

КОНЦЕПЦІЯ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ ТА ЇЇ РОЗВИТОК В УКРАЇНІ

Берченко Г. В.,

кандидат юридичних наук,
асистент кафедри конституційного права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, м. Харків

Анотація: У статті аналізується виникнення концепції установчої влади, її значення у французькій та американській конституційній доктрині. Проаналізовано використання концепції установчої влади в практиці Конституційного Суду України, законодавстві та судовій практиці.

Концепція установчої влади є не тільки реальною доктринальною передумовою для теоретичних розробок і практики нормотворчості, правозастосування і тлумачення норм права, але іноді розуміється поверхнево й використовується для обґрунтування досить сумнівних законодавчих положень, що піддаються критиці вченими-юристами. Зокрема, йдеться про норми Закону «Про всеукраїнський референдум» у частині, що дозволяють ухвалювати нову редакцію Конституції на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою. Так само доктрина установчої влади покликана була освітати достатньо сумнівне з юридичної точки зору «відновлення» тексту Конституції у лютому 2014 року.

Ключові слова: установча влада, народ, зміни до Конституції, нова Конституція, референдум, Конституційна асамблея.

Анотация: В статье анализируется возникновение концепции учредительной власти, ее значение во французской и американской конституционной доктрине. Проанализировано использование концепции учредительной власти в практике Конституционного Суда Украины, законодательстве и судебной практике судов общей юрисдикции.

Концепция учредительной власти является не только реальной доктринальной предпосылкой для теоретических разработок и практики нормотворчества, правоприменения и толкования норм права, но иногда понимается поверхностно и используется для обоснования законодательных положений, которые подвергаются критике учеными-юристами. Речь идет о нормах Закона «О всеукраинском референдуме» в части, позволяющей принимать новую редакцию Конституции на всеукраинском референдуме по народной инициативе. Так же доктрина учредительной власти призвана была освятить достаточно сомнительное с юридической точки зрения «восстановление» текста Конституции в феврале 2014 года.

Ключевые слова: учредительная власть, народ, изменения в Конституцию, новая Конституция, референдум, Конституционная ассамблея.

Annotation: This article analyzes the emergence of the concept of constituent power, its importance in the French and American constitutional doctrine. Analyzed using the concept of constituent power in the practice of the Constitutional Court of Ukraine, legislation and judicial practice of courts of general jurisdiction.

The concept of constituent power is not only a real doctrinal premise for theoretical development and practice of rule-making, enforcement and interpretation of the law, but sometimes superficially understood and used to justify legislative provisions that have been criticized by scientists, lawyers. We are talking about the norms of the Law «On the national referendum» in terms of which to take on the new constitution a national referendum on people's initiative. The same doctrine of constituent power was intended to consecrate enough questionable from a legal point of view, «restoration» of the Constitution in February 2014.

Key words: constituent power, the people, the changes to the Constitution, the new Constitution, the referendum, the Constitutional Assembly.

Останнім часом концепція установчої влади все частіше використовується як певна передумова, що лежить в основі конституційного порядку, на якій ґрунтується Конституція України і яка визначає подальші шляхи конституційного реформування. Проте в її тлумаченні сьогодні висловлюється достатньо широка палітра поглядів, обсяг якої зіставний хіба що з категорією «конституційний лад».

Метою статті є встановлення ролі концепції установчої влади в сучасній конституційно-правовій доктрині і практиці. Завданнями статті є: дослідження використання концепції установчої влади в законодавстві і судовій практиці; встановлення проблемних питань інтерпретації концепції установчої влади та перспективних напрямів її дослідження. Новизна статті полягає в аналізі проблемних питань змісту установчої влади і її втілення в Україні.

Як зазначає В. Шаповал, ключову роль у становленні практики конституціоналізму відіграла Теорія установчої влади. За цією теорією, яка конкретизує більш загальну теорію народного суверенітету і, водночас, є її своєрідною версією,

конституція, як основний закон, визнається актом первинної (установчої) влади (фр. *pouvoir constituant*), що безпосередньо належить народу, і має найвищу силу [1, с. 28]. Ідея необмеженої установчої влади, що належить виключно сукупності суверенних громадян і здійснюваною ними на свій розсуд знайшла широке розповсюдження завдяки теорії природного права, завдяки Пуфендорфу і Вольфу, а практичне застосування знаходить вперше в Сполучених Штатах, а потім в революційній Франції разом з теоретичним вираженням у вченні про *pouvoir constituant*, з якого виходять і в якому зливаються всі державні влади [2, с. 488-489].

Як зазначає Е.Е. Понтович, встановлення конституції держави не могли не породити уявлення про існування і в народі – сукупності вільних, рівних особистостей – постійної влади встановлювати та переглядати свою конституцію. Ця влада, вища в державі, гарантує недоторканність прав особистості, бо нею визначається весь державний устрій. Надалі вона і отримала назву установчої влади. Цієї ідеї точно так само не могло виникнути раніше. Встановлення конституцій нового часу, встановлення їх договором вільних, рівних індивідів знаменувало знищення всього історичного минулого.

Встановлення конституції означало, разом з тим, як би заснування нового суспільства, нової держави, яка, таким чином, набувала характер єдності, що складається з суми рівних індивідів, механічного або арифметичного цілого. Досить істотно в цьому питанні і те, що конституційний договір стає договором не між владою з одного боку та іншими громадськими силами з іншого, але договором між людьми, що встановлюють державну владу. Ця обставина становить вже найближчу підставу для виникнення уявлення про те, що народу належить влада засновувати конституцію, установча влада [3, с. 35-36].

На думку М.В. Савчина, установчу владу можна визначити як організаційний та процедурний порядок утвердження конституції згідно з демократичними та відкритими здійснення процедури по прийняттю або перегляду Основного закону, що володіє вищою юридичною силою [4, с. 302].

Теорія установчої влади була досконало окреслена Е. Сійссом, який 1789 р. першим вжив відповідний термін. Він наголошував, що державні органи, віднесені до встановлених «влад», не можуть вносити зміни до конституції як акта установчої влади. Як зазначає В. Шаповал, за змістом цієї тези випливає малозмінюваність конституції [1, с. 29].

Про цьому концепція установчої влади не є беззаперечною. Так, на думку М. Оріу, французький досвід відвернув науку від теорії установчої влади. Крім того, «сама по собі ця ідея не витримує критики, рівно як і доктрина делегації урядової влади. Нація, відокремлена від своїх урядових органів, не має більше ані установчої, ані урядової компетенції. Тому створювати чи переглядати конституції повинні звичайна урядова влада. На неї можна лише покласти обов'язок дотримання особливих формальностей для надання урочистості конституційним законам» [5, с. 633]. Проте ця думка не знайшла свого належного визнання і поширення в науці.

У США, наприклад, концепція установчої влади (The concept of constituent power) виводиться з преамбули Конституції США, яка починається зі слів: «Ми, народ Сполучених Штатів...» [Див. детальніше: 6].

С. Шевчук зазначає, що конституціоналізм, зокрема, засновується на розрізненні установчої влади народу, котрий шляхом реалізації свого суверенітету приймає конституцію, яка забезпечує свободу індивідів та гарантує принцип «обмеженого правління», що впливає з теорії суспільного договору, з державною владою, яка у демократіях тісно поєднана з виборчими повноваженнями електорату [7, с. 149].

На думку Ж.-П. Жакке, установчою владою є сукупність органів, на обов'язку яких лежить розробка і перегляд конституції [8, с. 107]. Вчений виділяє первісну і інституційну установчу владу.

Первісна установча влада розробляє конституцію, коли немає іншої чинної конституції. Таке становище може скластися або в результаті утворення нової держави, або в результаті революції, що припинила дію попередньої конституції.

Інституційна установча влада створюється конституцією; цій владі поручається змінювати конституційний акт. У цій якості вона може діяти тільки у відповідності з конституційним актом і

повинна дотримуватися обмежень, що містяться в конституції, стосовно процедури перегляду її змісту [8, с. 108].

Що ж до України, то Конституційний Суд України визнав: «Конституція України, як Основний Закон держави, за своєю юридичною природою є актом установчої влади, що належить народу. Установча влада по відношенню до 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 цьому випадку установча влада була здійснена парламентом» (п. 2 мотивувальної частини Рішення КСУ у справі за конституційним зверненням Барабаша Олександра Леонідовича щодо офіційного тлумачення частини п'ятої статті 94 та статті 160 Конституції України (справа про набуття чинності Конституцією України) від 3 жовтня 1997 року № 4-зп).

Посилання на концепції установчої влади можна зустріти в окремих окремі нормах закону «Про всеукраїнський референдум» від 06.11.2012 № 5475-VI, які передбачають право ухвалювати на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою нову конституцію. Так, відповідно до ч. 2 ст. 15: «Шляхом всеукраїнського референдуму за народною ініціативою Український народ як носій суверенітету і єдине джерело влади в Україні може реалізувати своє виключне право визначити і змінювати конституційний лад в Україні шляхом прийняття Конституції України (установчу владу) у порядку, який визначений цим Законом».

Виходячи з того, що Конституція України є актом установчої влади Українського народу, враховуючи наявні у парламенті виключні повноваження вносити зміни до Конституції України як елемент установчої влади Верховна Рада України ухвалила постанову 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». Отже, концепція установчої влади, стала доктринальною основою для повернення до тексту Конституції України в редакції 2004 року.

Іноді на практиці зустрічається достатньо широка інтерпретація установчої влади. Так, у постанові від 9 жовтня 2013 року у справі №810/5449/13-а Київський окружний адміністративний суд зазначив, що «мирні зібрання є формою реалізації установчої влади народу» [9].

Отже, можна однозначно стверджувати, що на рівні законодавчих актів, а також юридичної доктрини, виробленої Конституційним Судом України, сприйняття концепції установчої влади присутнє. Водночас наскільки зазначені посилання свідчать про реальне втілення концепції установчої влади в Україні, а не про лише її номінальне згадування, а також наскільки послідовно ця концепція усвідомлюється в доктрині і сприймається на практиці?

На сьогоднішній день в науці конституційного права України установча влада досліджується такими вченими як Ю.Г.Барабаш, Ю.Р.Мірошніченко,

Р.М. Максакова, М.В. Савчин, В.М. Шаповал та іншими.

Як справедливо зазначає Ю.Г. Барабаш, установча влада Українського народу як конституційний феномен лише набуває своїх чітких рис [10, с. 79]. Після аналізу вищевказаних законодавчих норм і судових рішень можна припустити, що концепція установчої влади є не тільки реальною доктринальною передумовою для теоретичних розробок і практики нормотворчості, правозастосування і тлумачення норм права, але іноді розуміється поверхнево й використовується для обґрунтування досить сумнівних законодавчих положень, що піддаються критиці вченим-юристами. Зокрема, йдеться про норми Закону «Про всеукраїнський референдум» у частині, що дозволяють ухвалювати нову редакцію Конституції на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою. Так само доктрина установчої влади покликана була освітати достатньо сумнівне з юридичної точки зору «відновлення» тексту Конституції у лютому 2014 року. Тим більше досить сумнівним є згадка про мирні зібрання як форму реалізації установчої влади.

Питання щодо змісту і конкретних форм реалізації установчої влади було предметом дослідження Р.М. Максакової «Конституційно-правові проблеми установчої влади в Україні» [11]. Зокрема, за критерієм способу здійснення виокремлюється три її види: 1) революційна установча влада; 2) реформаційна установча влада; 3) функціональна установча влада. Тим самим, ми бачимо досить широкій підхід до інтерпретації установчої влади. Установчу владу реалізує навіть Конституційний Суд, хоча вчена і критикує його за це. На думку Р.М. Максакової, практика здійснення Конституційним Судом України повноважень установчої влади (зокрема, повернення до попередньої редакції Конституції 1996 р. у зв'язку з визнанням неконституційним закону про внесення змін до Конституції України в 2004 р.) суперечить його конституційно-правовому статусу та є позаправовою формою здійснення установчої влади [11, с. 22]. Дослідниця говорить про можливість здійснення установчої влади у формах, які не визначені Конституцією і законами та навіть ними заборонені [11, с. 5]. Можна припустити, що йдеться, зокрема, про революційні перевороти, збройну боротьбу тощо [11, с. 12]. Вчена називає також таку форму реалізації установчої влади як участь у місцевих виборах [11, с. 6].

Не ставлячи за мету проаналізувати всі описані інтерпретації установчої влади і форм її реалізації, зазначимо лише, що настільки різні підходи до розуміння установчої влади, а також посилання на неї і використання в державно-правовому житті не сприяють створення послідовної конституційної концепції реформування Основного Закону.

Більше того, дозволимо собі поставити під сумнів нібито на перший погляд аксіоматичність втілення в нині чинному Основному Законі концепції установчої влади як такої. Питання виникають при аналізі XIII розділу, присвяченого внесенню змін до Конституції. Цікавим є розмежування, яке наводить Г. Єллінек. На його думку, згідно з конституціями, що засновані на установчій владі народу, встановлені такі особливі

складні форми для зміни конституції – або безпосереднє народне голосування або розпуск палат парламенту і повторне звернення до виборців, обговорення перегляду в спеціальних «ревізійних» палатах або конвентах. В інших державах встановлені різноманітні надзвичайні форми, в числі яких важливу роль грає вимога більшості, що переважає просту, в різних комбінаціях. Потім, нерідко вимагається багатократне голосування перегляду або голосування в наступних один за одним законодавчих зборах [2, с. 511].

В Україні, як відомо, лише I, III та XIII розділи Конституції України передбачає безпосереднє народне голосування. Решта змін не передбачає ані народного голосування, ані розпуску Верховної Ради. У зв'язку з цим слід звернути увагу на те, що розпуск парламенту є обов'язковою стадією внесення змін до Конституції (зокрема, у Нідерландах та Ісландії). Тому варто підтримати Ю.Г. Барабаша в тому, що така процедура проведення конституційної реформи є однією з найоптимальніших [12, с. 181] та має бути розглянута як перспективна для впровадження при реформуванні чинного Основного Закону.

Концепція установчої влади була покладена в основу функціонування Конституційної Асамблеї, яка вже припинила свою роботу. На сьогоднішній день до Верховної ради України внесений законопроект про внесення змін до Конституції № 4178а від 26.06.2014 р. [13], який вже розглянутий Венеціанською комісією. Отже, ідея подальшого конституційного реформування та навіть повного конституційного оновлення, без перебільшення, залишається, однією з ключових у сучасному правовому дискурсі. Саме тому ефективна її реалізація можлива тільки при ґрунтовному осмисленні природи конституції і теорії установчої влади, що її породжує.

ЛІТЕРАТУРА

1. Шаповал В. М. Сучасний конституціоналізм / В. М. Шаповал. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 560 с.
2. Еллінек Г. Общее учение о государстве / Г. Еллінек. – С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – 752 с.
3. Понтович Э.Э. Развитие конституции и учредительная власть / Понтович Э.Э. - Петроград: Огни, 1918. – 91 с.
4. Савчин М.В. Конституціоналізм і природа конституції / М.В. Савчин. – Ужгород: Поліграфцентр «Ліра», 2009. – 372 с.
5. Ориу М. Основы публичного права. Перевод с французского / Ориу М.; Пер. под ред.: Челябинов Н.; Пер. под ред. и с предисл: Пашуканис Е. – М.: Изд-во Ком. Акад., 1929. – 783 с.
6. The Paradox of constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form / Edited by Martin Loughlin & Neik Walker. – New York: Oxford University Press, 2007. – 375 p.
7. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К.: Реферат, 2007. – 640 с.
8. Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты: Учеб. пособие / Пер. с фр. / Ж.-П. Жакке. – М.: Юрист, 2002. – 365 с.
9. Постанова Київського окружного адміністративного суду від 9 жовтня 2013 року у справі № 810/5449/13-а [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/34010191>
10. Барабаш Ю.Г. Установча влада українського народу як конституційний феномен / Ю.Г. Барабаш // Право України. – 2009. – № 11. – С. 73-80

***Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна
№ 1137. Серія «ПРАВО». Випуск № 18, 2014 рік***

11. Максакова Р.М. Конституційно-правові проблеми установчої влади в Україні: автореферат дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02 / Р. М. Максакова ; Нац. акад. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2013. – 36 с.

12. Барабаш Ю. Г. Державно-правові конфлікти в теорії та практиці конституційного права: Монографія. – Х.: Право, 2008. – 220 с.

13. Про внесення змін до Конституції України: Проект Закону від 26.06.2014 р. № 4178а [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=51513