

Maksym Bondar

*PhD Candidate in Law, National University of Kyiv-Mohyla Academy;
Legal Expert, Rule of Law Research Centre (NaUKMA), Kyiv, Ukraine
<https://orcid.org/0009-0005-3057-2039>
maksym.bondar@ukma.edu.ua*

CONSTITUTIONALISM AND WAR: FROM MARTIAL LAW TO “PEACE” THROUGH A TRANSITIONAL PERIOD

Abstract

Background: Contemporary constitutionalism, shaped largely in the post-World War II era, was designed primarily for peacetime. As a result, neither constitutional theory nor practice provides clear answers to questions arising when societies and states face extraordinary situations such as armed conflict, hybrid threats, or terrorism — circumstances that pit state survival against the foundational principles of limited government and guaranteed rights.

Purpose: This article aims to examine how constitutionalism transforms under extraordinary circumstances, particularly martial law, and to identify a viable legal pathway for Ukraine's return to ordinary constitutional order following the termination or lifting of the martial law regime.

Methodology: The study employs an axiological approach, treating constitutionalism not as a static construct but as a dynamic system of values, principles, institutions, and procedures. This framework enables analysis of the relative weight of constitutional principles across varying socio-political circumstances, including crisis conditions.

Results: Under extraordinary circumstances, constitutionalism does not give rise to a distinct or parallel constitutional order — its core identity remains intact. What occurs

instead is a temporary shift in the relative significance of key principles: public safety, stability, and statehood come to the foreground, while certain human rights are subject to proportionate restrictions and the rule of law is applied with due regard for the exceptional situation. After overcoming the crisis, the need arises to reassess the relative significance of these principles. The article proposes a dedicated transitional legal regime — positioned between martial law and ordinary peacetime regulation, and conceptualized as a specific instance of a state of emergency — to ensure a gradual and effective return to constitutional normalcy.

Conclusion: *Constitutionalism retains its identity even under the most extreme conditions, provided that power remains bound by law. The concept of a transitional legal regime offers a practically grounded mechanism for post-war constitutional recovery, with particular relevance for Ukraine's legal and institutional reconstruction after the lifting of martial law.*

Keywords: *constitutionalism, rule of law, human rights, martial law, state of emergency, transitional period.*

Максим Бондар

здобувач ступеня доктора філософії у галузі права, кафедра загальнотеоретичного правознавства та публічного права, факультет правничих наук, Національний університет «Києво-Могилянська академія», Київ, Україна, експерт Центру дослідження верховенства права НаУКМА, Київ, Україна
<https://orcid.org/0009-0005-3057-2039>
maksym.bondar@ukma.edu.ua

КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ І ВІЙНА: ВІД ВОЄННОГО СТАНУ ДО «МИРУ» ЧЕРЕЗ ПЕРЕХІДНИЙ ПЕРІОД

Стаття присвячена дослідженню трансформацій концепції конституціоналізму в умовах екстраординарних ситуацій, зокрема воєнного стану. Показано, що конституціоналізм не може розглядатися як статична конструкція, оскільки він є динамічною системою цінностей, принципів, інститутів і процедур, яка здатна реагувати на кризові виклики та виконувати роль світоглядного орієнтира. Визначено, що до ядра принципів конституціоналізму можуть належати народовладдя, верховенство права, права людини, незалежний та постійно діючий суд, а також суспільна безпека і стабільність, державність. В умовах екстраординарних ситуацій може відбуватися зміна акцентів (відносного значення) цих принципів: зосереджується увага на суспільній безпеці, стабільності та збереженні державності, тоді як окремі права людини зазнають обмежень, а принципи верховенства права відповідно до документів Венеційської комісії застосовується з урахуванням такої екстраординарності.

Методологічною основою дослідження виступає аксіологічний підхід, який дозволяє обґрунтувати відносність значення принципів у різних соціально-політичних обставинах. Автор доводить, що в умовах екстраординарних ситуацій

кожен принцип проходить перевірку на «важливість», проте після подолання їх наслідків відбувається зміна відповідних акцентів (відносного значення), яка існувала до виникнення екстраординарних ситуацій. У цьому контексті запропоновано концепт правового режиму перехідного періоду як особливого механізму, спрямованого на поступове повернення до звичного конституційного правопорядку. Основним завданням такого режиму є усунення наслідків війни (екстраординарної ситуації) та створення умов для повернення до звичайного (ординарного) значення принципів верховенства права, народовладдя та прав людини, суспільної безпеки та стабільності, державності.

Як висновок, конституціоналізм зберігає власну ідентичність навіть у найбільш екстремальних кризових умовах. Його життєздатність полягає в можливості адаптуватися до нових викликів, не втрачаючи ключової ідеї – влада завжди має залишатися зв'язаною правом.

Ключові слова: *конституціоналізм, воєнний стан, верховенство права, права людини, надзвичайний стан, перехідний період, правовий режим.*

Вступ

Сучасні конституції європейських держав у переважній більшості писалися для утвердження миру на європейській частині континенту. Злочини проти людяності, геноцид та інші масштабні й всеохопні злочини під час Другої світової війни і прагнення держав «ніколи знову» не допустити війни в Європі поставило ціннісний орієнтир для повоєнних

конституціоналістів «писати» конституційні тексти, які людське життя і гідність визнають найвищою цінністю, а головною спрямованістю діяльності держави – утвердження прав і свобод людини. Це зумовило загальне бачення сучасного конституціоналізму як доктрини, що визнає існування держави виключно в мирі, закріплює і гарантує права і

свободи людини, визнає ключовими цінностями верховенство права та демократію.

Маємо ситуацію, коли, з одного боку, конституційні положення регулюють реакцію держави на екстраординарні ситуації, проте теорія і практика конституціоналізму, сформована у повоєнній Європі, не дає чітких відповідей на питання, пов'язаних з існуванням суспільства і держави в екстраординарних ситуаціях. Відсутнє усталене і випрацьоване доктринальне бачення, яким чином конституціоналізм розв'язує рівняння, де загроза війни, гібридні атаки, тероризм протиставляються дотриманню принципів обмеження влади і гарантування прав і свобод людини.

Постає низка питань, відповідей на які залежить майбутнє ліберального конституційного порядку. Чи можливе існування винятків з конституціоналізму, коли перед державою і суспільством стоїть завдання фізичного виживання? Що відбувається з принципами

конституціоналізму в умовах екстраординарності? Яка відповідь конституціоналізму на питання повернення до «нормальності» після екстремуму екстраординарності? Цей перелік можна продовжувати далі, але цим дослідженням маємо за мету знайти відповіді на ці питання, аби зрозуміти, яким шляхом Україна має рухатися після припинення чи скасування правового режиму воєнного стану.

Сутність і зміст конституціоналізму досліджувались і продовжують досліджуватись багатьма науковцями. Не існує якогось одного чітко визначеного терміна поняття «конституціоналізм», а означення складових принципів конституціоналізму різняться в залежності від правової школи, з якою себе асоціює науковець. Знаходимо відмінності також у наукових надбаннях, де здійснювались спроби дослідити можливість існування екстраординарності в межах конституціоналізму. Йдеться про різні види та типи конституціоналізму в

залежності від різних обставин, існування внутрішніх та зовнішніх загроз конституціоналізму та навіть про нездатність конституціоналізму забезпечувати швидкі та ефективні

рішення під час екстраординарних ситуацій. Тому роботу з джерельною базою необхідно ґрунтувати на критичному аналізі та спробі знайти відповіді на поставлені питання.

Конституціоналізм: сутність і принципи

Наукові пошуки і дискусії про визначення конституціоналізму виходять за рамки «єдиної» дефініції. Слушно про це висловився Микола Козюбра, що «жодна з ... інтерпретацій не спроможна дати цілісне уявлення про конституціоналізм як феномен. Тому за всієї важливості коротких операційних визначень ..., що характеризують сутність конституціоналізму, для повного розкриття його змісту доцільно використовувати не дефініції (тим більше з претензією на універсальність), а характеристики конституціоналізму через його основні ознаки – елементи...».¹ Завдяки такому підходу ми можемо сприймати

конституціоналізм не як статичну і застиглу конструкцію, а як «живу» систему цінностей, принципів, інститутів і процедур, що здатні реагувати на реальність і бути їй необхідним світоглядним (ідеологічним) камертоном.

Виокремлюють такі основні принципи-елементи конституціоналізму: (1) принцип народного суверенітету, (2) принцип найвищої юридичної сили конституції, (3) здійснення влади на підставі та відповідно до конституції, (4) принцип представницького правління, (5) принципи верховенства права, (6) наявність цивільного контролю за збройними силами та іншими військовими формуваннями, (7)

¹ М. І. Козюбра та ін., Конституційне право: підручник (Київ: ВАІТЕ, 2021), 23.

гарантовану конституцією незалежність судів, (8) наявність інституту конституційного судового контролю, (8) принцип внесення змін до конституції, що забезпечує її жорсткість і пріоритет (верховенство), (9) неприпустимість обов'язкового (офіційного) тлумачення конституції політичними органами чи партіями, (10) можливість певного конституційного маневру, який дає змогу враховувати конституційні традиції країни, (11) наявність конституційних гарантій основоположних прав і свобод, їхнього захисту від державної та іншої сваволі²³.

Це перелік, який фактично визначає «канон» ліберального конституціоналізму; проте варто звернути увагу, що наведені принципові складові розкривають насамперед інституційно-нормативний вимір конституціоналізму. Поза межами такого підходу залишається розуміння ціннісних основ таких принципів,

їхнього відносного значення та практичне вираження у конституційних текстах. Тому можемо говорити про практичність такого підходу для систематизації (в межах конституційного права), проте розуміємо, що це може бути потенційним обмеженням в умовах екстраординарних ситуацій.

В інших дослідженнях теоретичних та практичних аспектів європейського конституціоналізму, включно з історичним розвитком та ключовими принципами (поділ влади, верховенство права та захист прав людини), наприклад, виокремлюють три стрижневі концепції конституціоналізму – формальну, матеріальну та інституційну. Формальна концепція конституціоналізму започаткована батьками-засновниками США (А. Гамільтоном, Дж. Медісоном та Дж. Джеєм), де головною ідеєю є верховенство писаної конституції у державі. Матеріальна концепція

² Козюбра та ін., Конституційне право, 24.

³ Louis Henkin, "New Birth of Constitutionalism: Genetic Influence and Genetic Defects," *Cardozo Law Review* 14 (1993): 40–41.

конституціоналізму засновується на телеологічному підході до права та має у своїй основі ідею, що наявність однієї писаної конституції з формальної точки зору не є обов'язковою, якщо сформовано стійкі традиції обмеження влади, що можуть бути виражені у різних актах права (як приклад, *Habeas Corpus Act* та *Magna Carta*). Крім того, у британській конституційній традиції з часів А. Дайсі превалює ідея тотожності конституціоналізму та верховенства права, яка ґрунтується на тому, що ці обидва поняття мають за мету обмеження правом свавілля влади.

Інституційна концепція, яку розвивали А. Шайо, Л. Генкін, Дж. Роулз та ін., говорить про «інституційні механізми, які застосовуються для обмеження державної влади в умовах демократії».⁴

О. Бориславська, зокрема, наводить такий перелік складових елементів сучасного європейського

конституціоналізму: (1) писана конституція; (2) конституційна юрисдикція; (3) основоположні права, зокрема, але не виключно, людська гідність, свобода вираження поглядів, право на життя у його широкому розумінні, що передбачає заборону смертної кари, соціальні та економічні права; (4) парламентаризм; (5) незалежність судової влади; (6) поділ влади.⁵

З одного боку конституціоналізм характеризують як практичний багатогранний концепт, що може по-різному втілюватись в різних правових системах та традиціях: від «американської моделі» текстуального формалізму, до інституційних механізмів у європейських системах, на відміну від іншого підходу, де аналіз дає змогу систематизувати базові принципи-елементи конституціоналізму. Коли мова йде про принципи-елементи, науковці наводять суміжні, проте часто різні переліки, що підштовхує до думки про

⁴ Олена Бориславська, Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз (Харків: Право, 2018), 12–30.

⁵ Бориславська, Європейська модель конституціоналізму, 170–261.

об'єктивну потребу виокремлення та систематизації «ядра» принципів конституціоналізму, які відіграють істотну роль у створенні конституційної системи кожної держави та є орієнтиром у практичному регулюванні не лише в «мирний» час, але й під час екстраординарних ситуацій.

До ядра принципів конституціоналізму можемо віднести ті принципи, які лежать в основі конституційної ліберальної демократії, виражають основну сутність заснованого на праві гідного співжиття вільних людей в межах суверенної держави. До таких

принципів, наприклад, можуть належати (1) народовладдя, (2) верховенство права, (3) права людини, (4) незалежний і постійно діючий суд, (5) суспільна безпека і стабільність, та (6) державність. Без сумніву, інші принципи, які згадувалися вище, також є принципами конституціоналізму, проте їх можна віднести до так званих інституційних та процедурних принципів, тобто тих, які розкривають сутність і надають змістовного вираження тим принципам, які є у загальному розумінні універсальними для різних правових систем та знайшли своє практичне відображення у конституційних текстах.

Конституціоналізм і екстраординарні ситуації

Не виникає сумнівів, що доктрина конституціоналізму має твердий ґрунт, коли мова йде про життя у мирі. Проте коли людина, держава та суспільство стикаються із екстраординарними ситуаціями (до яких ми відносимо, наприклад, збройні конфлікти, теракти, гібридні загрози, стихійні лиха, техногенні

катастрофи та інші неординарні ситуації) часто конституціоналізм і його вираження у конституційних текстах стають предметом палких теоретичних та практичних дискусій. Варто лише згадати правову дискусію у США після подій 11 вересня 2001 року про обсяг «виняткових» повноважень виконавчої гілки влади

для протидії терористичним загрозам або пандемію коронавірусу 2020-х років і дискусії не лише про межі дискреційних повноважень, а й можливий рівень втручання влади у приватне життя людей для захисту громадського здоров'я.

Описані вище приклади покликані лише проілюструвати, настільки різні за суттю і змістом можуть виникати екстраординарні ситуації, що спонукає ставити питання як про життєздатність ідей конституціоналізму адекватно і швидко реагувати на такі тектонічні суспільні виклики, так і про можливі шляхи трансформації і видозміни або самої сутності конституціоналізму, або ж окремих його принципів-елементів.

Перший підхід, який ми розглянемо, обґрунтовує трансформацію конституціоналізму в умовах екстраординарних ситуацій, зокрема, війни, у «мілітарний»

конституціоналізм. Так, у час викликів і загроз для існування конституційних демократичних держав, що найбільше актуалізувалось з початком повномасштабної збройної агресії російської федерації проти України, «загальний конституціоналізм», на думку авторів концепції, не дає відповідей на питання функціонування держави і суспільства в умовах, наприклад, війни. Це зумовлено тим, що «загальний конституціоналізм» «апріорі передбачає функціонування державно організованого соціуму в умовах миру»⁶, а також «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»⁷. Тому автори пропонують підходи до формування нового виду «загального

⁶ Михайло Баймуратов і Борис Кофман, «Мілітарний конституціоналізм: доктринальні та праксеологічні підходи до формування феноменології» (тези доповіді, 4th International Scientific and Practical Conference "Scientific Paradigm in the Context of Technologies and Society Development", Женева, Швейцарія, 2022), 230,

<https://archive.interconf.center/index.php/conference-proceeding/article/view/1929/1958>.

⁷ Михайло Баймуратов і Борис Кофман, «Мілітарний конституціоналізм: до питання про формування, розуміння і оформлення феноменології», Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України, № 3 (2022): 9.

конституціоналізму» – «мілітарного» конституціоналізму, проте, на жаль, не наводять складових елементів цього «нового» виду конституціоналізму.

Важко погодитися, що «звичайний конституціоналізм» не дає відповідей на питання функціонування держави і суспільства в умовах війни. Екстраординарні правові режими є невід'ємною частиною конституціоналізму, що регулюють суспільне життя з урахуванням рівня екстраординарності ситуації виключно на основі цінностей і принципів конституціоналізму. Під час екстраординарних ситуацій продовжують існувати та діяти принципи конституціоналізму. Проте є одна вагома особливість конституціоналізму в умовах екстраординарної ситуації – може змінюватися відносно значення таких принципів через переоцінку важливості відповідних суспільних цінностей та вимог захисту самого

конституціоналізму. Так, змінюються певні конкретні, але не засадничі, конституційні положення щодо організації та розподілу повноважень органів публічної влади, проте не їхня природа. Так само можуть обмежуватися права та свободи людини (змінюється спосіб, форма, механізми, час реалізації таких прав) з урахуванням переліку основоположних прав, які ні за яких обставин не можуть бути обмежені.

Олександр Водянніков стверджує, що «між конституціоналізмом і кризою існує чіткий і нерозривний зв'язок»⁸. Йдеться про те, що ідеї конституціоналізму і сучасні конституції ухвалювались або після Другої світової війни, або після сильних потрясінь у державі, які вимагали нового акта установчої влади з новими підходами до визначення системи стримувань і противаг,

⁸ Олександр Водянніков, «Конституціоналізм в екстремальних умовах: установча і встановлена влада в кризові періоди», Український часопис конституційного права, № 4 (2021): 10, <https://www.constjournal.com/wp->

[content/uploads/issues/2021-4/pdfs/2-oleksandr-vodiannikov-konstytutsionalizm-ekstremalnykh-umovakh-ustanovcha-vstanovlena-vlada-kryzovi-periody.pdf](https://www.constjournal.com/wp-content/uploads/issues/2021-4/pdfs/2-oleksandr-vodiannikov-konstytutsionalizm-ekstremalnykh-umovakh-ustanovcha-vstanovlena-vlada-kryzovi-periody.pdf).

закріплення та захисту прав і свобод людини.

Саме глибока суспільна криза свідчить, що попередня конституційна система себе вичерпала (або її й не існувало, якщо утворюється нова держава), а це означає необхідність установлення нової конституційної системи чи встановлення нової держави. Тому саме такий момент ухвалення нових конституцій є природнім, адже якщо кризи немає і держава існує у мирі, відсутня потреба перезасновувати державу. Хоча не кожна криза породжує таку потребу. Водночас запровадження екстраординарного стану є таким способом реакції на кризу – часткова зміна конституційного правопорядку без кардинальної зміни засад конституціоналізму.

Проте це аж ніяк не скасовує широкого переліку питань щодо співвідношення конституціоналізму і кризових періодів (економічного,

політичного, воєнного походження). Цікаво, що відповідь на це питання виходить за межі дослідження особливостей екстраординарних правових режимів надзвичайного та/або воєнного станів, обґрунтовуючи це тим, що, по-перше, «існування надзвичайних (екстремальних) умов – є питанням факту, а не права», по-друге, «цей інструмент, подекуди, є обмеженим щодо умов свого використання, не охоплюючи всі можливі екстремальні⁹ ситуації, що можуть виникнути в сучасній державі і, по-третє, «питання, як кваліфікувати надзвичайні режими – як частину правового ладу держави, чи як надзвичайний і тимчасовий правовий лад¹⁰, що встановлюється через зупинення звичайного правового ладу».¹¹

Думки про те, що між конституціоналізмом і екстраординарними ситуаціями існує безпосередній зв'язок, проявляється у

⁹ Термін «екстремальні» вживається автором цитованої статті у розумінні терміну «екстраординарні».

¹⁰ Термін «правовий лад» вживається автором цитованої статті у розумінні терміну «режим» або «правопорядок».

¹¹ Водяніков, «Конституціоналізм в екстремальних умовах», 11.

тому, що сучасні конституції регулюють такі правові режими в рамках «національного» конституціоналізму, себто конституційного права конкретної держави. Це означає, що держава не переходить у позаправовий режим функціонування з усіма можливими наслідками (скасування прав і свобод, встановлення недемократичного режиму) і не відбувається перезаснування держави через ухвалення нової конституції зі скасуванням конституції мирного часу. Як приклад, у Конституції Польщі розділ XI «Надзвичайні стани» регулює три окремі режими: воєнний стан, надзвичайний стан і стан стихійного лиха¹². Що важливо, метою усіх цих режимів є повернення до стану, який був до запровадження цих режимів. Основний Закон Федеративної Республіки Німеччина визнає два своєрідні підходи до екстраординарного правового

регулювання: стан оборони, коли здійснено напад, а також «внутрішні надзвичайні стани», до яких можемо віднести катастрофи, надзвичайні повноваження поліції та використання армії на території Німеччини¹³. У Франції ж на конституційному рівні визначено воєнний стан у статті 36 та особливі повноваження Президента у статті 16, коли існує загроза інституціям, незалежності нації чи територіальній цілісності¹⁴.

Так, *головна ідея конституціоналізму – влада зв'язана правом*. Як тільки влада в екстраординарних ситуаціях перестає бути зв'язана правом, йтиметься вже не про інший вид чи тип конституціоналізму, а про відсутність конституціоналізму, свавілля, коли задля порятунку конституційного правопорядку чи конституції влада діє не лише в порушення цього конституційного правопорядку чи конституції, а й свавільно нехтує

¹² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, z dnia 2 kwietnia 1997 r., <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/polski/kon1.htm>.

¹³ Basic Law for the Federal Republic of Germany, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/.

¹⁴ Constitution of October 4, 1958, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constiution_anglais_oct2009.pdf.

принципами конституціоналізму, зневажає загальноцивілізаційні основи верховенства права, демократії та прав людини.

Думка про те, що конституціоналізм під впливом різних екстраординарних обставин чи ситуацій змінюється у своїй суті та/або трансформується в інші форми, є дискусійною у контексті тлумачення конституціоналізму. За цією логікою, якщо ми визнаємо існування «звичайного» конституціоналізму і «воєнного» чи «мілітарного», чи будь-якого іншого «екстраординарного» конституціоналізму, у свою чергу, це означає одночасне паралельне існування відмінних один від одного конституційних правопорядків. Цей логічний ланцюжок можна продовжувати, але цього вже достатньо, аби підтвердити нашу тезу: *конституціоналізм залишається «тим самим», але екстраординарність зумовлює зміну*

акцентів чи відносного значення принципів конституціоналізму.

Підхід зміни відносного значення принципів конституціоналізму та їхньої практичної імплементації у діяльності держави можемо знайти у Девіда Дizenгауса з його нормативною концепцією, коли навіть у кризових обставинах правопорядок і принципи верховенства права продовжують виконувати свою нормативну функцію. Вони не «зникають» під тиском «безпекових викликів», а залишаються моральним і процедурним орієнтиром для оцінки рішень виконавчої гілки влади. Таким чином, держава не може виходити за межі права, навіть якщо йдеться про виживання, а однією зі складових правопорядку виступають критерії контролю за владою¹⁵. Такий підхід суголосний з ідеями про наявність ядра принципів конституціоналізму, які не зникають з появою екстраординарних ситуацій, а

¹⁵ David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 34–56.

продовжують слугувати ціннісно-світоглядними і практичними інструментами для обмеження влади, хоч і з урахуванням фатуму ситуації.

За «реалістичним» підходом, під час кризи саме виконавча влада через свою організаційну та адміністративну перевагу є головним актором захисту суспільства. На додачу, лунають аргументи, що суди, на відміну від виконавчої гілки влади, не здатні оперативно та ефективно реагувати на загрози. Судовий контроль, у таких умовах, або надмірно затримує реакцію на виклики та загрози екстраординарності, або перетворюється на символічний жест через реакції *post factum*¹⁶. Без сумніву, принцип поділу влади і баланс між повноваженнями виконавчої та інших гілок влади під час екстраординарних ситуацій зазнає трансформацій переважно на користь виконавчої гілки влади. Проте тут радше йдеться не про зміну природи таких повноважень, як говорилося й раніше, а про

«активацію» тих повноважень екстраординарного стану, які їй властиво належать для протидії загрозам.

До дискусій про (не)змінність принципів конституціоналізму в екстраординарних ситуаціях додаються голоси про важливість процедурних запобіжників задля збереження ядра принципів конституціоналізму. Зокрема, О. Грос та Ф. Аолайн визнають, що під час кризових ситуацій виконавча влада неминуче набуває розширеної дискреції, але наголошують на критичній важливості процедурних запобіжників – парламентський і громадський нагляд, публічне оголошення та обґрунтування запровадження обмежень, а також реальні та чіткі часові межі дії надзвичайних заходів¹⁷. Їхній підхід орієнтований не на абсолютний примат права чи безпеки, а на створення механізмів, які унеможливають перетворення

¹⁶ Eric A. Posner and Adrian Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 10–72.

¹⁷ Oren Gross and Fionnuala Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 95–146.

надзвичайного стану на «нову нормальність», з акцентом на тих процедурах і механізмах, які природньо можуть видозмінюватися в умовах кризи, що ніяк не означатиме нехтування принципами конституціоналізму.

Відтак, доходимо висновку: *аксіологічний підхід до пошуку взаєморозуміння між конституціоналізмом і екстраординарністю якраз і полягає в об'єктивній зміні акцентів або ж відносного значення принципів конституціоналізму під час існування*

екстраординарних ситуацій, але ніяк не у їхньому скасуванні чи свавільному нехтуванні. Унаслідок такої зміни конституційне та законодавче регулювання здатне забезпечити необхідну гнучкість під час реалізації повноважень органами влади як у мирний час, так і в час екстраординарності, а отже залишатися в загальних конституційних рамках визначеного обсягу повноважень і легальних обмежень прав і свобод людини на час, необхідний для протидії загрозам, що об'єктивно існують.

Конституціоналізм в умовах екстраординарних правових режимів: від воєнного стану до миру

Екстраординарні ситуації є «лакмусовим папірцем» для принципів конституціоналізму та конституційних систем. *Кожен принцип в умовах екстраординарних ситуацій проходить тест на «важливість»* (чи залежить зараз від нього щось, що допоможе пережити цю ситуацію та подолати її наслідки) та потребує розуміння способів його можливої

реалізації з урахуванням ситуації. Жодна конституційна система не обходиться без екстраординарних правових режимів, що є абсолютно логічним і правильним з огляду на потенційні екстраординарні ситуації. Такі екстраординарні правові режими в межах цінностей та принципів конституціоналізму мають визначати способи та механізми дій влади в

екстраординарних ситуаціях, проте аж ніяк не навпаки, коли влада не зв'язана ніякими імперативами і діє абсолютно на власний необмежений розсуд.

Для екстраординарних правових режимів не характерно мати за самоціль (кінцеву мету) зміну акцентів (відносного значення) принципів конституціоналізму; це необхідний засіб для досягнення ефективності у протидії викликам і загрозам, після подолання яких має відбутися усунення наслідків таких ситуацій та, наскільки можливо, повернення до стану «ординарності», який існував до виникнення екстраординарних ситуацій. Тож після подолання усіх наслідків екстраординарних ситуацій відновлюється звичайне (ординарне/мирне) значення ядра принципів конституціоналізму, відтоді суспільство і держава повертаються до

звичайного (ординарного/мирного) конституційного регулювання.

Незалежно від моделі правового регулювання екстраординарних правових режимів, усім їм властивий суголосний підхід до підвищення значення певних принципів конституціоналізму в умовах екстраординарних ситуацій. За стану «ординарності» принцип народовладдя є стрижневим¹⁸, проте, коли мова йде про екстраординарні ситуації, чи то терористичні загрози, чи збройну агресію, чи стихійні лиха, акцент зміщується до принципу безпеки та державності, що цілком узгоджується з ідеєю самозахисту конституціоналізму, прагненням захистити найвищі цінності – життя і здоров'я людини. Важливо, що по суті народовладдя нікуди не зникає; як зауважує Л. Генкін, «навіть у час надзвичайних ситуацій народ

¹⁸ [Принцип народовладдя] виступає стрижнем, на якому побудовано конституційні демократії сучасності, навіть якщо у тексті конституції прямо не згадується про нього. Звертаючись до доктрини лібералізму Джона Локка, можемо простежити витоки «народного суверенітету», а саме те, що «блага народу» є основною метою існування «держави»; верховна влада належить виключно

народові, який повноважний її змінювати чи навіть усувати. Жан-Жак Руссо, описуючи ідею народного суверенітету, говорив, що він є «невідчужуваний» і «неподільний», адже саме об'єднання людей (народ) і кожен індивід окремо є сувереном у державі. Відтак, вся влада, за Руссо, належить народові і походить від нього (його волі).

залишається сувереном»¹⁹. Збереження народовладдя полягає в неперервному (тривалому) функціонуванні режиму представницької демократії, коли владу здійснюють конституційні органи, сформовані внаслідок вираження волі народу, і відсутні не підпорядковані їм спеціальні (екстраординарні) органи, створені у спосіб, який не спирається на волю народу (Конституцію). Проте, наприклад, реалізувати свій суверенітет через вибори чи референдуми в умовах таких ситуацій народ, як правило, не може. У цьому і полягає суть балансування акцентів (відносного значення) принципів конституціоналізму у зв'язку із суспільним інтересом протидії загрозам.

З принципом поваги до прав людини відбувається інша ситуація, коли він тимчасово і частково зазнає впливу екстраординарності через

можливі обмеження прав і свобод людини залежно від рівня екстремуму екстраординарної ситуації. Але не через відступ від принципу поваги до прав людини, а через зміну пріоритетів у системі прав людини: на перше місце виходить завдання забезпечення дещо інших прав – на життя, безпеку і подібних, а не на свободу пересування, вираження поглядів чи на відпочинок. Верховенство права, у свою чергу, застосовується з урахуванням потреб екстраординарного правового регулювання ситуації, чим дозволяє певну гнучкість реалізації принципів-елементів у межах загальних правил з метою відвернення загроз. Особливу увагу зосереджено на принципі законності в умовах надзвичайного стану, де наголошується на повноті регулювання надзвичайного стану²⁰, захисті від зловживання владою, домірності (пропорційності) запроваджених надзвичайних заходів та наявності парламентського і

¹⁹ Henkin, "New Birth of Constitutionalism," 535.

²⁰ Очевидно, що під цим поняттям варто розуміти і сам надзвичайний стан, і воєнний стан, і, можливо, інші екстраординарні правові режими.

судового контролю за умовами запровадження надзвичайного стану²¹. Відтак, мова йде не про заперечення ядра принципів, а про врахування умов екстраординарних ситуацій.

Принцип незалежного і постійно діючого суду зберігається незмінним через суть здійснення правосуддя – пошук справедливості і захист від свавілля, він ніяк не може бути обмежений і є одним з ключових принципів конституціоналізму. Україна яскраво ілюструє ситуацію, коли навіть в умовах повномасштабної збройної агресії проти держави судова система здатна продовжувати здійснювати правосуддя безперервно, без створення спеціальних (військових) трибуналів, тобто без будь-яких сутнісних змін самого принципу. Властиво, відбулися зміни у роботі тих судів, які опинилися на тимчасово окупованій території чи на території активних бойових дій – їхні справи були передані у територіально найближчі суди або суди були

передислоковані у більш безпечне місце.

Описану трансформацію акцентів (відносного значення) принципів конституціоналізму ми можемо бачити в Україні після початку повномасштабної збройної агресії та запровадження правового режиму воєнного стану. У цьому і полягає унікальність української ситуації: навіть в умовах війни вона залишається ліберальною конституційною демократією, що функціонує за принципами конституціоналізму, які, хоча й зазнали певних змін, проте не були скасовані й продовжують діяти. Водночас виникають теоретичні і практичні питання способів і шляхів повернення до звичайного (ординарного/мирного) конституційного регулювання після припинення чи скасування воєнного стану. До таких питань можемо віднести, зокрема відновлення звичайних (ординарних/мирних) акцентів (відносного значення)

²¹ В. М. Венгер та ін., Мірило верховенства права (правовладдя) національного рівня: практика України (Київ, 2021), 46–47.

принципів конституціоналізму та правове регулювання під час нормалізації обстановки у державі, а саме:

- питання, пов'язані з демографічними зрушеннями, які відбулися внаслідок воєнних дій (велика кількість внутрішньо переміщених осіб та осіб, які виїхали за межі України),
- руйнування та пошкодженням інфраструктури (житла, підприємств, комунікацій, забруднення територій вибухонебезпечними предметами),
- зміна суспільного життя і структури громадянського суспільства й соціальних відносин,
- відновлення функціонування органів державної влади та місцевого самоврядування на тих територіях, де діяльність таких органів була зупинена.

Відповіддю на описані вище виклики може стати спеціальний правовий режим перехідного періоду. Продовження дії правового режиму воєнного стану видається неприродним для українського конституційного контексту за відсутності ознак, визначених у Законі, зокрема «збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності»²², що тягне за собою найжорсткіші з обмежень та глибокі зміни повноважень органів влади, що обумовлено специфікою реагування, зокрема у виконавчої гілки влади «активуються» повноваження екстраординарного стану. На противагу, звернемося до визначених Законом України «Про правовий режим надзвичайного стану» цілей запровадження правового режиму надзвичайного стану: «усунення загрози та якнайшвидша ... нормалізація обстановки, відновлення правопорядку при спробах захоплення

²² Закон України «Про правовий режим воєнного стану», 12 травня 2015 року, № 389-VIII, ст. 1, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text>.

державної влади чи зміни конституційного ладу шляхом насильства, для відновлення конституційних прав і свобод громадян, а також прав і законних інтересів юридичних осіб, створення умов для нормального функціонування органів державної влади та органів місцевого самоврядування, інших інститутів громадянського суспільства»²³. Таке нормативне визначення показує, що *обставини і завдання перехідного періоду цілком охоплюються загальним формулюванням підстав запровадження і завдань надзвичайного стану* – подолання наслідків війни після скасування чи припинення дії правового режиму воєнного стану.

Отож, ідея спеціального правового режиму перехідного періоду, відмінного як від режиму воєнного стану, так і режиму мирного часу (як часткового випадку режиму надзвичайного стану) полягає у

відновленні тих акцентів (відносного значення) ядра принципів конституціоналізму, якими вони були до запровадження правового режиму воєнного стану в Україні, тобто, поступовий відхід від ситуації, за якої найбільший акцент (відносне значення) зосереджений довкола принципу суспільної безпеки, стабільності та державності, на противагу народовладдю, верховенству права та правам людини.

Суть проблеми полягає у тому, щоб таке врівноваження акцентів (відносного значення) зазначених принципів відбулося так, аби не створити нових загроз для суспільства, а влада залишалась в світоглядних та правових рамках конституціоналізму і його принципів. Тому головне завдання правового режиму перехідного періоду – забезпечити усунення наслідків війни, які не дозволяють відразу перейти до «звичайного» (ординарного/мирного)

²³ Закон України «Про правовий режим надзвичайного стану», 16 березня 2000 року, № 1550-III, ст. 2, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1550-14#Text>.

конституційного регулювання, поступове й ефективно усунення і подолання цих наслідків.

Висновки

Конституціоналізм доцільно розглядати не як статичну конструкцію, а як динамічну, живу систему цінностей, принципів, інститутів і процедур, здатну адаптуватися до змін у реальності та залишатися необхідним світоглядним та правовим камертоном у різних історичних, політичних та правових умовах. Його ключові принципи – це базові принципи конституційної ліберальної демократії: народовладдя, верховенство права, права людини, незалежний і постійно діючий суд, суспільна безпека та стабільність, державність. У своїй основі вони виражають сутність гідного співжиття вільних людей у межах суверенної держави.

Головна ідея конституціоналізму полягає у зв'язаності влади правом. Втрата цього зв'язку, навіть під приводом екстраординарності,

перетворює будь-яку модель правління на свавілля. В умовах екстраординарних ситуацій конституціоналізм не втрачає своєї сутності (не виникають інші (відмінні) види чи типи конституціоналізму), однак певні обумовлені зміни все ж існують: відбувається тимчасова зміна акцентів (відносного значення) ключових принципів. У таких умовах першочерговості набувають суспільна безпека, стабільність та державність, що часто передбачає певні обмеження прав людини та застосування верховенства права з урахуванням умов екстраординарних ситуацій. Кожен принцип при цьому проходить своєрідну перевірку на «важливість» у кризовій ситуації.

Важливо, що після подолання наслідків екстраординарної ситуації, має відбутися відновлення тих акцентів (відносного значення)

ключових принципів конституціоналізму, які існували до запровадження екстраординарного правового режиму (надзвичайного або воєнного стану). У цьому контексті правовий режим перехідного періоду набуває особливого значення: він має забезпечити поступове повернення до звичного конституційного порядку, відновлення балансу між суспільною безпекою та стабільністю, державністю, народовладдям, верховенством права та правами людини. Його головне завдання – усунути наслідки війни, які

унеможливають негайний перехід до «звичайного» (ординарного/мирного) конституційного регулювання. За правовою природою його слід розглядати як частковий випадок правового режиму надзвичайного стану.

Отже, конституціоналізм зберігає власну ідентичність навіть у кризових умовах, але його життєздатність полягає у гнучкій та ефективній реакції на виклики, без втрати засадничого орієнтира: *влада має бути підпорядкована праву навіть в умовах екстраординарної ситуації.*

Список використаних джерел

- Баймуратов, Михайло, і Борис Кофман. «Мілітарний конституціоналізм: доктринальні та праксеологічні підходи до формування феноменології». У *Scientific Paradigm in the Context of Technologies and Society Development*, 230. Женева, 2022. <https://archive.interconf.center/index.php/conference-proceeding/article/view/1929/1958>.
- Баймуратов, Михайло, і Борис Кофман. «Мілітарний конституціоналізм: до питання про формування, розуміння і оформлення феноменології». *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*, № 3 (2022): 9–15.
- Бориславська, Олена. *Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз*. Харків: Право, 2018.

- Венгер, В., С. Головатий, А. Заєць, Є. Зверев, М. Козюбра, Ю. Матвеева, та О. Цельєв. Мірило верховенства права (правовладдя) національного рівня: практика України. Київ, 2021.
- Водянніков, Олександр. «Конституціоналізм в екстремальних умовах: установча і встановлена влада в кризові періоди». Український часопис конституційного права, № 4 (2021): 3–21. <https://www.constjournal.com/wp-content/uploads/issues/2021-4/pdfs/2-oleksandr-vodiannikov-konstytutsionalizm-ekstremalnykh-umovakh-ustanovcha-vstanovlena-vlada-kryzovi-periody.pdf>.
- Козюбра, М. І., Ю. Г. Барабаш, О. М. Бориславська, В. М. Венгер, О. М. Лисенко, та А. А. Мелешевич. Конституційне право: підручник. Київ: ВАІТЕ, 2021.
- Закон України «Про правовий режим воєнного стану» від 12 травня 2015 року № 389-VIII. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text>.
- Закон України «Про правовий режим надзвичайного стану» від 16 березня 2000 року № 1550-III. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1550-14#Text>.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/polski/kon1.htm>.
- Basic Law for the Federal Republic of Germany. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/.
- Constitution of October 4, 1958. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constiution_anglais_oct2009.pdf.
- Dyzenhaus, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Gross, Oren, and Fionnuala Ní Aoláin. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Henkin, Louis. "New Birth of Constitutionalism: Genetic Influence and Genetic Defects." *Cardozo Law Review* 14 (1993): 533–562.

Posner, Eric A., and Adrian Vermeule. *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Bibliography

Baimuratov, Mykhailo, and Borys Kofman. "Military constitutionalism: doctrinal and praxeological approaches to phenomenology formation." In *Scientific Paradigm in the Context of Technologies and Society Development*, 230. Geneva, 2022.

<https://archive.interconf.center/index.php/conference-proceeding/article/view/1929/1958>.

Baimuratov, Mykhailo, and Borys Kofman. "Military constitutionalism: on the question of formation, understanding, and formalization of phenomenology." *Naukovi zapysky Instytutu zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy [Scientific Papers of the Legislation Institute of the Verkhovna Rada of Ukraine]*, no. 3 (2022): 9–15.

Basic Law for the Federal Republic of Germany. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/.

Boryslavska, Olena. *Yevropeiska model konstytutsionalizmu: systemno-aksiolohichniy analiz [The European Model of Constitutionalism: Systemic-Axiological Analysis]*. Kharkiv: Pravo, 2018.

Constitution of October 4, 1958. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constiution_anglais_oct2009.pdf.

Dyzenhaus, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

- Gross, Oren, and Fionnuala Ní Aoláin. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Henkin, Louis. "New Birth of Constitutionalism: Genetic Influence and Genetic Defects." *Cardozo Law Review* 14 (1993): 533–562.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. [Constitution of the Republic of Poland of April 2, 1997]. <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/polski/kon1.htm>.
- Koziubra, M. I., Yu. H. Barabash, O. M. Boryslavska, V. M. Venher, O. M. Lysenko, and A. A. Meleshevych. *Konstytutsiine pravo: pidruchnyk* [Constitutional Law: Textbook]. Kyiv: VAITE, 2021.
- Posner, Eric A., and Adrian Vermeule. *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Venher, V., S. Holovaty, A. Zaiets, Ye. Zvieriev, M. Koziubra, Yu. Matvieieva, and O. Tseliev. *Mirylo verkhovenstva prava (pravovladdia) natsionalnoho rivnia: praktyka Ukrainy* [Rule of Law Checklist at National Level: Case of Ukraine]. Kyiv, 2021.
- Vodiannikov, Oleksandr. "Konstytutsionalizm v ekstremalnykh umovakh: ustanovcha i vstanovlena vlada v kryzovi periony" [Constitutionalism in Extreme Conditions: Constituent and Constituted Power in Crisis Periods]. *Ukrainskyi chasopys konstytutsiinoho prava* [Ukrainian Journal of Constitutional Law], no. 4 (2021): 3–21. <https://www.constjournal.com/wp-content/uploads/issues/2021-4/pdfs/2-oleksandr-vodiannikov-konstytutsionalizm-ekstremalnykh-umovakh-ustanovcha-vstanovlena-vlada-kryzovi-periony.pdf>.
- Zakon Ukrainy "Pro pravovyi rezhym nadzvychainoho stanu" [Law of Ukraine "On the Legal Regime of State of Emergency"]. March 16, 2000, No. 1550-III. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1550-14#Text>.
- Zakon Ukrainy "Pro pravovyi rezhym voiennoho stanu" [Law of Ukraine "On the Legal Regime of Martial Law"]. May 12, 2015, No. 389-VIII. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text>.

