

## КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 342.41

DOI <https://doi.org/10.32838/TNU-2707-0581/2020.6/03>**Берченко Г.В.**

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

### КОНЦЕПТ «УСТАНОВЧА ВЛАДА» У СУЧАСНОМУ УКРАЇНСЬКОМУ НАУКОВОМУ ДИСКУРСІ

*У статті проаналізовано концепцію установчої влади, яка є реальною доктринальною передумовою для теоретичних розробок і практики нормотворчості, правозастосування і тлумачення норм права. Ця концепція використовувалася в тексті визнаного неконституційним Законом «Про всеукраїнський референдум» 2012 року в контексті можливості ухвалення нової редакції Конституції на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою. Про установчу владу також згадується в постанові Верховної Ради України від 22 лютого 2014 року № 750–VII «Про текст Конституції України в редакції 28 червня 1996 року, із змінами і доповненнями, внесеними законами України від 8 грудня 2004 року № 2222–IV, від 1 лютого 2011 року № 2952–VI, від 19 вересня 2013 року № 586–VII».*

*В українській науці ми бачимо досить широкий підхід до інтерпретації установчої влади. Широке розуміння установчої влади по суті робить її синонімом народного суверенітету або ж навіть в окремих випадках влади територіальної громади. Настільки різні підходи до розуміння установчої влади, а також посилання на неї і використання в державно-правовому житті не сприяють створенню послідовної конституційної концепції реформування Конституції України.*

*Доктрина установчої влади в Україні має будуватися на відповідних концептах, які завдячують своїй появі зародженню конституціоналізму у світі як такого і революційних подій, передусім у Франції XVIII століття. Уважаємо, що український концепт установчої влади має ґрунтуватися на фундаментальних розробках Е.Ж. Сійєса, Карла Шмітта, Ж.-П. Жакке й інших учених і пов'язуватися із процесом ухвалення Конституції та внесенням до неї змін. Водночас установча влада є науковою концепцією, яка пояснює і певним чином легітимує відповідні суспільні вища. Ідеться про виокремлення первісної й інституційної установчої влади народу. Первісна установча влада близька концептуально до суверенної диктатури (за К. Шміттом). Широке розуміння установчої влади та її змішування з народним суверенітетом видається недостатньо обґрунтованим, натомість має йтися радше про ухвалення конституції та внесення до неї змін.*

**Ключові слова:** конституція, установча влада, Установчі збори, Конституційний Суд України, референдум.

**Постановка проблеми.** Концепція установчої влади часто є реальною доктринальною передумовою для теоретичних розробок і практики нормотворчості, правозастосування і тлумачення норм права. Ця концепція використовувалася в тексті визнаного неконституційним Законом «Про всеукраїнський референдум» 2012 р. в контексті можливості ухвалення нової редакції Конституції на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою. Про установчу владу також згадується в постанові Верховної Ради України від 22 лютого 2014 р. № 750–VII «Про текст Конституції України

в редакції 28 червня 1996 р., із змінами і доповненнями, внесеними законами України від 8 грудня 2004 р. № 2222–IV, від 1 лютого 2011 р. № 2952–VI, від 19 вересня 2013 р. № 586–VII».

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** До сучасних наукових досліджень, присвячених установчій владі, варто віднести праці Ю. Барабаша [1; 2], О. Бориславської [3], Р. Максакової [4], Ю. Мірошніченка [5], М. Савчина [6], А. Стрижака [7] та багатьох інших. Варто відзначити, що в цих дослідженнях часто використовується досить широкий підхід до концепції установчої

влади. Більш детальне дослідження поглядів на установчу владу є вкрай важливим для подальшого вдосконалення Конституції України.

**Постановка завдання.** Метою статті є з'ясування змісту концепту «установча влада» у сучасному українському науковому дискурсі. Завдання статті такі: з'ясувати історичне коріння концепції установчої влади в українській юридичній науці; встановити зміст юридичних позицій Конституційного Суду України (далі – КСУ) щодо природи Конституції України як акта установчої влади; з'ясувати зміст концептуальних засад розуміння установчої влади, що панує в сучасній юридичній науці в Україні, та запропонувати шляхи подальшого розвитку цієї концепції.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Концепція установчої влади через сприйняття ідеї установчих зборів реальності набула під час національно-визвольного періоду, починаючи з 1917 р. У період Центральної Ради велика надія покладалася на скликання Українських Установчих зборів, які мали обиратися на засадах безпосереднього, загального і рівного представництва. Була створена комісія для розроблення виборчого закону, проведення територіальних зорів, організації виборів до Всеросійських та Всеукраїнських Установчих Зборів [8, с. 123].

У проекті конституції Отто Ейхельмна термін «установча влада» у різних відмінках ужитий 29 разів, принцип народного суверенітету опосередковувалася «через встановлення, як безперервно активної зверхньої влади, установчої влади, котра в повному обсягові зберігається безпосередньо за самими громадянами» [9].

С. Дністрянський так описує цей проект: «У проекті стверджувалося, що установча влада належить народові у всенародному референдумі. Кожний діловоздатний громадянин УНР, що має 25 років, певну роботу і живе на власні засоби, користується по проекту правом голосу в установчій владі. Притім надаватимуться громадянам плюральні голоси «в залежності від віку особи, сімейного стану, освітнього цензу, громадського й державного стажу». Установча влада народу проявляється головно з огляду на складення та зміни федеральної конституції; крім сього, вона має виїмково брати участь і в важніших справах законодавства в порядкуванні адміністрації федерально-державного суду та федерально-державної контролі. Зміну конституції має предклатати або одна третина повного складу членів парламенту, федерально-державний голова, федерально-державна рада міністрів, федерально-державний суд,

одна четвертина парламентів поодиноких земель або, вкінці, два мільйони громадян, управлених до участі в установчій владі. Предложені зміни конституції мають обмірковуватися на об'єднаних зборах обох палат парламенту або на «надзвичайних національних зборах» та представлятися під затвердження установчої влади, які представляє всенародний референдум» (орфографія оригіналу збережена – Г. Б.) [10, с. 365].

У працях іншого авторитетного вченого в галузі конституційного права В. Старосольського, який оперував термінами «установчий акт», «установчий закон», також використовувалася концепція установчої влади [11, с. 159–165 181–184].

У період незалежності ідея установчої влади так само почала звучати саме в контексті необхідності скликання установчих зборів. В. Чорновіл пропонував, щоб Конституція України схвалювалася Установчими Зборами. Водночас Установчі Збори обирати всім народом [12, с. 9–10]. С. Головатий стверджував: «Для мене установчі функції в цілому в системі державних органів влади і управління є Установчі Збори. На сьогодні установчі функції собі забрала Верховна Рада УРСР, яка перетворилася на Верховну Раду України. Вона собі привласнила установчі функції. Вона ухвалила закони «Про Президента», «Про представників Президента» і виконує установчі функції. Я вважаю, що установчі функції мають виконувати знову ж таки або Установчі Збори, або новий парламент» [13, с. 261]. Л. Кравчук зазначав, що перевага ухвалення Конституції Асамблею, чи Конституційними зборами в тому, що її члени ухвалюють конституцію не для себе [13, с. 277]. Ідею Конституційної асамблеї підтримували також О. Ємець, М. Хоменко.

В Україні концепція установчої влади активно увійшла у практику конституційного судочинства також завдяки В. Шаповалу. На його думку, у наш час зміст концепції установчої влади зберігає своє значення, а ідеї, що становлять цей зміст, іноді у прямій формі зафіксовано в основних законах. Важливим є те, що зміст названої концепції безпосередньо пов'язаний із принципом народного суверенітету, який її опосередковує [14, с. 114]. Багато в чому завдяки йому ця концепція була втілена в перших рішеннях КСУ, від 11 липня 1997 р. № 3-зп і від 3 жовтня 1997 р. № 4-зп.

У рішенні від 11 липня 1997 р. № 3-зп КСУ зазначив, що «прийняття Конституції України Верховною Радою України було безпосереднім актом реалізації суверенітету народу, який тільки одноразово уповноважив Верховну Раду України

на її прийняття». Зв'язок Конституції України з концепцією установчої влади став можливим завдяки преамбулі Конституції, у якій ідеться про ухвалення Конституції парламентом від імені українського народу. Так само в пізнішому, від 5 жовтня 2005 р., рішенні КСУ (абз. 4.3) підтверджено: «При прийнятті 28 червня 1996 р. Конституції України суверенна воля народу була опосередкована Верховною Радою України».

Ю. Барабаш щодо цього слушно запитує, звідки в Суду виникла тверда впевненість у тому, що саме народ уповноважував парламент на реалізацію його (народу) установчих повноважень? [1] Не ставлячи під сумнів легітимність чинної Конституції, у цьому плані поставимо ще питання – первісну чи інституційну владу (за відомим поділом, який поширений у французькій доктрині) здійснила Верховна Рада, коли ухвалила Конституцію України? Виходить, що первісну, а діяла вона від імені народу як єдиний загальнонаціональний представницький політичний легітимний орган.

Проте найбільш яскраво концепція установчої влади представлена в рішенні КСУ від 3 жовтня 1997 р. № 4-зп (справа про набуття чинності Конституцією України). Проблема полягала в тому, що текст Конституції України був офіційно опублікований лише 13 липня 1996 р. Формально в рішенні КСУ йшлося про «колізію» між ч. 5 ст. 94 та ст. 160 Конституції України, яку КСУ розв'язав на користь ст. 160.

КСУ визнав: «Конституція України як Основний закон держави за своєю юридичною природою є актом установчої влади, що належить народу. Установча влада щодо так званих встановлених влад є первинною: саме в Конституції України визнано принцип поділу державної влади <...> та визначено засади організації встановлених влад, включно законодавчої. Прийняття Конституції України Верховною Радою України означало, що у даному випадку установча влада була здійснена парламентом» (п. 2 мотивувальної частини). «Закони є актами встановленої Конституцією України законодавчої влади, більше того, актами єдиного органу законодавчої влади», – сказано там само.

Отже, завдяки позиції КСУ, висловленій у двох згаданих рішеннях (від 11 липня 1997 р. і від 3 жовтня 1997 р.), Україна офіційно прийняла концепцію установчої влади, що було наслідком відповідних доктринальних напрацювань.

Варто також згадати рішення КСУ від 16 квітня 2008 р. (справа про ухвалення Конституції та законів України на референдумі), де зазначалося,

що «<...> формою здійснення установчої влади народом є всеукраїнський референдум, що оголошується за народною ініціативою на вимогу не менш як трьох мільйонів громадян України, які мають право голосу, за умови, що підписи щодо його призначення зібрано не менш як у двох третинах областей і не менш як по сто тисяч підписів у кожній області (ч. 2 ст. 72)».

У п. 20 мотивувальної частини рішення КСУ від 26 квітня 2018 р. № 4-р/2018 у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про всеукраїнський референдум» вказувалося: «Конституційний Суд України зазначає, що народ, маючи суверенну прерогативу щодо здійснення установчої влади, водночас перебуває у визначених Конституцією України межах щодо порядку її здійснення».

У рішенні КСУ від 13 червня 2019 р. № 5-р/2019 (справа про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг) зазначено, що «важливою функцією Конституції України є обмеження державної влади як похідної вторинної від установчої влади народу» (абз. 3 п. 3.1 мотивувальної частини).

Концепція установчої влади використовувалася в тексті визнаного неконституційним Законом «Про всеукраїнський референдум» 2012 р. в контексті можливості ухвалення нової редакції Конституції на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою. Про установчу владу також згадується в постанові Верховної Ради України від 22 лютого 2014 р. № 750–VII «Про текст Конституції України в редакції 28 червня 1996 р., із змінами і доповненнями, внесеними законами України від 8 грудня 2004 р. № 2222–IV, від 1 лютого 2011 р. № 2952–VI, від 19 вересня 2013 р. № 586–VII».

Як слушно зазначає Ю. Барабаш, установча влада українського народу як конституційний феномен лише набуває своїх чітких рис [2, с. 79]. Питання щодо змісту і конкретних форм реалізації установчої влади було предметом дослідження Р. Максакової («Конституційно-правові проблеми організації і реалізації установчої влади в Україні»). Зокрема, за критерієм способу здійснення виокремлюється три її види: 1) революційна установча влада; 2) реформаційна установча влада; 3) функціональна установча влада. Учена відносить до установчої влади вибори, референдуми, загальні збори громадян за місцем проживання, місцеві ініціативи, громадські слухання, відкликання депутата [4, с. 154–156].

На думку Ю. Мірошніченка, установча влада українського народу – це сукупність природних та закріплених Конституцією України виключних прав народу, наслідком реалізації яких є утворення власної держави з визначенням її території та конституційного ладу, а також періодичне переобрання вищого представницького органу і глави держави. Виключними правами українського народу є: право на самовизначення, на встановлення власної держави (що є природним правом кожного народу), право визначати та змінювати конституційний лад в Україні (ч. 3 ст. 5 Конституції), право змінювати територію (матеріальну основу) власної держави (ст. 73 Конституції), право на обрання складу Верховної Ради та глави держави (ст. ст. 69–71, ч. 1 ст. 76, ч. 1 ст. 103 Основного закону)[5, с. 146–147]. Навіть більше, установчу владу можуть здійснювати інші суб'єкти безпосереднього народовладдя. Так, ідеться про статути територіальних громад, які вважаються актами установчого характеру і право на ухвалення яких повинно належати кожній територіальній громаді [5, с. 148].

На думку А. Селіванова, актами установчої влади, які ухвалюються через форми народного волевиявлення, можуть бути не тільки Конституція і закони, але й декларації, маніфести, статути, якими запроваджуються, установлюються владні повноваження на регіональному і місцевому рівнях. Таким способом установча влада народу встановлює і утверджує «фактичну конституцію», тобто систему здійснення й організації влади, що задовольняє потреби населення, визначає особливості правопорядку в окремих місцевостях. У кожному конкретному випадку, який уже проявився у зв'язку зі зверненням Меджлісу кримськотатарського народу до Верховної Ради України про національно-територіальну автономію, варто виходити з визнання кримськотатарського народу корінним народом – суб'єктом установчої влади [15, с. 12–13].

У постанові від 9 жовтня 2013 р. у справі № 810/5449/13-а Київський окружний адміністративний суд формою реалізації установчої влади народу назвав мирні зібрання [16]. Подавалися позови «на дії установчої влади» з нарахування та здійснення соціальних виплат [17].

О. Прієшкіна, наприклад, розглядає установчу владу народу з позицій ухвалення і всенародного обговорення проєктів законів, контролю над будь-якою гілкою влади з боку народу тощо [18, с. 164–165].

Отже, ми бачимо досить широкий підхід до інтерпретації установчої влади. Широке розуміння установчої влади по суті робить її синоні-

мом народного суверенітету або ж навіть іноді влади територіальної громади. Не ставимо за мету проаналізувати всі описані інтерпретації установчої влади і форми її реалізації, лише зазначимо, що настільки різні підходи до розуміння установчої влади, а також посилення на неї і використання в державно-правовому житті не сприяють створенню послідовної конституційної концепції реформування Конституції України.

Більш обґрунтованою видається позиція С. Шевчука, який зазначає, що конституціоналізм засновується, зокрема, на розрізненні установчої влади народу, який шляхом реалізації свого суверенітету ухвалює конституцію, яка забезпечує свободу індивідів та гарантує принцип «обмеженого правління», що впливає з теорії суспільного договору, з державною владою, яка в демократіях тісно поєднана з виборчими повноваженнями електорату [19, с. 149]. Також варто підтримати М. Савчина, який визначає установчу владу як організаційний та процедурний порядок утвердження конституції згідно з демократичними та відкритими засадами здійснення процедури з ухвалення або перегляду Основного закону, що володіє вищою юридичною силою [6, с. 302].

**Висновки.** Отже, доктрина установчої влади в Україні має тривалу історію. У подальшому вона має будуватися на відповідних концептах, які завдячують своїй появі зародженню конституціоналізму у світі як такого і революційним подіям, передусім у Франції XVIII ст. Уважаємо, що український концепт установчої влади має ґрунтуватися на фундаментальних розробках Е.Ж. Сійєса, Карла Шмітта, Ж.-П. Жакке й інших учених та має пов'язуватися передусім із процесом ухвалення Конституції та внесенням до неї змін. Установча влада є водночас науковою концепцією, яка пояснює і певним чином легітимує відповідні суспільні вища.

В українській науці ми бачимо досить широкий підхід до інтерпретації установчої влади. Широке розуміння установчої влади по суті робить її синонімом народного суверенітету або ж навіть в окремих випадках влади територіальної громади. Настільки різні підходи до розуміння установчої влади, а також посилення на неї і використання в державно-правовому житті не сприяють створення послідовної конституційної концепції реформування Конституції України. Широке розуміння установчої влади та її змішування з народним суверенітетом видається недостатньо обґрунтованим, натомість має йтися радше про ухвалення конституції і внесення до неї змін.

**Список літератури:**

1. Барабаш Ю. Право визначення конституційного ладу народом України : аналітична записка № 2 Комісії з питань здійснення народовладдя. *Конституційна асамблея: політико-правові аспекти діяльності*. 2012. № 3. С. 4–12.
2. Барабаш Ю. Установча влада українського народу як конституційний феномен. *Право України*. 2009. № 11. С. 73–80
3. Бориславська О. Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз. Харків : Право, 2018. 384 с.
4. Максакова Р. Конституційно-правові проблеми організації та реалізації установчої влади в Україні. Запоріжжя : Класичний приватний університет, 2012. 436 с.
5. Мірошниченко Ю. Конституційно-правове забезпечення народовладдя в Україні. Київ : Фенікс, 2012. 360 с.
6. Савчин М. Конституціоналізм і природа конституції. Ужгород : Поліграфцентр «Ліра», 2009. 372 с.
7. Стрижак А. Установча влада: основні критерії легітимності внесення змін до Конституції України. Київ : Логос, 2013. 132 с
8. Єрмолаєв В. Історія вищих представницьких органів влади в Україні. Харків : Право, 2007. 280 с.
9. Ейхельман О. Проект Конституції – основних державних законів – Української Народньої Республіки. Київ ; Тернів : Вид-во С.У.Д., 1921. 96 + VIII с.
10. Дністрянський С. Загальна наука права і політики. Львів : Видавництво УКУ, 2019. Ч. 1. 428 с.
11. Старосольський В. Держава і політичне право : у 2-х ч. Перевид. 1923 р. Київ : Логос Україна, 2017. Ч. 2. 464 с.
12. Стенограма засідання комісії з розробки нової Конституції України 12 січня 1994 р. *Конституція незалежної України* : у 3-х кн. / заг. ред. : С. Головатий. Київ : Право, 1998. Кн. 3. Ч. 2 : Документи. Стенограми. С. 3–71.
13. Стенограма засідання комісії з розробки нової Конституції України 3 травня 1993 р. *Конституція незалежної України* : у 3-х кн. / заг. ред. : С. Головатий. Київ : Право, 1998. Кн. 3. Ч. 1 : Документи. Стенограми. С. 224–283.
14. Джерела конституційного права України / відп. ред. : Ю. Шемшученко, О. Ющик. Київ : Наук. думка, 2010. 711 с.
15. Селіванов А. Реалії конституційного права України. Київ : Логос, 2015. 84 с.
16. Постанова Київського окружного адміністративного суду від 9 жовтня 2013 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/34010191>.
17. Ухвала Дарницького районного суду м. Києва від 5 липня 2011 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/17802611>.
18. Прієшкіна О. Конституційний лад України: актуальні питання становлення, інституціоналізації та розвитку. Одеса : Фенікс, 2008. 280 с.
19. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Київ : Реферат, 2007. 640 с.

**Berchenko H.V. THE CONCEPT OF “CONSTITUENT POWER”  
IN THE MODERN UKRAINIAN SCIENTIFIC DISCOURSE**

*The article analyzes the concept of constituent power, which is a real doctrinal prerequisite for theoretical development and practice of rule-making, law enforcement and interpretation of law. This concept was used in the text of the unconstitutional Law “On the All-Ukrainian Referendum” of 2012 in the context of the possibility of adopting a new version of the Constitution in an all-Ukrainian referendum on the people’s initiative. The constituent power is also mentioned in the Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine of February 22, 2014 № 750–VII “On the Text of the Constitution of Ukraine as amended on June 28, 1996, as amended by the Laws of Ukraine of December 8, 2004 № 2222–IV, of February 1, 2011 № 2952–VI, dated September 19, 2013 № 586–VII”.*

*In Ukrainian science, we see a fairly broad approach to the interpretation of the constituent power. A broad understanding of the constituent power essentially makes it synonymous with popular sovereignty or even in some cases the power of the territorial community. Such different approaches to understanding the constituent power, as well as references to it and use in state and legal life do not contribute to the creation of a consistent constitutional concept of reforming the Constitution of Ukraine.*

*The doctrine of the constituent power in Ukraine must be based on appropriate concepts, which owe their emergence to the emergence of constitutionalism in the world as such and revolutionary events, especially in France in the eighteenth century. We believe that the Ukrainian concept of constituent power should be based on the fundamental developments of Sieyes, Carl Schmitt and other scholars and should be associated with the*

*process of adopting the Constitution and amending it. In this case, the constituent power is both a scientific concept that explains and in some way legitimizes the relevant social higher. It is a question of separation of the initial and institutional constituent power of the people. The broad understanding of the constituent power and its mixing with the people's sovereignty seems insufficiently substantiated, but it should be more a question of adopting the constitution and making changes to it.*

**Key words:** *constitution, constituent power, Constituent Assembly, Constitutional Court of Ukraine, referendum.*