

Берченко Г. В.,*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного права України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

УСТАНОВЧА ВЛАДА: ЕВОЛЮЦІЯ І СУЧАСНІ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ

Анотація. У статті проаналізовано концепцію установчої влади, яка є реальною доктринальною передумовою для теоретичних розробок і практики нормотворчості, правозастосування й 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 у Постанові Верховної Ради України «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» від 22 лютого 2014 року № 750-VII.

Питання установчої влади починає формуватися паралельно із зосередженням уваги в суспільному дискурсі на ідеї конституції. Доктрина установчої влади має тривалу історію і будувалася на відповідних концептах, які завдячують своїй появі зародженню конституціоналізму у світі як такого і революційних подій, передусім у Франції XVIII ст., що пов'язувалось насамперед із процесом ухвалення конституції та внесенням до неї змін. При цьому установча влада є одночасно науковою концепцією, яка пояснює і певним чином легітимізує відповідні суспільні явища. Водночас нині концепція установчої влади переживає своєрідну кризу, пов'язану з популістськими рухами й відповідною державно-правовою практикою. Ця концепція не є безапеляційною і такою, що сприймається усіма в науці. Передусім теза про належність установчої влади виключно народу насправді не є загальновизнаною. Найавторитетнішими критиками концепції установчої влади вважаються М. Оріу і В. Орландо, з'являються – Е. Арато.

Вважаємо, що український концепт установчої влади має ґрунтуватися на фундаментальних розробках Е. Сійєса, К. Шмітта, Ж.-П. Жакке та інших учених. Йдеться про виокремлення первісної та 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 скоріше про прийняття конституції та внесення до неї змін.

Ключові слова: конституція, установча влада, установчі збори, революція, популізм.

Постановка проблеми. Концепція установчої влади часто є реальною доктринальною передумовою для теоретичних розробок і практики нормотворчості, правозастосування й 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 «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» від 22 лютого 2014 року № 750-VII.

До наукових досліджень, присвячених установчій владі, варто віднести праці Е. Арато [1], М. Оріу [2], В. Орландо [3], А.А. Стрижака [4], В.М. Шаповала [5; 6]. Варто відзначити, що в дослідженнях часто використовуються різні підходи до концепції установчої влади й навіть звучить її повне заперечення. Більш детальне дослідження поглядів на установчу владу є вкрай важливим для подальшого вдосконалення Конституції України.

Мета статті полягає у з'ясуванні змісту концепту «установча влада» в сучасному науковому дискурсі та його еволюції. Завданнями статті є з'ясування історичних коренів концепції установчої влади, з'ясування змісту концептуальних засад розуміння установчої влади, що панує у сучасній науці; встановлення аргументів, які використовуються для забезпечення концепції установчої влади.

Виклад основного матеріалу дослідження. Питання установчої влади починає формуватися паралельно із зосередженням уваги в суспільному дискурсі на ідеї конституції. Розмірковуючи про зміну конституції, швейцарець Е. де Ваттель доходить висновку про те, що повноваження видавати закони належить до законодавчої влади, проте її повноваження не йдуть далі, влада органів законодавчої влади не поширюється на зміну основних законів і конституції. Основні закони мають бути для них священними, якщо лише нація прямо не дала їм владу змінювати ці закони, оскільки конституція держави має бути стійкою; оскільки нація спочатку встановлює конституцію, а потім довіряє законодавчу владу певним особам, остільки основні закони вилучені зі сфери їх повноважень. Ніщо не дає змогу думати, що суспільство бажало підкорити конституцію волі законодавців. Зрештою, джерелом законодавчої влади є конституція. Як вони можуть її змінити, не руйнуючи джерела своїх повноважень [7, с. 54]?

Тут варто згадати про те, що тоді поширення набувала теорія природного права й суспільного договору, відповідно до якої вже існував певний суспільний договір, який фактично розуміє під конституцією Е. де Ваттель, тому питання стосувалося саме змін, а не прийняття конституції. За відповідною логікою, конституція вже є певним наявним (неписаним) суспільним договором, і можна ставити питання лише щодо його зміни, проте не в суттєвих положеннях. Питання про нову конституцію Е. де Ваттель оминає.

Ідея необмеженої установчої влади, що належить виключно сукупності суверенних громадян і здійснюється ними на свій

розсуд, отримала велике поширення завдяки теорії природного права завдяки Пуфендорфу і Вольфу, а практичне застосування отримує вперше в Сполучених Штатах, а потім у революційній Франції разом із теоретичним вираженням у вченні про “*pouvoir constituant*”, з якого виходять і в якому зливаються всі державні влади [8, с. 488–489]. Ідею про особливу юридичну природу основного закону (конституції) першими сформулювали представники школи природного права Х. Вольф і Е. де Ваттель. Їх треба вважати фундаторами основ концепції установчої влади, що набула широкого визначення з початку Великої французької революції, хоча термін «установча влада» вони ще не використовували [6, с. 295].

Установча влада від самого початку була революційною концепцією [9, с. 658]. Теорія установчої влади була досконало окреслена Е. Сійєсом, який у 1789 р. першим вжив відповідний термін. Він наголошував на тому, що державні органи, віднесені до встановлених «влад», не можуть вносити зміни до конституції як акта установчої влади. Як зазначає В.М. Шаповал, зі змісту цієї тези випливає малозмінюваність конституції [10, с. 29].

Ця установча влада є «секуляризованим варіантом божественної сили створювати певний порядок, не будучи підпорядкованою йому» (вислів Ульріха Прейса). Е. Сійєс відрізняв цю надзвичайну владу від встановленої влади, яка, на його погляд, полягала у більш рутинному здійсненні колективного суверенітету обраними представниками. Цим безповоротно визнавалася зверхність установчої влади [11, с. 152]. Тут справедливо буде згадати думку Карла Шмітта про те, що всі точні поняття сучасного вчення про державу являють собою секуляризовані теологічні поняття [12, с. 57].

Як зазначає Е.Е. Понтович, встановлення конституції держави не могли не породити уявлення про існування в народі, тобто сукупності вільних, рівних особистостей, постійної влади встановлювати та переглядати свою конституцію. Ця влада, що є вищою в державі, гарантує недоторканність прав особистості, бо нею визначається весь державний устрій. Надалі вона отримала назву установчої влади. Ця ідея точно так само не могла виникнути раніше. Встановлення конституцій нового часу, встановлення їх договором вільних, рівних індивідів значували знищення всього історичного минулого. Встановлення конституції означало заснування нового суспільства, нової держави, яка набувала характеру єдності, що складається із суми рівних індивідів, механічного або арифметичного цілого. Досить істотним у цьому питанні є те, що конституційний договір стає договором не між владою, з одного боку, та іншими громадськими силами, з іншого боку, а договором між людьми, що встановлюють державну владу [13, с. 35–36].

Результатом поширення концепції установчої влади було визнання різної юридичної природи конституції і законів: якщо конституція вважалась актом установчої влади, з чого виводили її найвищу юридичну силу, то закони – актами законодавчої влади, чим пояснювали їх відносно нижчу силу, відносну субординацію до конституції. Основний зміст концепції установчої влади, яка є складовою частиною теорії народного суверенітету, зберігає своє значення сьогодні, а ідеї, що його становлять, відображаються в більшості сучасних конституцій [6, с. 301]. На думку В.М. Шаповала, нині зміст концепції установчої влади зберігає своє значення, а ідеї, що становлять цей зміст, іноді у прямій формі зафіксовані в основних законах. Важливим є те, що зміст названої концепції безпосередньо

пов'язаний з принципом народного суверенітету, який її опосередковує [5, с. 114]. При цьому під час аналізу постулату, що установча влада належить народові, відразу впадає у вічі те, що така влада фактично належить більшості, а в рамках цієї системи координат доволі важко забезпечити легітимний механізм ухвалення рішень [4, с. 16].

Т. Маунц стверджує, що установча влада (“*pouvoir constituant*”) – це політична воля й правове повноваження ухвалювати принципи рішення про політичне існування народу. Корені вчення про установчу владу уходять в коло проблем народного суверенітету. Народ стає самостійною політичною величиною і силою [14, с. 102].

Водночас описана концепція не є безпеліційною і такою, що сприймається усіма в науці. Варто погодитися з А.А. Стрижаком у тому, що в наукових колах не існує єдиної думки про поняття, сутності та зміст установчої влади [4, с. 15]. Передусім теза про належність установчої влади виключно народу насправді не є загальновизнаною. Досить яскраво про багатозначність і різноаспектність установчої влади пише Ганс-Петер Шнайдер. Поняття установчої влади може вживатися в соціолого-емпіричному, політико-полемічному й нормативно-правовому сенсі. Якщо влада, що засновує конституцію, трактується соціолого-емпірично, то йдеться про фактичну владу або авторитет, що здатний створити певну конституцію і ввести її в дію. Якщо під час трактування проблеми установчої влади необхідно відповісти на питання про те, хто в цій політичній системі має право її створювати, тобто хто володіє повноваженням прийняти конституцію, тоді в центр уваги ставиться політико-полемічне значення цього поняття. В такому сенсі можна говорити про належність влади, яка передбачає створення конституції, безпосередньо народу (демократичний принцип) і протиставляти її владі державця (монархічний принцип) або народного представництва (парламентський принцип). Звісно, зовсім не обов'язково, щоби в умовах демократії влада, що засновує конституцію, завжди належала народу. Встановлення цієї влади завжди є значною мірою проблемою політичної культури й традиції [15, с. 203].

Наступним дискусійним моментом є питання про різновиди установчої влади, а саме її поділ на первісну й вторинну. На думку Ж.-П. Жакке, установчою владою є сукупність органів, до обов'язків яких належать розроблення й перегляд конституції [16, с. 107]. Вчений виділяє первісну та інституційну установчу владу. Первісна установча влада розробляє конституцію, коли немає іншої діючої конституції. Таке становище може скластися або в результаті утворення нової держави, або в результаті революції, що припинила дію попередньої конституції. В обох випадках первісна установча влада під час становлення нового юридичного порядку є безумовною (“*inconditionné*”). Джерелом повноважень первісної установчої влади є політичний порядок (“*ordre politique*”), оскільки установча влада – це влада факту, яка втілена в її постійності і в ідеях, що закладені в цю владу, завдяки якій конституція розробляється. Первісна установча влада, зокрема її легітимність, залежить від успіху революції. Ухвалення конституції формує цілі уряду й знаменує прихід до влади певного уряду на підставі права. Ухвалення конституції означає зникнення первісної установчої влади, яка, виконавши своє завдання, звільняє місце для інституційної установчої влади. Інституційна установча влада створюється конституцією; цій владі доручається змі-

новати конституційний акт. В цій ролі вона може діяти тільки згідно з конституційним актом і має дотримуватися обмежень, що містяться в конституції, стосовно процедури перегляду її змісту [16, с. 108].

Так само А. Демішель, Ф. Демішель, М. Пікемаль стверджують, що доктрина традиційно розрізняє первісну установчу владу, що полягає в розробленні конституції, якщо її немає або вже немає (наприклад, у результаті революції), і похідну установчу владу, що полягає у зміні тексту конституції в межах, що передбачені самою конституцією. Припускається, що перша повністю вільна, а друга суворо обмежена. Відзначена відмінність може здатися простою й логічною. Фактично ж вона досить відносна [17, с. 23]. Аналогічний поділ установчої влади можна знайти у М. Гунеля (первісна і встановлена установча влада) [18, с. 210–211], а також Ж. Бюрдо, який виокремлює природну (первісну) і призначену установчу владу (тобто встановлену самою конституцією) [19]. Про первісну установчу владу писав і відомий німецький учений Карл Шмітт, розрізняючи суверенну і комісарську диктатуру [20, с. 156–158].

Висувалась ідея про виокремлення ревізійної влади. Так, на думку В. Орландо, якщо розуміється проста зміна конституційного закону, то таку владу називають ревізійною [3, с. 114–115]. Водночас важко тут побачити відмежування ревізійної влади від установчої влади, про яке пише В.М. Шаповал [6, с. 303]. Скоріш за все, йдеться лише про різновид установчої влади, коли відбувається внесення змін до чинної конституції (а не ухвалюється нова). Той же В. Орландо вживає, як видається, установчу й ревізійну владу як синоніми, насправді не надаючи цьому розмежуванню якогось суттєвого значення, більш того, заперечуючи обидві концепції та виступаючи їх противником [3, с. 115–116].

Наостанок розглянемо питання критики або ж радикального заперечення концепції установчої влади загалом. Найавторитетнішим критиком концепції установчої влади вважається М. Оріу. На його думку, французький досвід відвернув науку від теорії установчої влади. Крім того, на його думку, «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 повинна звичайна урядова влада. На неї можна лише покласти обов'язок дотримання особливих формальностей для надання урочистості конституційним законам» [2, с. 633]. Проте ця думка не знайшла свого належного визнання й поширення в науці, а ідея установчої влади продовжила свій розвиток.

Італійський державознавець В. Орландо, якого ми вже згадували, посилаючись на досвід Англії та Італії, заперечував необхідність виокремлення установчої влади. Він не бачив об'єктивних ознак, які відрізняли конституційний закон від звичайного. Крім того, вчений доводив, що конституційні хартії не можуть вважатися такими, що містять методичну координацію найбільш істотних принципів публічного права. Проте навіть якщо припустити гіпотезу щодо технічної досконалості конституційних хартії, слід зазначити, що вони ніколи не зможуть охопити всі істотні та життєві частини державного права. Величезна частина державного права, притому найбільш важлива, за своїм характером виникає від позитивних формул (писана конституція Англії не містить навіть юридичної ознаки існування кабінету). Можуть виникнути в житті держави надзви-

чайно важливі питання публічного права, яких законодавець не може ні передбачити, ні регламентувати. До того ж установча влада, яка, за гіпотезою, була би здатна змінити форму держави, перебувала поза державою, що є неприпустимою концепцією; так само недопустимо, щоб конституція допускала існування влади, що здатна її зруйнувати [3, с. 114–116].

Досить авторитетним сучасним критиком концепції установчої влади виступає Е. Арато. На його думку, ідея суверенної установчої влади не є першим історичним розумінням конституцієтворення. Наповнення установчої влади поняттям народу було пов'язано з чотирма поняттями, пов'язаними із сучасною епохою, а саме поняттями суспільного договору, суверенітету, розуміння народу як єдності цілого, а не частини населення, розподілу влади [1, с. 45]. Е. Арато висуває ідею створення післясуверенної конституції, яка виникла з революційної та популістської ідеї суверенної установчої влади. Вона є важливою альтернативою концепції установчої влади, що втілюється у народному суверенітеті. Проте, незважаючи на передчасні некрологи, ідея про установчу владу «народу» є ще дуже живою. Припущення про її життєздатність пов'язані з поверненням популістських та революційних форм становлення конституції спочатку в республіках Латинської Америки, а потім на Близькому Сході. Проте концептуальні основи цього традиційного поняття вже похитнулись. При цьому Е. Арато вважає серйозною помилкою просто розглядати документальну конституцію країн як єдиний об'єкт вивчення створення конституції [1, с. 1, 2].

Варто звернути увагу на те, що однією з підстав для такої радикальної критики установчої влади є проблема популізму. Дійсно, не варто недооцінювати загрози, які випливають із популістського прочитання установчої влади. Л. Коррієс висуває гіпотезу про те, що популізм містить (переважно неявно) конституційну теорію, яка складається з трьох окремих, хоча і взаємопов'язаних тверджень. Перше твердження стосується природи установчої влади, друге – сфери народного суверенітету, а третє – того, що передбачає конституційна ідентичність [21, с. 8]. З позицій установчої влади народ розуміється як такий, що вже існував до і незалежно від конституційного ладу. Найголовніше, що популісти неявно стверджують, що існує абсолютний примат установчої влади над конституцією та правилами й повноваженнями, що походять від неї. Народ як установча влада, зрештою, не пов'язаний конституційними обмеженнями, оскільки є джерелом, з якого конституція отримує свою легітимність [21, с. 9]. Коротше кажучи, популістське читання установчої влади демонструє сильну перевагу верховенства людей над верховенством права і, як наслідок, загальну недовіру до закону та процедур [21, с. 10]. Водночас, мабуть, популістське прочитання установчої влади не варто ототожнювати із самою концепцією, що фактично робить той же Е. Арато.

Висновки. Доктрина установчої влади має тривалу історію і будувалась на відповідних концептах, які завдячують своїй появі зародженню конституціоналізму у світі як такого і революційних подій, передусім у Франції XVIII ст., що пов'язувалося насамперед із процесом ухвалення конституції та внесенням до неї змін. При цьому установча влада є одночасно науковою концепцією, яка пояснює і певним чином легітимус відповідні суспільні вища. Водночас нині концепція установчої влади переживає своєрідну кризу, пов'язану з популістськими рухами і відповідною державно-правовою практикою.

Література:

1. Arato A. *The Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?* New York : Cambridge University Press, 2017. 482 p.
2. Ориу М. Основы публичного права. Москва : изд-во Ком. Акад., 1929. 783 с.
3. Орландо В. Принципы конституционного права. Москва : Т-во скоропеч. А.А. Левенсон, 1907. VIII, 297 с.
4. Стрижак А.А. Установча влада: основні критерії легітимності внесення змін до Конституції України. Київ : Логос, 2013. 132 с.
5. Джерела конституційного права України / відп. ред. Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик. Київ : Наукова думка, 2010. 711 с.
6. Проблеми сучасної конституціоналістики : навчальний посібник / за ред. А.Р. Крусян. Одеса : Фенікс, 2015. Вип. 3 : Сучасний український конституціоналізм. 526 с.
7. де Ваттель Э. Право народов, или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов. Москва : Госюриздат, 1960. 719 с.
8. Еллинек Г. Общее учение о государстве. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2004. 752 с.
9. Ktisch N. Pouvoir constituant and pouvoir irritant in the postnational order. *International Journal of Constitutional Law*. 2016. Vol. 14. Issue 3 (1 July 2016). P. 657–679.
10. Шаповал В.М. Сучасний конституціоналізм. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 560 с.
11. Розанвалон П. Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність. Київ : Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2009. 287 с.
12. Шмитт К. Политическая теология : сборник. Москва : КАНОН-пресс-Ц., 2000. 336 с.
13. Понтович Э.Э. Развитие конституции и учредительная власть. Петроград : Огни, 1918. 91 с.
14. Маунц Т. Государственное право Германии (ФРГ и ГДР). Москва : Издательство иностранной литературы, 1959. 596 с.
15. Государственное право Германии. Москва : Российская Академия наук ; Институт государства и права. Т. 2. 1994. 320 с.
16. Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты : учебное пособие. Москва : Юрист, 2002. 365 с.
17. Демишель А., Демишель Ф., Пикемаль М. Институты и власть во Франции. Институционные формы государственно-монополистического капитализма. Москва : Прогресс, 1977. 232 с.
18. Гунель М. Введение в публичное право: Институты – Основы – Источники. Москва : ИНТРАТЭК-Р, 1995. 285 с.
19. Бюрдо Ж. Учебник конституционного права [1947] : хрестоматия по конституционному праву. Т. 1 : История, теория и методология конституционного права. Учение о конституции / сост. Н.А. Богданова, Д.Г. Шустров. Санкт-Петербург : Алет Пресс, 2012. С. 743–747.
20. Шмитт К. Диктатура. От истоков современной идеи суверенитета до пролетарской классовой борьбы. Санкт-Петербург : Наука, 2005. 326 с.
21. Corrias L. Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity. *European Constitutional Law Review*. 2016. Vol. 12. Issue 1. P. 6–26.

Berchenko H. Constituent power: evolution and modern interpretations

Summary. 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”.

The question of constituent power begins to take shape in parallel with the focus of public discourse on the ideas of the constitution. The doctrine of constituent power has a long history and was based on relevant 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 associated primarily 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. At the same time, the concept of constituent power is currently experiencing a crisis associated with populist movements and relevant state and legal practices. This concept is not non-elation and also that is perceived by all in science. First of all, the thesis that the constituent power belongs exclusively to the people is not really generally accepted. M. Oriu and V. Orlando are considered to be the most authoritative critics of the concept of constituent power, today – A. Arato.

We believe that the Ukrainian concept of constituent power should be based on the fundamental developments of E. Siyes, C. Schmitt and other scientists. It is a question of separation of the initial and institutional constituent power of the people. The original constituent power is conceptually close to a sovereign dictatorship (according to C. Schmitt). A broad understanding of the constituent power and its confusion with the people’s sovereignty seems insufficiently substantiated, but it should be more about adopting a constitution and making changes to it.

Key words: constitution, constituent power, constituent assembly, revolution, populism.