

ПРАВО З (НЕ)ПРАВА: МІФОЛОГІЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕВОЛЮЦІЇ

Установча влада як конституційна міфологема

Прагнення зберегти наступність у конституційному розвитку держави та водночас здійснити докорінні зміни у правопорядку неминує породжувати суперечності між легальністю й легітимністю. Найбільш виразно це проявляється під час революцій – політичних та юридичних².

Конституційний процес в Україні, який протягом останніх років має здебільшого характер екстраординарного, потребує свого теоретичного осмислення. Достатньо вказати на проблему оцінки правового значення конституційних актів 2004, 2010 і 2014 рр., якими оформлювались переходи від президентсько-парламентської до парламентсько-президентської республіки і навпаки. На існування цієї проблеми вказує, зокрема, низка метафор та евфемізмів («містичний», «дивний», «таємничий», «незбагнений», «незвичайний» тощо), за допомогою яких у сучасному українському правознавстві деколи позначаються державно-правові перетворення, які оформлювались цими актами.

Низка філософських і теоретичних аспектів згаданих конституційних трансформацій ставала предметом уваги українських конституціоналістів, філософів і теоретиків права (О. Бориславська, О. Водянніков, В. Колісник, М. Мельник, О. Мережко, О. Мироненко, В. Мусіяка, С. Погребняк, В. Речицький, С. Різник, М. Савчин, І. Тимченко, О. Уварова, О. Ющик та ін.)³. Науковцями розглядалися

¹ Сергій Петрович Рабінович, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри конституційного права, Львівський національний університет імені Івана Франка.

Sergiy Rabinovych, Doctor of Legal Sciences, Professor, Professor at the Department of Constitutional Law, Ivan Franko National University of Lviv.

e-mail: serg_rabin@yahoo.com

² Про феномен юридичної революції докладніше буде йти мова далі.

³ Олена Бориславська, «Верховенство конституції чи верховенство права: деякі питання відновлення дії окремих положень Конституції України», *Вісник Конституційного Суду України* 6 (2015): 48–57; Олександр Водянніков, «Конституція і революція: анатомія установчої влади», у *Конституційний полілог. 20 років Конституції України: суспільство і влада в конституційному процесі: збірка тез міжнар. наук.-практ. конф. (Київ: ВАІТЕ, 2016)*, 15–69; Віктор Колісник, «Відновлення дії Конституції України та зміна форми правління як засіб поновлення конституційного ладу», *Вісник Конституційного Суду України* 4 (2015): 103–9; Микола Мельник, «Конституційна афера», *Дзеркало тижня*, Лютий 14, 2014; Олександр Мережко, «Природне право і помаранчева революція», <http://www.grom-bezpeka.at.ua/publ/4-1-0-69#.V5cbRdKLSUk>; Олександр Мироненко, *Конституційний Суд України: історія і сучасність*,

матеріально-правові, процедурні й соціально-політичні аспекти конституційного процесу в Україні, піддавались оцінкам конституційності, чинності і легітимності актів, якими оформлювались зміни Основного Закону. Для цього наводились різноманітні аргументи – юридичні, політичні й соціологічні.

Не можна не зауважити, що власне теоретико-методологічні основи таких оцінок переважно залишаються недостатньо проясненими. З огляду на це міркування й доводи, що наводяться окремими авторами навіть у рамках однієї публікації, іноді можуть ґрунтуватись на різних типах правової аргументації й тому нерідко виявляються непорівнянними з позиціями їх опонентів. У деяких випадках має місце підміна правових оцінок політичними або ж, навпаки, абстрагування від політичної реальності на користь «чистоти» юридичної догматики.

Процес зміни конституції нерідко описується за допомогою терміно-понять, значення яких належать до відмінних смислових рядів – формально-юридичного, соціологічного чи аксіологічного, які можуть належним чином не розрізнятись. Така гносеологічна ситуація зумовлює виникнення питання про те, чи може правопорядок бути встановлено на підставі неправових актів (дій, документів), й якщо так, то чим він, власне, відрізняється від неправового, хоча й ефективного та стабільного, політичного порядку?

Обговорення цього цілком слушного запитання у зв'язку з процесом зміни конституції як правової основи державного ладу потребує опертя на філософсько-правові й загальнотеоретичні розробки провідних напрямів праворозуміння. Необхідність урахування таких розробок зумовлюють насамперед розбіжності між тим, що визнається «правом», а що – «неправом» в окремих школах праворозуміння. Означені відмінності подекуди настільки суттєві, що уможливають використання обох щойно наведених термінів формально протилежного змісту на позначення одних і тих самих соціально-політичних явищ.

доктрина і практика (Київ: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 2011); Сергій Вдовіченко, Володимир Кампо, Вячеслав Овчаренко та ін. *Контроль за дотриманням належної конституційної процедури* (Київ: Алерта, 2011); Віктор Мусіяка, "Будь-яка влада є результат узурпації?" *Дзеркало тижня*, 2010; Станислав Погребняк, Елена Уварова, "Сопrotивление угнетению. Восстание. Революция (теоретико-правовой анализ в свете доктрины прав человека)," *Право і громадянське суспільство* 2(3) (2013), <http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/2-3-2013/item/102-soprotivlenie-ugneteniyu-vostranie-revoluytsiya-teoretiko-pravovoj-analiz-v-svete-doktriny-prav-cheloveka-pogrebnyak-s-p-uvanova-e-a>; Всеволод Речицький, *Конституційне АБВ* (Харків: Права людини, 2016), 227–42, 308–31; Сергій Різник, "Про нез'ясоване питання конституційності актів парламенту, прийнятих в умовах Революції Гідності," *Вісник Конституційного Суду України* 6 (2015): 58–66; Михайло Савчин, "Конституційний Суд України та реалізація Конституції України," *Публічне право* 1 (2015): 9–17; Іван Тимченко, "Конституційна реформа? Конституційна криза? Конституційний переворот?" *Народ і влада в Україні* 1 (2008): 14–9; Олексій Ющик, "Без легітимної Конституції не може бути легітимної влади" *Дзеркало тижня*, Жовтень 3, 2014.

Оскільки особливості природно-правової аргументації нами розглядалися в іншому місці⁴, пропонується стаття має на меті виявити деякі особливості соціологічно-орієнтованих теоретичних моделей легітимації змін конституції⁵ – моделей, які використовуються в різні часи в різних державах світу, зокрема й в Україні.

Ідеться, зокрема, про легітимацію того політико-правового феномену, що його Ганс Кельзен назвав «революцією в ширшому розумінні слова», відтак, започаткувавши суто юридичне розуміння революції:

Революція в ширшому розумінні слова, яке охоплює і державний переворот, є всякою нелегітимною, себто такою, що не відповідає положенням конституції, зміною цієї ж конституції або ж її заміною іншим основним законом. З юридичної точки зору байдуже, чи відбулась ця зміна правової ситуації шляхом спрямованого проти законного уряду застосування сили чи членами цього самого уряду; рухом мас чи групою індивідів. Вирішальним є, що чинна конституція у певний спосіб змінюється або ж цілковито замінюється деяким чином, не передбаченим попередньою конституцією⁶.

Здійснювана заднім числом аргументація правомірності таких змін неможлива без звернення до ідеалістичних політичних уявлень і відповідних термінологічних конструцій, які за своїм смислом анігілюють чи приховують деякі із сутнісних аспектів позначуваних ними явищ (до них належать, зокрема, порушення процедурних чи матеріальних приписів конституції). Відтак, по суті легітимація кельзенівської юридичної (або ж, радше, конституційної)⁷ революції неминуче постає не чим іншим, як політичною міфотворчістю. Саме така міфотворчість несвідомо чи свідомо часто-густо здійснюється політологами і правознавцями, які оперують новочасним поняттям *pouvoir constituant*, «установчої влади».

Дати науковий опис щойно згаданого політико-правового процесу дозволяють соціологічно-орієнтовані дослідницькі підходи. З урахуванням цього відзначимо, що збереження інтересу до соціології права, зокрема конституційного, у зарубіжній

⁴ Сергій Рабінович, *Юснатуралізм у філософії права* (Київ: Право України; Харків: Право, 2013).

⁵ Wolf-Phillips, Leslie. "Constitutional legitimacy: A study of the doctrine of necessity." *Third World Quarterly* 4 (Vol. 1, 1979): 97–133; Fallon, Richard H. "Legitimacy and the Constitution." *Harvard Law Review* 6 (Vol. 118, 2005): 1787–1853. <http://www.jstor.org/stable/4093285>.

⁶ Ганс Кельзен, *Чисте правознавство: З додатком: Проблема справедливості*. Переклад О. Мокровольського (Київ: Юніверс, 2004), 232–3.

Нам уже доводилося обґрунтовувати висновок про те, що саме такі «юридичні революції» мали місце в нашій державі при внесенні змін до Основного Закону в 2004, 2010 і 2014 рр. (див.: Сергій Рабінович, "Конституційні революції в Україні з перспективи «Чистого правознавства» Ганса Кельзена," *Юридичний вісник* 2 (2016): 184–90; див. також: Всеволод Речицький, "Юридичний коментар до поточних конституційних трансформацій в Україні," *Права людини в Україні*, 1–14 квітня 2014).

⁷ Андрей Медушевский. *Сравнительное конституционное право и политические институты: курс лекций* (Москва: Ун-т Высш. Шк. Экономики, 2002), С. 222; Gary J. Jacobsohn, "Theorizing the Constitutional Revolution," *Journal of Law and Courts* vol. 2, no. 1 (2014): 1–32. <http://www.jstor.org/stable/10.1086/674453>.

науковій літературі та певне зростання такого інтересу в українській юриспруденції⁸ загалом видається явищем закономірним.

Установлення практичної значущості пояснювальних теоретичних моделей легітимації конституційних перетворень уможливає демонстрацію інструментального значення конституційного праворозуміння й сприяє деміфологізації усталених поняттєвих конструкцій, насамперед поняття установчої влади (*pouvoir constituant*).

Зазвичай поза увагою конституціоналістів залишається та обставина, що це поняття наділене двома суттєво відмінними, хоча й взаємопов'язаними смислами. Перший із них є ціннісно-нормативним, тоді як другий – функціональним і описовим⁹. Перший смисл втілює розуміння установчої влади як «влади народу»¹⁰. Другий же смисл відображає розуміння установчої влади як функції з розробки й прийняття конституції (так звана первинна установча влада) та з подальшої зміни основного закону (похідна, вторинна, або ж інституційна установча влада). Перший смисл, на противагу другому, є, за Г. Хартом, «аскриптивним» смислом, який приписується певним матеріальним діям.

Первинна установча влада за визначенням є необмеженою – щонайменше у формально-процедурному аспекті. В аспекті матеріальному ж нерідко вважається, що вона пов'язана вимогами надпозитивного, «природного» права.

Складність роз'єднання обох згаданих вище конотацій поняття первинної установчої влади зумовлює її розуміння як такої, що «виникає і існує у співвідношенні між конституційною уявою (конституційним міфом про заснування) та діяльністю органів установленої влади. Установча влада тому не може бути дорівняна до влади певної спільноти, навіть численної, – такий підхід низводить установчу владу до питання факту. Поняття установчої влади зв'язує символічне і реальне у конституційному дискурсі»¹¹ (курсив наш. – С. Р.). Невловимий характер такого співвідношення і зв'язку може призводити до висновку, що

сьогодні, як і багато століть тому, [поняття установчої влади] все ще покрито вуаллю *les mystères de l'Etat* [містерій держави – франц.], непізнаних і незбагнених, як і таємниці теології. А саме дослідження такої влади... веде у глибини соціальної психології

⁸ Chris Thornhill. "The Sociology of Constitutions." *Annual Review of Law and Social Science* Vol. 13 (2017): 493–513. В'ячеслав Джуно, *Соціологія конституційного права* (Київ: Вид. дім ІнЮре, 2018). Кн. 2. Соціокультурні підстави європейського конституціоналізму; Сергій Рабінович, "Протестантська етика і дух конституціоналізму," *Український часопис конституційного права* 4 (2018): 141–4.

⁹ Обидва смисли неявно присутні і в твердженні Антоніо Негрі, згідно з яким «установча влада є суб'єктом. Цей суб'єкт, ця колективна суб'єктність викручується з будь-яких умов та суперечностей, якими час від часу їхня установча сила обмежується за специфічних кон'юктур політичної та конституційної історії». Цит. за: Водяніков, "Конституція і революція," 29.

¹⁰ Уявлення про «народ» є важливою складовою міфології конституційної революції.

¹¹ Цит. за: Водяніков, "Конституція і революція," 52.

і антропології. Ані політичні науки, ані юридичні безсилі дати пояснення цьому явищу через свій науковий інструментарій...¹²

На наш погляд, остання теза допускає одне уточнення: безсилля юридичної догматики виявляється у світлі правознавства соціолого-позитивістської спрямованості та інших дескриптивних дисциплін.

Очищення конституційного слововжитку від містичного флеру дозволяє констатувати, що ціннісно-оцінювальне судження про те чи інше політичне рішення як про «акт первинної установчої влади» можливе лише як оцінка *постфактум*. Така оцінка уможливлена, так би мовити, не стільки перемогою верховенства права (що завжди є небезспірним), скільки верховенством права переможців – верховенством, яке утвердилось як соціально-політичний факт. Така кваліфікація того чи іншого формально- (процедурно- чи компетенційно-) неконституційного акта як «установчого» дозволяє вивести акт за межі правопорядку і, відтак, усунути можливість його формально-юридичної оцінки. Що ж до контролю за відповідністю здійснення первинної установчої влади тим чи іншим ціннісно-нормативним, «матеріальним» чинникам, то аби бути дієвим, такий контроль може здійснюватися тільки новою установчою владою або ж органами, конститутованими нею. Зі зрозумілих причин це завжди залишатиме сумніви в об'єктивності такого контролю і, щонайменше, в його незалежності. З огляду ж на неможливість забезпечення незалежного інституційного контролю за здійсненням установчої влади її пов'язаність вимогами природного права залишається суто у сфері трансцендентальній і метафізичній.

В описовому плані основні підходи до інтерпретації установчої влади видається можливим розрізнити відповідно до трьох типів розуміння права: легістського, соціологічного і ціннісно-метафізичного.

В одному з ґрунтовних вітчизняних досліджень установчої влади останню визначено із соціологічних позицій як

відношення панування-підкорення, через яке політично домінуючий суспільний суб'єкт як суверен запроваджує (установлює) на території держави або її частині певні публічно-владні інститути та основні форми їхнього функціонування (установлює фактичну конституцію), а також забезпечує їх легітимацію, узаконюючи суспільний порядок, в якому він заінтересований, шляхом ухвалення або зміни юридичних актів (юридичної конституції), що виступають як організаційні та конституційно-правові передумови функціонування публічної влади¹³.

Якщо з погляду свого змісту установча влада виступає владою, яка встановлює фактичну конституцію, то з погляду форми ця влада полягає в «узаконенні», «наданні загальнообов'язкової сили» певної системи організації і здійснення політичної влади, послуговуючись для цього, зауважимо, не тільки правовими,

¹² Цит. за: Водяніков, «Конституція і революція», 69.

¹³ Максакова, *Конституційно-правові проблеми*, 113–4.

а й *позаправовими* (насамперед на початковій стадії свого становлення) засобами (курсив наш. – С. Р.).

Не заперечуючи значущості нормативного (як юридико-догматичного, так і природно-правового) виміру конституційно-правових феноменів і визнаючи їхню безумовну легітимацийну цінність, укажемо на одну перевагу, яку дає емпірично-описове трактування установчої влади: на противагу нормативним критеріям визнання деякої фактичної соціальної влади як «влади народу» чи «установчої влади», соціологічний підхід створює передумови для наукового відображення найбільш складних і неоднозначних аспектів розвитку того політико-правового феномену, який згодом, у результаті здійснення радикальних суспільно-політичних змін, заднім числом позначається як «установча влада». Оскільки *de facto* правова форма далеко не завжди є передумовою здійснення установчої влади, саме емпірико-соціологічний підхід дозволяє прослідкувати процес трансформації фактичної конституції в конституцію юридичну, перетворення політичних рішень, які з юридико-догматичних позицій вважаються актами «неправа», в акти, які згодом, з позицій інших типів праворозуміння, оцінюються вже як «правові».

Отже, в аналітичному сенсі слід розрізняти функціональний та ціннісно-нормативний аспекти установчих актів. У межах одного й того самого правопорядку єдність обох аспектів припускається стосовно будь-яких установчих актів, у тому числі тих, які прийняті з формальними та/або матеріальними порушеннями конституції. Однак зміна правопорядку дозволяє роз'єднати обидва аспекти, а іноді навіть поставити питання про відповідальність посадових осіб за участь в ухваленні установчого акта.

«Похідний» характер здійснюваної суб'єктом владних повноважень установчої влади виявляється вдаваням у разі виходу за встановлені межі конституційних повноважень при прийнятті акта. У цьому випадку орган державної влади *де-факто* здійснює власне первинну, а не похідну установчу владу.

Якщо при зміні конституції установчу функцію виконує акт, прийнятий із порушенням конституції, це неминуче зумовлює релятивність правового значення такого квазіустановчого акта. З позицій наявних у конституції, чинної на момент прийняття акта, компетенційних обмежень («букви конституції») участь в ухваленні акта може розглядатись як особливий тип конституційного або іншого галузевого правопорушення. Звернення до «духу» чинної конституції може стати підставою для кваліфікації таких дій як зловживання правом чи владними повноваженнями. На противагу цьому, з погляду «духу» конституції, чинності якої, як вважається, «відновлюється» внаслідок ухвалення рішення органом конституційної юрисдикції, прийняття такого акта може інтерпретуватись як відновлення стану «верховенства права» або ж як дія згаданого принципу. В останньому випадку, на відміну від попереднього, роль морально-політичних чинників у правовому оцінюванні рішень і дій суб'єкта владних повноважень є значно більшою.

У межах одного й того самого конституційного правопорядку єдність функціонального і ціннісно-нормативного аспектів установчих актів припускається стосовно будь-яких із них, у тому числі прийнятих із формальними та/або матеріальними порушеннями конституції. Зміна же правопорядку дозволяє роз'єднати обидва аспекти й оцінити акт функціонально-установчої влади з позицій догматики попереднього або наступного правопорядку вже як *квазіустановчий*. З іншого боку, за відсутності спеціального юридичного врегулювання цього питання емпірично-орієнтоване соціолого-позитивістське праворозуміння, яке виводить юридично повинне із сущого, дозволяє залишити в силі всі акти органів публічної влади, ухвалені «на виконання» квазіустановчого акта як юридично дефектного на момент його ухвалення. Установчі і квазіустановчі акти органів публічної влади як акти зміни конституції займають особливе місце в системі актів органів державної влади, виступаючи юридичною формою політичних трансформацій у суспільстві і державі.

Дійсність і дієвість конституції

З методологічного погляду становить інтерес розв'язання загадки таємничої метаморфози «неправа» в «право» у кельзенівській нормативістській концепції, у важливих пунктах якої використовуються соціологічні засади¹⁴.

Принцип, згідно з яким «право не може визначити власні межі», виражає проблему граничної підстави права як логіко-юридичну проблему *regressus in infinitum* – нескінченного регресу юридичних санкцій. Для її подолання австрійський правознавець постулює поняття «основної норми» (*die Grundnorm*)¹⁵, яка перебуває поза конституцією і «логічною необхідна для об'єктивної дійсності (чинності) позитивних правових норм»¹⁶.

¹⁴ Михаїл Антонов, «Соціологія права і чиста теорія права: складний взаємозв'язок», *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2012): 250–6.

¹⁵ Сучасний предстваник юридичного позитивізму Євгеній Булигін пропонує вирішення проблеми *regressus in infinitum*, принципово подібне до кельзенівського (Євгеній Бульгін, «Динаміка права», в *Матер. междунар. симпоз. «Нормы и нормативные системы в философии, праве и информатике»* (Санкт-Петербург, Сентябрь 9–10, 2011)). Аргентинський правознавець називає критерієм належності норми до нормативної системи створення норми компетентним органом, водночас наголошуючи на недостатності і незадовільності такого критерію. Це пов'язано з проблемою «логічного кола»: визначення належності норми до нормативної системи за допомогою поняття компетенції та визначення компетенції через належність норми, яка її встановлює. На думку Булигіна, вихід із такого «кола» полягає в тому, щоб припустити існування основних норм, тобто норм, які належать до системи, не будучи виданими компетентним органом. При цьому серед основних норм повинні бути також норми про компетенцію, які уповноважують певні органи на створення нових норм. Правознавець підкреслює, що такі основні норми повинні бути в кожному правопорядку (див.: Елена Тимошина, «Право без суверена: проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в.», *Право и государство* 4 (2015): 89).

¹⁶ Ганс Кельзен, *Чистое учение о праве*, 2-е изд., пер. М. Антонова и С. Лёзова (Санкт-Петербург: ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2015), 254–5.

Водночас Кельзен визнає, що окрема норма і правопорядок у цілому для визнання своєї дійсності вимагають не тільки логічної підстави, а й необхідної соціальної умови – мінімальної дієвості й ефективності. «Норми правового порядку бувають дійсними тому, що основна норма, котра становить основне правило їх створення, *припускається як дійсна*, а не тому, що вони є дієвими; однак вони є дійсними тільки тоді, *себто поки цей правовий порядок є дієвим*» (курсив наш. – С. Р.)¹⁷. Так, за Кельзенем, коли конституція перестає бути дієвою, вона автоматично втрачає свою дійсність.

Відсутність нормативно встановленого механізму спростування презумпції конституційності актів ієрархічно найвищих органів державної влади логічно призводить до неспростовності цієї презумпції. Слід, однак, застерегти (і таке застереження, вочевидь, перебуватиме у цілковитій відповідності з кельзенівською доктриною), що сказане стосується юридичної кваліфікації рішень (дій) органів державної влади, вчинених ними саме в межах *встановленого* конституцією правопорядку. Як сфера дії презумпції конституційності, так і можливості її спростування обмежені рамками *встановленого* правопорядку. Будучи невід'ємним елементом існуючого правопорядку, презумпція конституційності поширюється на акти органів державної влади, видані в його ж таки нормативних, конституційно-смыслових межах. Відповідно, навряд чи може йтися про дію згаданої презумпції стосовно актів, якими конституція змінюється з тими чи іншими порушеннями правил зміни попередньої конституції. При цьому йдеться про випадки, коли функції установчої влади реалізуються органами державної влади, конституцією на це спеціально не уповноваженими, або ж про ситуації, коли ці функції здійснюються у спосіб, конституцією не передбачений. Згідно з «чистим правознавством», у таких випадках відбувається заміна однієї основної норми на іншу.

Фундатор нормативізму наголошував, що

слід відрізнити суб'єктивний зміст [юридичного акта] від об'єктивного. «Повинність» є суб'єктивним змістом будь-якого людського акту волі, інтенціонально спрямованого на поведінку іншого. Але не кожен такий акт має цей зміст також і об'єктивно. І тільки тоді, коли він також і об'єктивно має зміст повинності, цю повинність називають «нормою». Те, що «повинність» є також і об'єктивним змістом акта, проявляється в тому, що поведінка, на яку акт інтенціонально спрямований, сприймається як повинна *не тільки з точки зору того, хто здійснює цей акт, але і з точки зору третьої, незацікавленої особи*. Ба навіть більше: навіть якщо воля, суб'єктивним змістом якої є повинність, фактично перестає існувати, а зміст (тобто повинність) не зникає разом з нею; якщо повинність залишається «дійсною» (“*gilt*”) і після зникнення волі, якщо вона дійсна навіть тоді, коли індивід, який – згідно із суб'єктивним змістом акту волі – повинен поводитися певним чином, нічого не знає про цей акт та його зміст і тим не менш він вважається

¹⁷ Ганс Кельзен, *Чисте правознавство*: З додатком: Проблема справедливості, пер. О. Мокровського (Київ: Юніверс, 2004), 239–40.

зобов'язаним або управненим поводитися згідно із повинністю, ось тоді повинність як «об'єктивна» повинність є «дійсною», такою, що зобов'язує адресата, «нормою»¹⁸ (курсив наш. – С. Р.).

Отже, у межах ієрархічно збудованої правової системи об'єктивний нормативний зміст юридичного акта виражає деяке конвенційне юридико-нормативне значення тексту, в якому викладено зміст. Таке значення, з одного боку, випливає з акта вищої юридичної сили, який наділяє змістом інші, ієрархічно нижчі акти, логічно передуючи їм (*логіко-юридична* та *юридико-догматична* легітимація). Водночас, за Кельзенем, «правова норма вважається об'єктивно дійсною лише в тому випадку, якщо поведінка, яку вона регулює, хоча б деякою мірою фактично відповідає їй». Відтак, у контексті чистого правознавства «об'єктивним» виступає діяльнісний, соціальний зміст норми. Такий зміст виражається в актах компетентних правозастосовних органів державної влади та в поведінці осіб, які слідуєть нормі. Це виводить на діялісний, поведінковий, а отже – *соціологічний*, легітимаційний актів установчої влади.

Якщо ж ідеться про рішення органів державної влади, суб'єктивний зміст яких спрямований на скасування тих чи інших положень чинної конституції, однак при цьому можливість такого припинення чинності конституційних норм прямо не передбачена й водночас ними не заборонена, такі рішення можуть бути наділені об'єктивним нормативним змістом лише і виключно заднім числом, у подальшій поведінці органів і посадових осіб як правозастосовців.

«Юридично революційні» установчі акти не можуть вважатися актами, що належать до існуючого правопорядку (тобто до правопорядку, на належність до якого вони претендують за своїм суб'єктивним змістом), а відтак, у юридико-догматичному розумінні перебувають уже поза сферою чинного права.

Нормативність фактичного: соціально-психологічні основи

Соціолого- й психолого-позитивістські підходи уможливають емпіричне пояснення позірної містичної перетворення актів революційної влади, неконституційних із погляду формально-юридичних основ попереднього правопорядку, на установчі акти нового правопорядку (таке *пояснення*, однак, далеко не для всіх може слугувати *виправданям* дивної трансформації актів неправа на право).

На протигагу юридичній догматиці, соціологічна юриспруденція явно чи неявно спирається на принцип «нормативної сили фактичного», висунутий Георгом Еллінеком. Відкидаючи ідею завершеності системи права, видатний правознавець вказував на реальність історичного пріоритету державно-політичних фактів («сили») щодо позитивного права. Із соціолого-позитивістських позицій він акцентував фіктивність правової наступності в процесі державного розвитку:

¹⁸ Кельзен, *Чистое учение о праве*, 7.

...історія права є в той же час історією переворотів у праві і незаповнених правовим змістом проміжків у межах окремих правопорядків і поряд із ними, і тільки шляхом фікції, яка за своєю необґрунтованістю не поступається найсмівішим природно-правовим спекуляціям, вона ще може зберегти видимість суцільної неперервності права¹⁹.

Єллінеком наводиться психологічне обґрунтування перетворення емпіричного державного порядку на *правопорядок*. На думку мислителя, елементами, які зумовлюють таке перетворення, є: а) психічне сприйняття того, що відбувається фактично, як такого, що є водночас нормативним (консервативний елемент, з якого виникає презумпція, що існуючий соціальний факт є водночас фактом правомірним); б) психічне уявлення про право, яке знаходиться *над* позитивним правом (раціоналістичний, еволюційний, прогресивний елемент у праві). «Перш аніж звичай викличе перетворення фактичного на нормативне, переконання в розумності нового порядку створить у таких випадках уявлення про його правомірність» (курсив наш. – С. Р.)²⁰.

Заперечуючи проти абсолютизації протиставлення права і сили, німецький учений наголошував, що «тільки та сила, яка не викликає в нас почуття її відповідності нормі, сприймається нами як неправо»²¹. Указуючи на величезну кількість соціальних факторів, від яких залежать особливості «процесу перетворення державних відносин, заснованих на силі» («політичних фактів»), у правовідносини, Єллінек підсумовує свої міркування з цього приводу висновками про ключову роль фактичних (передовсім соціально-політичних і соціально-психологічних) чинників для вирішення питання про правомірність/неправомірність політичних актів:

У житті народів існують епохи, котрі у свідомості і сучасників, і наступних поколінь є періодами безправ'я і чистої сваволі. Ця свідомість може одержати правове значення в тому випадку, якщо вдасться зруйнувати такий, що усвідомлюється як нелегальний, порядок, який згодом по відношенню до відновленого, такого, що ще не втратив у свідомості народу свого характеру, ладу уявиться вже як узурпація, а не право²².

Методологічно значущим тут видається акцентування соціально-оцінювального (в гносеологічному відношенні) та де-факто конкретно-історичного і релятивного (в онтологічному сенсі) характеру ознаки «правозгідності» акта органу публічної влади. Така аргументація Єллінека засвідчує визначальну роль особливостей праворозуміння для юридичної кваліфікації актів, спрямованих на зміну існуючого конституційного ладу.

¹⁹ Георг Еллінек, *Общее учение о государстве*, пер. под ред. В. Гессена, Л. Шалланда (Санкт-Петербург: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004), 350–1.

²⁰ Там само, 350.

²¹ Там само, 342.

²² Там само.

Звідси стає зрозумілим, як плюралізм соціальних інтересів і відповідна йому соціологічна релятивність значень понять «правового» і «неправового» дозволяють дати пояснення факту психологічного сприйняття певними соціальними групами (які можуть становити більшість у суспільстві) ефективного та стабільного політичного порядку як порядку «правового». При цьому такому сприйняттю аж ніяк не перешкоджає те, що такий порядок має у своїй основі акти, які являють собою формальне порушення попереднього конституційного правопорядку і процесуальний розрив юридичного континуїтету.

Метафізика і прагматика установчої влади

Сказане вище підтверджується також дискусією з питання про дійсність правових актів, яка мала місце в ХХ ст. між юридичними школами нормативізму і правового реалізму. На думку одного з опонентів Кельзена, представника скандинавського юридичного реалізму Альфа Росса, підстава дійсності правопорядку перебуває поза межами правопорядку і тому за визначенням може бути тільки метаюридичною (соціально-політичною, моральною, божественною тощо): обов'язок підкорятись праву «є моральнісним обов'язком перед правовою системою, а не юридичним обов'язком згідно із цією системою». «Обов'язок перед системою» не може впливати із самої цієї системи, але має слідувати з правил чи принципів, які містяться поза рамками цієї системи²³.

Зрештою, з уваги на конкретно-історичні факти не можна повністю виключати кардинальної зміни суспільно-політичних обставин та здійснення за таких умов правової оцінки навіть формально остаточного акта. Зі зрозумілих причин така оцінка вже ніяк не може ґрунтуватися на засадах легістського позитивізму.

Таким чином, з аргументації Росса, так само як і з поглядів Єллінека, випливає висновок про соціально-історично зумовлену доповнюваність як соціологічного, так і природно-правового підходів щодо юридичної догматики. З позицій обох правознавців випливає неминучість виходу за межі останньої при обґрунтуванні легітимності революційної зміни системи права. Крім іншого, наведені твердження

²³ Альф Росс, «Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом», пер. М. Антонова, *Российский ежегодник теории права* Т. 2 (2009): 464. Torben Spaak. «Ross on the Dualism of Reality and Validity.» *Utopia y Praxis Latinoamericana* Vol. 72 (2015): 41–66.

У практичному сенсі міркування Росса можуть бути використані, зокрема, для обґрунтування не юридичного, а морального (морально-політичного) характеру санкцій, якими забезпечується дотримання юридичних норм суддями найвищих судових інстанцій та членами інших органів, уповноважених ухвалювати остаточні й такі, що не підлягають оскарженню, рішення. Проте таке, цілком коректне з погляду формальної логіки, доведення не перешкоджає уповноваженню тих чи інших органів державної влади давати оцінку дотриманню суддями своїх моральних зобов'язань, у тому числі й при ухваленні остаточних рішень. При цьому з огляду на пряму вказівку конституції така моральна оцінка на практиці може набувати юридичної форми – попри певну формальну суперечливість такого нормативного рішення й навіть появу ефекту так званого «зворотного керування» (Всеволод Речицький).

скандинавського правознавця можна розглядати також і як соціологічну інтерпретацію особливої природи актів установчої влади, які перебувають поза встановленим ними правопорядком, хоча попри це вважаються також і такими, що належать останньому.

Аби пояснити трансформацію фактичного в нормативне (таку дивовижну для кантіанського мислення), знаний у дореволюційний та в радянський час теоретик права Я. М. Магазинер у праці «Загальна теорія права на основі радянського законодавства» вдається до геометричної аналогії:

Коли сторона квадрата дотикається до кола круга, то один і той самий пункт дотику цих двох фігур є одночасно пунктом і на стороні квадрата, і на колі круга. Так і в громадському житті: один і той самий пункт – *неправомірний* акт – стає пунктом перетину двох різко відмінних правових фігур, двох послідовних, але відмінних між собою правових систем (наприклад, самодержавної і конституційної), і те, що було для однієї з них *правопорушенням*, для наступної буде праводжерелом²⁴.

У згаданій роботі автор наводить чимало прикладів перетворення конституційного неправу на право для доведення того, що в історії нове право часто виникало з порушення і навіть із руйнування старого права: акт руйнівний був також і актом творчим (рос. *созидательным*). Руйнування не тільки є фактичною силою, яка припиняє існуючий правопорядок та, подібно до стихії води або вулканічної лави, ховає це [правове] спілкування, а й правовою датою, з якої бере початок новий порядок, тобто джерелом цього порядку (курсив наш. – С. Р.)²⁵.

З позицій сучасного конституціоналізму таке поєднання соціології конституційного права із його догматикою в описі здійснення установчої влади описується таким чином: «формально установча влада зводиться до узаконення... як за допомогою правових механізмів – перетворення фактичної конституції на юридичну, так і за допомогою позаправових механізмів на початковій стадії її реалізації, із наступним наданням цим перетворенням правової форми».

Суттєво, що новий правопорядок виявляється абсолютно недійсним із позицій внутрішньої логіки попереднього правопорядку у випадках, коли конституцію змінено не в спосіб, передбачений самою конституцією. У цьому пункті, однак, логіка Кельзена поєднується з логікою соціології права: питання про оцінку установчого акта виникає при фактичному виході за межі системи права, а саме при зміні самої основної норми, безпосередньо пов'язаної із конкретною конституцією.

Отже, зміна конституції як прямий чи опосередкований результат ухвалення органом публічної влади відповідного акта засвідчує фактичну реалізацію функції установчої влади. Така влада може бути похідною (здійснюваною відповідно до

²⁴ Яков Магазинер, *Избранные труды по общей теории права*, отв. ред. А. Кравцов (Санкт-Петербург: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006), 101.

²⁵ Там само.

приписів конституції) або ж первинною, тобто такою, що здійснюється незалежно від таких приписів або з їх порушенням.

З перспектив різних типів праворозуміння такий акт, вчинений органом конституційного судочинства, може одержати відмінну правову оцінку. Так, з нормативістських позицій слід визнати, що ухвалення згаданого акта спрямоване на зміну основної норми, згідно з якою «необхідно додержуватись чинної конституції». Проблемою тут постає те, що в межах існуючого правопорядку відсутні органи, уповноважені констатувати факт такої зміни. Революційна зміна правопорядку створює необхідні політичні умови для встановлення тих чи інших «юридичних» наслідків ухвалення акта, вчиненого з виходом за межі попереднього правопорядку. Це стосується будь-яких актів, зокрема навіть формально остаточних. Однак слабким місцем такого підходу стає небезпека ретроактивного ефекту і стабільності становища приватних осіб та їх об'єднань, яке виникло внаслідок рішень органів публічної влади.

Натомість, за соціологічного праворозуміння наявність в акта юридичних властивостей є результатом не стільки спеціалізованого і формального (офіційного) визнання, скільки фактичного соціального визнання, суспільної легітимності, зокрема і визнання «зовнішнього» щодо системи органів, у рамках якої видано акт. Особливе значення це має при оцінці актів, які де-факто змінюють конституцію, – актів реалізації «установчої влади». Так, наступна радикальна зміна розстановки політичних сил, революційна зміна правопорядку створюють як реальні можливості, так і в певному сенсі навіть соціально-правові підстави переоцінки з боку новоутворених органів публічної влади актів попередньої державної влади. Оскільки, за влучним зауваженням Я. М. Магазинера, «злочин лише тоді може стати джерелом права, коли його вчинено особою чи групою осіб, які мають або ж захопили владу над правопорядком, тобто коли один і той самий акт є злочином з погляду старого права і джерелом права – з погляду нового права», для переक्валіфікації актів, які виконували роль джерела права в попередньому правопорядку, необхідна зміна «влади над самим правопорядком»²⁶.

Цілком очевидно, що така зміна необхідна для здійснення будь-яких радикальних суспільно-політичних перетворень, зокрема для переходу від недемократичного політичного режиму до демократичного.

Основні висновки

1. Розрізнення ціннісно-нормативного та функціонально-описового аспектів поняттєвого апарату конституціоналізму дозволяє виявити в доктрині конституційного права міфологічні складові. Такі складові містить, зокрема, поняття установчої влади, розглядуване з погляду його легітимувальної та політико-ідеологічної

²⁶ Магазинер, Избранные труды по общей теории права, 101.

функцій. Ідеться, зокрема, про використання цього поняття для виправдання допущених порушень вимог основного закону при здійсненні його змін: інакше кажучи, про легітимацію кельзенівської юридичної революції, що відбулася *de facto*.

2. Звернення до соціально-діяльнісного (Г. Кельзен) і соціально-психологічного (Г. Єллінек, А. Росс) типів обґрунтування «революційної» зміни конституції дозволяє стверджувати, що основні правові характеристики акта здійснення установчої влади (правомірність і чинність) соціально зумовлені та конкретно-історичні. З огляду на це такі характеристики є реляційними формально та релятивними змістовно. Реляційність правових характеристик акта полягає, по-перше, в їх зв'язку із конкретною системою права та конкретною правовою свідомістю, у рамках яких і щодо яких такі характеристики визначаються. Трансформації суспільно-історичних умов можуть мати наслідком переоцінку правового значення акта органу державної влади. По-друге, реляційність полягає у співвіднесеності характеристик акта з відмінними типами праворозуміння як різними стратегіями правової легітимації. Релятивність же правових характеристик акта стосується історичної змінюваності змісту його правової оцінки, зокрема за революційних умов.

3. Міфологічне за своєю суттю приписування певним діям і рішенням ціннісно-нормативного значення «актів первинної установчої влади» дозволяє не тільки зняти проблему їх невідповідності попередньо встановленим процедурним правилами, а й створити концептуальну основу нового правопорядку, а отже, «чарівним» чином перетворити формальне «неправо» на основу нового права.

В умовах політико-правового транзиту позитивістська соціологія права виступає стратегією ретроактивної, здійснюваної «заднім числом» легітимації політичних рішень і дій. Соціологічний позитивізм слугує стратегією «констатуючої» соціально-емпіричної легітимації, яка може використовуватись як у революційних, так і консервативних цілях.

Політично амбівалентною є й юснатуралістична аргументація, яка дозволяє дати змістову легітимацію новим установчим (у функціональному сенсі) актам і делегітимувати ціннісне установче значення попередніх актів. Метафізичний характер оцінювальних критеріїв дозволяє використовувати юснатуралізм як перспективно, так і ретроспективно.

Натомість юридична догматика, зокрема в юридико-нормативістській версії, виступає спрямованою у майбутнє перспективною і водночас консервативною стратегією формальної легітимації актів ординарної нормотворчості і делегітимації неконституційних актів установчого значення.

4. З практичного погляду врахування вимог правової визначеності вимагає обмеження ретроактивності при наступній оцінці наслідків такої, що відбулася, «юридіко-революційної», тобто здійсненої з порушенням формальних вимог конституції, зміни правопорядку. У цьому проявляється правотворча роль часу,

який, таким чином, виявляється здатним перетворювати політичні факти на юридичні акти, чия чинність *de facto* уже не може бути заперечена.

© С. Рабінович, 2019

Бібліографія

- Антонов, Михаїл. “Соціологія права і чиста теорія права: складний взаємозв’язок.” *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2012): 250–6.
- Бориславська, Олена. “Верховенство конституції чи верховенство права: деякі питання відновлення дії окремих положень Конституції України.” *Вісник Конституційного Суду України* 6 (2015): 48–57.
- Бульгин, Евгений. “Динамика права.” *Матер. междунар. симпоз. “Нормы и нормативные системы в философии, праве и информатике,”* Санкт-Петербург, Сентябрь 9–10, 2011.
- Вдовіченко, Сергій, Кампо, Володимир, Овчаренко, В’ячеслав та ін. *Контроль за додержанням належної конституційної процедури.* Київ: Алерта, 2011.
- Водянніков, Олександр. “Конституція і революція: анатомія установчої влади.” *У Конституційний полілог. 20 років Конституції України: суспільство і влада в конституційному процесі:* Збірка тез міжнар. наук.-практ. конф., 15–69. Київ: ВАІТЕ, 2016.
- Джунь, В’ячеслав. *Соціологія конституційного права.* Київ: Вид. Дім ІнЮре, 2018. Кн. 2. Соціокультурні підстави європейського конституціоналізму.
- Еллинек, Георг. *Общее учение о государстве.* Пер. с нем. под ред. В. М. Гессена, Л. В. Шалланда. Санкт-Петербург: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004.
- Кельзен, Ганс. *Чисте правознавство:* З додатком: Проблема справедливості. Переклад О. Мокровольського. Київ: Юніверс, 2004.
- Кельзен, Ганс. *Чистое учение о праве.* 2-е изд. Перевод М. В. Антонова и С. В. Лёзова. Санкт-Петербург: ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2015.
- Колісник, Віктор. “Відновлення дії Конституції України та зміна форми правління як засіб поновлення конституційного ладу.” *Вісник Конституційного Суду України* 4(2015): 103–9.
- Магазинер, Яков. *Избранные труды по общей теории права.* Отв. ред. А. К. Кравцов. Санкт-Петербург: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006.
- Максакова, Руслана. *Конституційно-правові проблеми організації та реалізації установчої влади в Україні:* монографія. Запоріжжя: Класичний приватний університет, 2012.
- Медушевский, Андрей. *Сравнительное конституционное право и политические институты:* курс лекций. Москва: Ун-т Высш. Шк. Экономики, 2002.
- Мельник, Микола. “Конституційна афера.” *Дзеркало тижня, Лютий 14, 2014, 5.*
- Мережко, Олександр. “Природне право і помаранчева революція.” <http://www.grom-bezpeka.at.ua/publ/4-1-0-69#.V5cbRdKLSUk>.
- Мироненко, Олександр. *Конституційний Суд України: історія і сучасність, доктрина і практика.* Київ: Ін-т держ. і права ім. В. М. Корецького, 2011.
- Мусяяка, Віктор. “Будь-яка влада є результат узурпації?” *Дзеркало тижня, 2010, 40.*
- Погребняк, Станислав і Елена Уварова. “Спротивление угнетению. Восстание. Революция (теоретико-правовой анализ в свете доктрины прав человека).” *Право і громадянське*

- супільство* 2(3) (2013). <http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/2-3-2013/item/102-soprotivlenie-ugneteniyu-vosstanie-revolyuetsiya-teoretiko-pravovoj-analiz-v-svetedoktriny-prav-cheloveka-pogrebnyak-s-p-uvarova-e-a>.
- Рабінович, Сергій. *Юснатуралізм у філософії права*. Київ: Право України; Харків: Право, 2013.
- Рабінович, Сергій. “Конституційні революції в Україні з перспективи «Чистого правознавства» Ганса Кельзена,” *Юридичний вісник* 2 (2016): 184–190.
- Рабінович, Сергій. “Протестантська етика і дух конституціоналізму.” *Український часопис конституційного права* 4 (2018): 141–4.
- Речицький, Всеволод. “Юридичний коментар до поточних конституційних трансформацій в Україні,” *Права людини в Україні*, 1–14 квітня 2014.
- Речицький, Всеволод. *Конституційне АБВ*. Харків: Права людини, 2016.
- Різник, Сергій. “Про нез’ясоване питання конституційності актів парламенту, прийнятих в умовах Революції Гідності.” *Вісник Конституційного Суду України* 6 (2015): 58–66.
- Росс, Альф. “Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом.” Пер. М. В. Антонова. *Российский ежегодник теории права* Т. 2 (2009): 458–73.
- Савчин, Михайло. “Конституційний Суд України та реалізація Конституції України.” *Публічне право* 1 (2015): 9–17.
- Тимошина, Елена. “Право без суверена: проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в.” *Право и государство* 4 (2015): 86–93.
- Тимченко, Іван. “Конституційна реформа? Конституційна криза? Конституційний переворот?” *Народ і влада в Україні* 1 (2008): 14–9.
- Ющик, Олексій. “Без легітимної Конституції не може бути легітимної влади.” *Дзеркало тижня*, Жовтень 3, 2014.
- Fallon, Richard H. “Legitimacy and the Constitution.” *Harvard Law Review* 6 (Vol. 118, 2005): 1787–1853. <http://www.jstor.org/stable/4093285>.
- Jacobsohn, Gary J. “Theorizing the Constitutional Revolution.” *Journal of Law and Courts*, Vol. 2, no. 1 (2014): 1–32. <http://www.jstor.org/stable/10.1086/674453>.
- Spaak, Torben. “Ross on the Dualism of Reality and Validity.” *Utopia y Praxis Latinoamericana* Vol. 72 (2015): 41–66.
- Thornhill, Chris. “The Sociology of Constitutions.” *Annual Review of Law and Social Science* Vol. 13 (2017): 493–513.
- Wolf-Phillips, Leslie. “Constitutional legitimacy: A study of the doctrine of necessity.” *Third World Quarterly* 4 (Vol. 1, 1979): 97–133.

Bibliography

- Antonov, Mykhail. “Sotsiologhiia prava i chysta teoriia prava: skladnyi vzaiemozv’iazok [Sociology of Law and Pure Theory of Law: A Difficult Relation].” *Filosofii prava i zahalna teoriia prava* 1 (2012): 250–6.
- Boryslavska, Olena. “Verkhovenstvo konstytutsii chy verkhovenstvo prava: deiaki pytannia vidnovlennia dii okremykh polozhen Konstytutsii Ukrainy [Supremacy of the Constitution or Rule of Law: Some Issues of the Restoration of Certain Provisions of the Constitution of Ukraine].” *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy* 6 (2015): 48–57.

- Bulygin, Evgenii. "Dinamika prava [The Dynamics of Law]." *Mater. mezhdunar. sympoz. "Normy i normativnyie sistemy v filosofii, prave i informatike,"* Sankt-Peterburh, September 9–10, 2011.
- Vdovichenko, Serhii, Kampo, Volodymyr, Ovcharenko, Viacheslav and oth. *Kontrol za doderzhanniam nalezhnoii konstyututsiynoi protsedury.* [Control for Independent Constitutional Proceeding]. Kyiv: Alerta, 2011.
- Vodiannikov, Oleksandr. "Konstyututsiia i revoliutsiia: anatomiiia ustanovchoi vlady [Constitution and Revolution: the anatomy of the foundational power]." *U Konstyututsiyni poliloh. 20 rokiiv Konstyututsii Ukrainy: suspilstvo i vlada v konstyututsiinomu protsesi* [Constitutional Polylogue. 20 years of the Constitution of Ukraine: the Society and the Authority in the Constitutional Process...]: Zbirka tez mizhnar. nauk.-prakt. konf., 15–69. Kyiv: VAITE, 2016.
- Dzhun, Vyatcheslav. *Sotsiologhiia konstyututsiinoho prava* [Sociology of Constitutional Law]. Kyiv: Vyd. dim InIure, 2018. Kn. 2. Sotsiokulturni pidstavy yevropeiskoho konstyututsionalizmu.
- Jellinek, Georg. *Obshchee uchenie o hosudarstve* [General Doctrine of State]. Per. s nem. pod. red. V. M. Hessena, L. V. Shallanda. Sankt-Peterburg: Yzd-vo R. Aslanova «Iuridicheskii tsentr Press», 2004.
- Kelsen, Hans. *Chyste pravoznavstvo* [Pure Theory of Law]: Z dodatkom: Problema spravedlyvosti. Pereklad O. Mokrovolskoho. Kyiv: Yunivers, 2004.
- Kelsen, Hans. *Chistoe uchenie o prave* [Pure Theory of Law]. 2-e yzd. Perevod M. V. Antonova y S. V. Liozova. Sankt-Peterburh: OOO Yzdatelskyi Dom «Alef-Press», 2015.
- Kolisnyk, Viktor. "Vidnovlennia dii Konstyututsii Ukrainy ta zmina formy pravlinnia yak zasib ponovlennia konstyututsiinoho ladu [Restoration of the Constitution of Ukraine and Change of the Form of Government as a Means of Restoration of Constitutional Order]." *Visnyk Konstyututsiinoho Sudu Ukrainy* 4 (2015): 103–9.
- Mahaziner, Yakov. *Izbrannyye trudy po obshchei teorii prava* [Selected Works on a General Theory of Law]. Otv. red. A. Kravtsov. Sankt-Peterburh: Yzd-vo R. Aslanova «Iurydycheskii tsentr Press», 2006.
- Maksakova, Ruslana. *Konstyututsiino-pravovi problemy orhanizatsii ta realizatsii ustanovchoi vlady v Ukraini* [Constitutional and Legal Problems of the Organisation and Implementation of the Foundational Power in Ukraine]. Zaporizhzhia: Klasychnyi pryvatnyi universytet, 2012.
- Medushevskiy, Andrey. *Sravnitelnoe konstyuttsionnoe pravo y polytycheskiye instituty: kurs lektsiy* [Comparative Constitutional Law and Political Institutions]. Moskva: Un-t Vyssh. Shk. Ekonomiki, 2002.
- Melnyk, Mykola. "Konstyututsiina afera [Constitutional Fraud]." *Dzerkalo tyzhnia*, February 14, 2014, 5.
- Merezhko, Oleksandr. "Pryrodne pravo i pomarancheva revoliutsiia [Natural Law and Orange Revolution]." <http://www.grom-bezpeka.at.ua/publ/4-1-0-69#.V5cbRdKLSUk>.
- Myronenko, Oleksandr. *Konstyututsiyni Sud Ukrainy: istoriia i suchasnist, doktryna i praktyka* [Constitutional Court of Ukraine: History and Contemporary, Doctrine and Practice]. Kyiv: In-t derzh. ipravaim. V. M. Koretskoho, 2011.
- Musiiaka, Viktor. "Bud-iakavlada ye rezultat uzurpatsii? [Is Ever Authority the Result of Usurpation?]" *Dzerkalo tyzhnia*, 2010, 40.

- Pohrebniak, Stanislav, and Elena Uvarova. "Soprotivlenye uhnetenyiu. Vosstanye. Revoliutsiia (teoretiko-pravovoi analiz v svete doktriny prav cheloveka) [Resist Against Oppression. Rebellion. Revolution (theoretical and legal analysis from the human rights doctrine point of view)]." *Pravo i hromadianske suspilstvo* 2(3) (2013). <http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-номерiv/2-3-2013/item/102-soprotivlenie-ugnetenyiu-vosstanie-revolyuetsiya-teoretiko-pravovoj-analiz-v-svete-doktriny-prav-cheloveka-pogrebnyak-s-p-uvarova-e-a>.
- Rabinovych, Serhii. *Yusnaturalizm u filosofii prava* [Jusnaturalism in Philosophy of Law]. Kyiv: Pravo Ukrainy; Kharkiv: Pravo, 2013.
- Rabinovych, Serhii. "Konstytutsiini revoliutsii v Ukraini z perspektyvy Chystoho pravoznavstva Hansa Kelzena [Constitutional Revolutions in Ukraine from Hans Kelsen's "Pure Theory of Law" Point of View]," *Iurydychnyi visnyk* 2 (2016): 184–190.
- Rabinovych, Serhii. "Protestantskaya etika i dukh konstitutsionalizmu [Protestant Ethic and the Spirit of Constitutionalism]." *Ukrainskyi chasopys konstytutsiinoho prava* 4 (2018): 141–4.
- Rechtytskyi, Vsevolod. "Yuridichnyi komentar do potochnyh konstytutsiinych transformatsiy v Ukraini [Law Commentary on the Current Constitutional Changes in Ukraine]." *Prava lyudini v Ukraini* (1–14.04.2014): 2–5.
- Rechtytskyi, Vsevolod. *Konstytutsiine ABV* [Constitutional ABC]. Kharkiv: Prava liudyny, 2016.
- Riznyk, Serhii. "Pro nez'iasovane pytannia konstytutsiinosti aktiv parlamentu, pryiniatykh v umovakh Revoliutsii Hidnosti [On the Issue of the Constitutionality of the Parliament Acts, Adopted under the Revolution of Dignity Conditions]." *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy* 6 (2015): 58–66.
- Ross, Alf. "Validnost i konflikt mezhdru pravovym pozitivizmom i yestestvennym pravom [Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law]." Per. M. V. Antonova. *Rossiyskii ezhegodnik teorii prava* T. 2 (2009): 458–73.
- Savchyn, Mykhailo. "Konstytutsiinyi Sud Ukrainy ta realizatsiia Konstytutsii Ukrainy [Constitutional Court of Ukraine and Implementation of Constitution of Ukraine]." *Publichne pravo* 1 (2015): 9–17.
- Timoshina, Elena. "Pravo bez suverena: problema deistvitelnosti prava v yuridicheskom pozitivizme XX veka [Law without Sovereign: Problem of the Validity of Law in Legal Positivism of XX Century]." *Pravo i hosudarstvo* 4 (2015): 86–93.
- Tymchenko, I. "Konstytutsiina reforma? Konstytutsiina kryza? Konstytutsiinyi perevorot? [Constitutional Reform? Constitutional Crisis? Constitutional Coup?]" *Narod i vlada v Ukraini* 1 (2008): 14–9.
- Yushchuk, O. "Bez lehitymnoi Konstytutsii ne mozhe buty lehitymnoi vlady [Any Authority isn't Legitimate if the Constitution isn't Legitimate]." *Dzerkalo tyzhnia*, Zhovten 3, 2014.
- Fallon, Richard H. "Legitimacy and the Constitution." *Harvard Law Review* 6 (Vol. 118, 2005): 1787–1853. <http://www.jstor.org/stable/4093285>.
- Jacobsohn, Gary J. "Theorizing the Constitutional Revolution." *Journal of Law and Courts*, Vol. 2, no. 1 (2014): 1–32. <http://www.jstor.org/stable/10.1086/674453>.
- Spaak, Torben. "Ross on the Dualism of Reality and Validity." *Utopia y Praxis Latinoamericana* Vol. 72 (2015): 41–66.

- Thornhill, Chris. "The Sociology of Constitutions." *Annual Review of Law and Social Science* Vol. 13 (2017): 493–513.
- Wolf-Phillips, Leslie. "Constitutional legitimacy: A study of the doctrine of necessity." *Third World Quarterly* 4 (Vol. 1, 1979): 97–133.

Сергій Рабінович. Право з (не)права: міфологія конституційної революції

Анотація. Звернення до соціально-діяльнісного (Г. Кельзен) і соціально-психологічного (Г. Єллінек, А. Росс) обґрунтувань легітимності революційної зміни конституції дозволяє стверджувати, що основні правові характеристики акта здійснення установчої влади – правомірність і чинність – соціально зумовлені та конкретно-історичні. З огляду на це такі характеристики є реляційними та релятивними. Реляційність установчого акта полягає, по-перше, в його зв'язку з конкретною системою права та конкретною правовою свідомістю, у рамках яких і щодо яких визначаються його правомірність і чинність. Трансформації суспільно-історичних умов можуть мати наслідком переоцінку правового значення акта органу державної влади. По-друге, реляційність акта вбачається у співвіднесеності характеристик акта з окремими типами праворозуміння як різними стратегіями правової легітимності. Релятивність акта стосується історичної змінюваності правової оцінки акта, зокрема динаміки такої оцінки за революційних умов.

Ключові слова: установча влада; юридична революція; дійсність (чинність) конституції; дієвість конституції; нормативізм; соціологія права.

Сергей Рабинович. Право из (не)права: мифология конституционной революции

Аннотация. Обращение к социально-деятельностному (Г. Кельзен) и социально-психологическому (Г. Еллинек, А. Росс) обоснованиям легитимности революционных изменений конституции позволяет утверждать, что основные правовые характеристики акта осуществления учредительной власти – правомерность и действительность – социально обусловлены и конкретно-историчны. Поэтому такие характеристики реляционны и релятивны. Реляционность учредительного акта заключается, во-первых, в его связи с конкретной системой права и конкретным правовым сознанием, в рамках которых и в соответствии с которыми определяются его правомерность и действительность. Трансформации общественно-исторических условий могут повлечь переоценку правового значения акта органа государственной власти. Во-вторых, реляционность акта усматривается в соотносительности его характеристик с отдельными типами правопонимания как различными стратегиями правовой легитимации. Релятивность акта касается исторической изменчивости правовой оценки акта, в частности динамики такой оценки в революционных условиях.

Ключевые слова: учредительная власть; юридическая революция; действительность конституции; действенность конституции; нормативизм; социология права.

Sergiy Rabinovych. Lawful out of (Un)lawful: Mythology of the Constitutional Revolution

Abstract. Applying to the social active (Hans Kelsen) and social psychological (Georg Jellinek, Alf Ross) foundations of revolutionary change of the Constitution legitimacy allows to state, that

main legal characteristics of the act of commission of foundational power (lawfulness and validity) are socially determined and bear concrete social character. Bearing in mind aforementioned, such characteristics are relative and relational. Relationality of the foundational act finds itself, first of all in its' connection with certain distinct system of law and distinct legal consciousness, within limits of which is determined its' lawfulness and validity. Transformation of the social historical conditions may lead reestimation of the legal meaning of the act of the state body organ. Secondly, relationality of the act lies in correlation of the characteristics of the act with the distinct types of law understandings as the distinct strategies of legal legitimation. Relativity of the act touches upon historical changeability of the legal estimation of the act, namely, dynamics of such estimation under the revolutionary conditions. In the context of political and legal transit the positivistic sociology of law becomes a strategy for the retroactive legitimation of political decisions and actions. Sociological positivism is as a strategy of "ascertaining" socio-empirical legitimation, which can be used for both revolutionary and conservative purposes. Jusnaturalistic argumentation is also politically ambivalent. It allows us to give meaningful legitimation to new constituent acts and to delegitimize the constituent values of previous acts. The metaphysical nature of the evaluation criteria allows the use of jusnaturalism both prospectively and retrospectively. Legal dogmatics is a promising and conservative strategy for the formal legitimation of acts of ordinary rule-making and the delegitimize of unconstitutional constituent acts.

Keywords: foundational power; legal revolution; validity of the Constitution; functionality of the Constitution; normativism; sociology of law.

Одержано / Received 15.06.2019