституційного ладу можуть вести до реалізації первинної установчої влади; коли настає акт знищення з точки зору теорії установчої влади; чи становлять надзвичайні режими частину конституційного ладу чи окремих надзвичайних правових порядків, із запровадженням якого зупиняється дія звичайного правового порядку? (формування умов функціонування конституціоналізму в екстраординарних умовах та їх інструментально-нормативне супроводження і забезпечення. – Авт.);

- в юридичному дискурсі дослідження екстремальних умов зводилося до розгляду правових режимів надзвичайних станів або особливих випадків революції – у статті пропонується відійти від нормативної концепції воєнного і надзвичайного стану як формалізованих режимів, адже питання екстремальних умов є набагато ширшим і складнішим (визначається широке коло екстраординарних умов, до яких входять й умови воєнного і надзвичайного станів. – Авт.);

- автор вважає, що поняття екстремальних умов нерозривно пов'язане з розумінням «нормальності» в тому сенсі, що ці умови розглядаються як явища, що знаходяться поза рамками звичайного ходу подій чи очікуваних дій. Отже, загальна парадигма співвідношення екстремальних і звичайних умов полягає в тому, що звичайні умови є правилом, а екстремальні умови – винятком. У такому сенсі категорія нормальності виступає спростовною презумпцією (*rebuttable presumption*). В онтологічному сенсі екстремальні умови є підставами для спростування загальної і сильної презумпції нормальності. Тобто в епістемологічному сенсі це означає, що формального рішення про запровадження надзвичайних режимів недостатньо – мають бути доведені фактичні обставини «ненормальності», «нагальної небезпеки», «ургентності» (пропозиція щодо визначення деструктивно-негативного і дисфункціонального потенціалу екстраординарних загроз конституціоналізму. – Авт.);

- у статті автор здійснює спробу концептуалізації інструментів і моделей реагування

конституційного правопорядку та політичної спільноти на виникнення екстремальних умов, – при цьому інструменти, що є в наявності чи потенційному розпорядженні в рамках конституційного ладу можна охарактеризувати як *інструменти пристосування* (пропозиція щодо формування та використання інструментально-організаційного й інструментально-нормативного супроводження і забезпечення конституціоналізму на випадок появи екстремальних загроз його існуванню. – Авт.);

- однак, коли такі інструменти не спрацьовують, виникають умови для реалізації установчої влади задля самозбереження політичної спільноти. Інструменти такого самозбереження – *інструменти перетворення* – включають як зміни чинного конституційного ладу, так і встановлення на місці зруйнованого екстремальними умовами конституційного ладу нового конституційного правопорядку. При цьому, екзистенціальне *ratio*, що полягає у самозбереженні політичної спільноти, є важливою категорією аналізу реакцій на екстремальні умови, адже воно визначає досить тонку межу, що відділяє інструменти пристосування від інструментів перетворення (пропозиція щодо формування запасного варіанту у вигляді нового інструментального забезпечення існування конституціоналізму в умовах екстраординарних загроз, що базується на трансформації конституційного устрою. – Авт.);

- своєю чергою, інструменти пристосування можна поділити на три типи: (1) *leges ex ante*, тобто визначені заздалегідь (передбачені законами винятки, передбачені Конституцією і законами режими надзвичайного і воєнного стану), (2) *leges latae*, тобто інструменти, що приймаються під час дії екстремальних умов, виходячи з їх інтенсивності, характеру і загроз, але у встановлених Конституцією і законодавством рамках (тимчасове спеціальне законодавство, спеціальні секторальні режими), та (3) *leges ex post*, тобто законодавчі інструменти, що приймаються за екстремальних умов поза заздалегідь встановлених конституційних чи законодавчих рамок, і які легітимізуються чи визнаються неконституційними після нормалізації ситуації (спеціальні секторальні режими) (наявність переліку розроблених інструментів подолання кризових явищ в сфері конституціоналізму в залежності від виду та сту-

пеню загроз на основі варіативності їх застосування. – Авт.);

- наведений автор пропонує, виходячи з комбінації інструментів пристосування, виділити чотири моделі пристосування конституційного ладу до екстремальних умов (формування переліку кола інструментів пристосування у вигляді моделей поведінки задля збереження конституційного устрою шляхом його пристосування до негативних умов. – Авт.):

(1) модель *business as usual*, тобто звичайного порядку функціонування;

(2) модель законодавчого пристосування, коли прийняття заходів реагування відбувається в рамках звичайного конституційного правопорядку відповідно до звичайної процедури;

(3) неоримську модель, за якою глава держави чи уряду набуває надзвичайних повноважень для відновлення нормальності;

(4) модель *ex post facto* легітимації, коли не передбачені законом чи конституцією повноваження набуваються на підставі конституційного обов'язку збереження держави і організованого суспільства (прерогативні повноваження);

- інструменти перетворення, своєю чергою, як форми відповіді на екстремальні умови включають (формування переліку кола інструментів перетворення у вигляді моделей поведінки задля трансформації конституційного устрою шляхом його зміни або нівелювання. – Авт.):

(1) повноваження похідної установчої влади, тобто повноваження щодо внесення змін до Конституції відповідно до процедури і в порядку, передбаченому самою Конституцією;

(2) прерогативні повноваження щодо зміни конституційного ладу поза процедурою і порядком, передбаченим Конституцією та

(3) установчі повноваження щодо знищення чинного ладу і започаткування нового.

При цьому, особливістю двох останніх інструментів перетворення є те, що вони існують поза юридичними рамками чинного правопорядку, так би мовити, в метаправопорядку, у сфері екзистенціального *ratio* політичної спільноти [10].

Отже, бачимо, що дослідник розробив технологічно-процедурну та поведінково-діяльнісну системоутворюючу парадигму, відповідний комплексний управлінський

алгоритм для збереження феноменології конституціоналізму, прагнучи захистити основоположний онтологічно-функціональний елемент його побудови і результативності – конституційний устрій, через використання механізмів і інструментарію пристосування та перетворення. Вважаємо такий підхід методологічно виваженим та праксеологічно важливим, бо він скерований на формування системи безпеки феноменології конституціоналізму, її збереження та відтворення. Але у нас виникають сумніви у можливостях використання наведеного інструментарію в умовах воєнного стану або війни, принаймні, до їх припинення, – на нашу думку, інакше це призведе до обвалення інституційної структури держави, на якій базується конституційний устрій. Разом з тим, розробка таких охоронних та відновлювальних інструментальних механізмів в їх варіативній кількості є важливим досягненням у науці конституційного права.

Інший дослідник, фахівець-конституціоналіст М. В. Савчин, на відміну від попереднього автора, що розглядає загальні підходи до існування і функціонування феноменології конституціоналізму в екстраординарних умовах, пропонує вивчати її у більш конкретному аспекті, якому й присвячено наше дослідження – стані війни. У своїй статті «Конституціоналізм і війна» [11] він аналізує досліджувану феноменологію з трьох позицій:

1. Конституціоналізм у контексті війни.

2. Інституційна спроможність держави.

3. Вимога захисту прав людини в умовах війни та обмеження ресурсів.

При цьому в розділі «Конституціоналізм у контексті війни» він виокремлює такі параметральні ознаки, що торкаються: а) якості міжнародно-правового забезпечення ведення війн та об'єктивізації необхідності його розвитку внаслідок вдосконалення їх видової характеристики; б) управління юрисдикцією держави через прийняття невідкладних та ефективних заходів захисту основоположних засад конституційної демократії; в) забезпечення ролі контролю вищого законодавчого органу та органу конституційної юстиції по підсумках війни; г) рефлексії на факті варваризації війни, що нівелює міжнародно-правові вимоги щодо її гуманізації і міжнародно-правовий захист її жертв; г) прийняття відповідних невідкладних заходів

щодо фіксування військових злочинів та злочинів проти людяності і людства, а саме:

А) основні тренди переростання конвенційних війн у неконвенційні війни: кібервійна і перші прояви війни у космосі;

Б) *Gubernaculum-jurisdictio* (управління юрисдикцією) та невідкладність і ефективність заходів оборони конституційної демократії: роль статей 3, 17 і 64 Конституції України [12] (відносно гуманістично-гуманітарної домінанти в діяльності держави (ст. 3); захисту суверенітету держави та його елементного складу (ст. 17); можливості обмеження прав і свобод людини і громадянина в естраординарний період, за виключенням відповідного кола прав, прямо вказаних в Конституції держави (ст. 64));

В) роль парламентського і судового контролю *post factum*;

Г) варваризація війни та значення фіксації воєнних злочинів і злочинів проти людства, геноциду.

Розділ «Інституційна спроможність держави» містить ознаки, що характеризують формування такої спроможності на основі: а) її сучасного розуміння та б) історичного досвіду, а також в) у контексті супроводження і забезпечення опору окупантам і г) побудови системи безпеки, а саме:

А) держава як інституційний простір безпеки гідної людини;

Б) Голодомор як наслідок поразки у першій стадії російсько-української війни (1917/22): уроки;

В) захист цивільного населення та ефективність здійснення опору;

Г) безпекові вимоги і правове регулювання: приклад будівельних правил.

Розділ «Вимога захисту прав людини» пропонується розглядати через: а) історичну ретроспективу цієї проблематики б) та питання її ресурсного забезпечення в контексті управління ними в) з визначенням саме ресурсів як визначального та інтерпретаційного фактору прав людини; г) із фінальним виходом на контекстуальне дотримання економічних свобод людини:

А) здобуття незалежності Нижніми провінціями 1648: постановка про права людини як тригер формування державності Нідерландів;

Б) війна та обмеженість ресурсів: інтерпретація прав людини через рівень технологій та доступ до ресурсів;

В) війна та проблема алокації ресурсів: обмеженість засобів у забезпеченні прав людини;

Г) економічні свободи: евакуація цивільного населення і безпекові вимоги, релокація виробництв, мобілізація ресурсів та трудові права.

Вважаємо, що такий підхід потребує підтримки, вже в силу хоча би будь-якого систематично-комплексного викладення основоположних проблем конституційно-правового характеру, що складають феноменологію конституціоналізму. Разом з тим, необхідно зазначити загальний схематичний та неповний характер наведеного узагальнення профільних питань, їх достатньо спірне, хоча й досить адекватне історичне розуміння, достатньо проблематичний підхід до розуміння ресурсного забезпечення дотримання прав людини в умовах війни, хоча він і справедливо акцентує увагу на значимості та особливій важливості економічних прав людини.

Але позитивним моментом цієї теоретичної конструкції, безумовно, виступає: а) створення досить вдалої історично-нормативної моделі, що напряму і безперечно пов'язує конституціоналізм із феноменологією війни та військової агресії; б) її аргументація в загальному сенсі свідчить на користь формування спеціального воєно-гуманітарного (мілітарного) блоку конституціоналізму, який в) внаслідок особливої важливості та екзистенційного характеру і значення проблематики, що виокремлюється, в тому числі й в контексті г) особливо небезпечних наслідків для держав, їх народів і всього людства; г) наявності її відповідної предметно-об'єктної самостійної регламентації та самостійного регулювання в умовах естраординарного функціонування державності на рівні національного і міжнародного публічного права; д) може сформулювати окремий вид феноменології конституціоналізму, якому відповідає його структурна побудова: історія, теорія і практика конституційного будівництва [13] у сфері національної безпеки саме в аспекті воєнного стану або війни на міждержавному рівні.

Продовження статті в наступному номері

Список використаних джерел:

1. Michener Roger. Foreword to the: *Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis : Liberty Classics, 1982. 225 p.
2. Dicey A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis : Liberty Classics, 1982. P. 110–117.
3. Бориславська О. М. Європейська модель конституціоналізму: аксіологічно-системний аналіз. Харків : Право, 2018. 394 с.
4. Berman J., Harold J. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Harvard University Press Cambridge, Massachusetts and London, England. 1983. 679 p.
5. McIlwain Charles Howard. *Constitutionalism Ancient and Modern*. Ithaca, New York : Cornell University Press, 1940. 162 p.
6. Sajo A. *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism*. Budapest, 1999. 288 p.
7. Гришук О. В. Конституційні цінності: філософські та судові аспекти: монографія. Видання 2-е доопрацьоване і доповнене. Київ : Ваїте, 2020. 530 с. URL: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://ccu.gov.ua/sites/default/files/gryshchuk_konstytuciynu_cinnosti_2_1.pdf (Дата звернення: 28.05.2022).
8. Могилевський В. С. Місце самоврядування як феномен сучасного національного конституціоналізму. Міжнародна діяльність університетів як фактор інноваційного розвитку вищої школи: тези доп. міжн. наук.-практ. конф. (18 вересня 2015 р.). Маріуполь: МДУ, 2015. С. 140–142.
9. Гаврилова Ю. А. Смысловые доминанты конституционализма в России. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/smyslovyedominanty-konstitutsionalizma-v-rossii> (Дата звернення: 29.05.2022).
10. Водянніков О. Конституціоналізм в екстремальних умовах: установча і встановлена влада в кризові періоди. *Український часопис конституційного права*. 2021. № 4. С. 8–37. URL: <https://www.constjournal.com/pub/4-2021/konstytutsionalizm-ekstremalnykh-umovakh-ustanovchavstanovlena-vlada-kryzovi-periody/> (Дата звернення: 30.05.2022).
11. Савчин М. Конституціоналізм і війна. URL: https://www.academia.edu/82345691/Savchyn_warfare_and_constitutionalism?auto=download&email_work_card=download-paper (Дата звернення: 30.05.2022).
12. Конституція України: прийнята на V сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
13. Орзих М. Ф., Крусян А. Р. Современный конституционализм: теория и перспективы развития. URL: http://www.kspmr.com/MAG/?id_article_4da0dac591 (Дата звернення: 25.05.2022).
14. Копыленко Oleksandr, Myshchak Ivan. Community Control of the Activities of Self-Government Authorities in Ukraine and Poland. *Jahrbuch für Ostrecht*. 2019. P. 15–30.

References:

1. Michener, Roger. *Foreword to the: Dicey, A. V. (1982). Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Classics.
2. Dicey, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Classics, 110–117.
3. Boryslavs'ka, O. M. (2018). *Yevropeys'ka model' konstytutsionalizmu: aksiolohichno-systemnyy analiz*. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
4. Berman, J., Harold, J. (1983). *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Harvard University Press Cambridge, Massachusetts and London, England.
5. McIlwain, Charles Howard. (1940). *Sonstitutionalism Ancient and Modern*. Ithaca, New York: Cornell University Press.
6. Sajo, A. (1999). *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism*. Budapest.
7. Hryshchuk, O. V. (2020). *Konstytutsiyni tsinnosti: filosofs'ki ta sudovi aspekty*. Vydannya 2-e dooprats'ovane i dopovnene. Kyiv : Vaite. URL: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://ccu.gov.ua/sites/default/files/gryshchuk_konstytuciynu_cinnosti_2_1.pdf (Last accessed: 28.05.2022) [in Ukrainian].
8. Mohilevs'kyu, V. S. (2015). *Mistseve samovryaduvannya yak fenomen suchasnoho natsional'noho konstytutsionalizmu. Mizhnarodna diyal'nist' universytetiv yak faktor innovatsiynoho rozvytku vyshchoyi shkoly: tezy dop. mizhn. nauk.-prakt. konf. (18 veresnya 2015 r.)*. Mariupol': MDU, 140–142 [in Ukrainian].

9. Havrylova, Yu. A. *Smyslovye domynanty konstyuttsyonalyzma v Rossyy*. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/smyslovye-dominanty-konstitutsionalizma-v-rossii> (Last accessed: 29.05.2022) [in Russian].

10. Vodyannikov, O. (2021). *Konstyuttsionalizm v ekstremal'nykh umovakh: ustanovcha i vstanovlena vlada v kryzovi periody. Ukrayins'kyi chasopys konstyuttsiynoho prava*, 4, 8–37. URL: <https://www.constjournal.com/pub/4-2021/konstyuttsionalizm-ekstremalnykh-umovakh-ustanovcha-vstanovlena-vlada-kryzovi-periody/> (Last accessed: 30.05.2022) [in Ukrainian].

11. Savchyn, M. *Konstyuttsionalizm i viyna*. URL: <https://www.academia.edu/82345691/>

Savchyn_warfare_and_constitutionalism?auto=download&email_work_card=download-paper (Last accessed: 30.05.2022) [in Ukrainian].

12. *Konstyuttsiya Ukrayiny: pryynyata na V sesiyi Verkhovnoyi Rady Ukrayiny 28 chervnya 1996 roku. (1996). Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrainy*, 30, St. 141 [in Ukrainian].

13. Orzykh, M. F., Krusyan, A. R. *Sovremennyy konstyuttsyonalyzm: teoryya y perspektyvy razvytyya*. URL: http://www/kspmr.com/MAG/?id_article_4da0dac591 (Last accessed: 25.05.2022) [in Russian].

14. Kopylenko, O., Myshchak, I. (2019). *Community Control of the Activities of Self-Government Authorities in Ukraine and Poland. Jahrbuch für Ostrecht*, 15–30.

Стаття надійшла до редакції 2 червня 2022 р.