

Р.М. Максакова

**КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ
ОРГАНІЗАЦІЇ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ
УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ**

Монографія

КЛАСИЧНИЙ ПРИВАТНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

Р.М. Максакова

**КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ
ОРГАНІЗАЦІЇ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ
УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ**

Монографія

Запоріжжя
Класичний приватний університет
2012

УДК 342.1; 342.5
ББК 67.400
М 17

Ухвалено до друку вченою радою
Класичного приватного університету
протокол № 10 від 27 червня 2012 р.

Рецензенти:

О.В. Батанов, доктор юридичних наук,
старший науковий співробітник;
А.Р. Крусян, доктор юридичних наук, професор;
В.Л. Федоренко, доктор юридичних наук, професор.

Максакова Р.М.

**М 17 Конституційно-правові проблеми організації та реалізації
установчої влади в Україні : монографія / Р.М. Максакова. –
Запоріжжя : Класичний приватний університет, 2012. – 436 с.
ISBN 978-966-414-178-6**

У монографії досліджено теоретичні проблеми установчої влади, її організації та реалізації в Україні. Охарактеризовано процес формування й розвитку “класичної” теорії установчої влади, сучасні трактування поняття “установча влада”. Визначено проблемні питання теорії установчої влади. Розглянуто методологічні проблеми дослідження феномену установчої влади, окреслено її специфічні ознаки й на цій основі запропоновано авторське визначення поняття “установча влада”. Обґрунтовано виділення видів і форм реалізації установчої влади. Проаналізовано конституційно-правове регулювання установчої влади в Україні в період від 1917 р. до цього часу. Охарактеризовано безпосереднє здійснення установчої влади Українським народом, а також реалізацію установчої влади в діяльності органів публічної влади в Україні.

Розрахована на науковців, політиків і державних службовців, викладачів, аспірантів, магістрів, студентів вищих навчальних закладів юридичного профілю, усіх, хто цікавиться проблемами теорії і практики сучасного конституційного права України.

**УДК 342.1; 342.5
ББК 67.400**

ISBN 978-966-414-178-6

© Максакова Р.М., 2012
© Класичний приватний університет, 2012

Світлій пам'яті мого батька
Миколи Юхимовича Кириченка
присвячую

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА.....	7
РОЗДІЛ 1. УСТАНОВЧА ВЛАДА: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ ПОНЯТТЯ	11
1.1. Розвиток і проблемні питання теорії установчої влади.....	11
1.1.1. Сучасне трактування поняття “установча влада”	11
1.1.2. Формування та розвиток “класичної” теорії установчої влади.....	23
1.1.3. Проблемні питання теорії установчої влади	43
1.2. Теоретико-методологічні основи визначення поняття установчої влади...	70
1.2.1. Публічна влада – вихідне поняття у визначенні установчої влади....	70
1.2.2. Установча влада як вид публічної влади	88
РОЗДІЛ 2. ПОНЯТТЯ, ВИДИ ТА ФОРМИ РЕАЛІЗАЦІЇ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ	102
2.1. Визначення поняття установчої влади	102
2.1.1. Специфічні ознаки установчої влади	102
2.1.2. Загальне поняття установчої влади	114
2.2. Види і форми реалізації установчої влади	128
2.2.1. Визначення видів установчої влади	128
2.2.2. Форми реалізації установчої влади	137
РОЗДІЛ 3. КОНСТИТУЦІЙНІ ОСНОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА ОРГАНІЗАЦІЇ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ	157
3.1. Конституювання установчої влади в Україні	157
3.1.1. Становлення української державності в контексті розвитку світового конституціоналізму	157
3.1.2. Суб’єкти й акти установчої влади на території України у 1917–1920 рр.	167
3.1.3. Реалізація установчої влади в Радянській Україні	177
3.2. Концептуальні підходи до визначення установчої влади в конституційному процесі України 1991–1996 рр.	195
3.2.1. Від Декларації про державний суверенітет України до Акта проголошення незалежності України	195
3.2.2. Концептуальне визначення установчої влади в Декларації про державний суверенітет України	208
3.2.3. Ідеї Декларації про державний суверенітет України й розробка нової Конституції України.....	216
3.3. Визначення установчої влади в чинній Конституції України.....	237
3.3.1. Суб’єкти установчої влади за Конституцією України	237
3.3.2. Прямі форми реалізації установчої влади за Конституцією України	251
3.3.3. Представницькі (похідні) форми реалізації установчої влади за Конституцією України.....	268

РОЗДІЛ 4. БЕЗПОСЕРЕДНЄ ЗДІЙСНЕННЯ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ УКРАЇНСЬКИМ НАРОДОМ	280
4.1. Реалізація народом установчої влади в конституційному процесі України	280
4.1.1. Проблема народного волевиявлення в конституційному процесі України в контексті світового досвіду	280
4.1.2. Новий етап конституційного процесу в Україні й проблема забезпечення участі в ньому Українського народу	307
4.2. Вибори як форма реалізації установчої влади	321
4.2.1. Специфічні риси виборів як форми реалізації установчої влади	321
4.2.2. Проблеми виборчого законодавства щодо забезпечення процесу здійснення установчої влади на правовій основі	326
4.3. Референдуми та інші форми здійснення установчої влади Українським народом	352
4.3.1. Загальнодержавний референдум у механізмі здійснення установчої влади	352
4.3.2. Референдум Автономної Республіки Крим та місцеві референдуми як форма здійснення установчої влади	374
4.3.3. Інші форми здійснення установчої влади народом	383
РОЗДІЛ 5. РЕАЛІЗАЦІЯ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ В ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ	402
5.1. Установчі повноваження Верховної Ради України	402
5.2. Реалізація установчої влади Президентом України	412
5.3. Реалізація установчої влади в діяльності органів місцевого самоврядування	416
ПІСЛЯМОВА	428

ПЕРЕДМОВА

Сучасні теорії демократії, в основу яких покладено ідею народного суверенітету, зазвичай вважають першим визначальним його проявом так звану *установчу владу* народу. Однак ближче знайомство з теоретичними уявленнями про цей феномен свідчить про те, що його наукове поняття досі залишається дискусійним, а реалізація ідеї народного суверенітету в практиці демократичної організації суспільства й сучасного державотворення не має якоїсь певної послідовності та однозначності.

Вивчення відповідної наукової літератури дає підстави для висновку, що поняття установчої влади, як і влади загалом, належать до тих фундаментальних наукових понять, що визначають наші знання про управління суспільством. При цьому складається враження, що поняття установчої влади не тільки не набуло досі однозначного й переконливого визначення в суспільній науці, а навпаки, із часом втратило своє первинне значення, і його розуміння стало ще більш проблемним; а у зв'язку із цим, у свою чергу, складається суперечлива практика конституційно-правового регулювання суспільних відносин, у чому переконує досвід, зокрема, незалежної України.

Так, Конституцією України встановлено, що носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ, і що право визначати та змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові й не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. Ще в 1997 р. Конституційний Суд України визначив, що Конституція України за своєю юридичною природою є актом установчої влади, яка належить народу та щодо так званих встановлених влад є первинною. Разом з тим практика національного державотворення неодноразово ставила під сумнів реальність цього положення; а вітчизняна юридична наука не сформулювала чіткої методологічної позиції в розробці теорії установчої влади.

Через відсутність належного правового механізму реалізації влади Українським народом, зокрема, визначення чи зміни конституційного ладу, норм Конституції України, перед сучасною юридичною наукою постає актуальне завдання теоретичного визначення статусу народу як суб'єкта правотворчої діяльності, перегляду традиційних

уявлень про установчу владу лише як право народу на прийняття та зміну Конституції.

Реалії сучасного конституційного процесу також ставлять під сумнів традиційне розуміння установчої влади як влади, що належить виключно народові й здійснюється ним через прийняття або зміну конституції. Таке розуміння залишає поза увагою інші форми безпосередньої реалізації влади народом (загальнодержавні та місцеві вибори й референдуми, здійснення народного волевиявлення через інші форми безпосередньої демократії тощо), а також реалізацію народом установчої влади через органи державної влади та органи місцевого самоврядування (установчі повноваження парламенту, глави держави, органів місцевого самоврядування). Теорія установчої влади не дає відповіді на ці питання, не пов'язуючи зміст поняття установчої влади з іншими формами, крім конституційного процесу. По суті, зміст загального поняття установчої влади відривається від форм її реалізації.

Питання реалізації установчої влади пов'язують у теорії, як правило, з демократичними процесами, а будь-які прояви установчої влади вважають проявами тієї або іншої форми демократії. Разом з тим чимало критиків вважають, що слово "демократія" використовується настільки часто, що воно втратило будь-яке певне значення¹. До того ж не всі форми демократії пов'язані з проявами установчої влади: так, демократичний народний контроль не вписується в поняття установчої влади.

Щоб дати переконливі відповіді на всі ці та інші питання, потрібна ґрунтовна теорія установчої влади. Тому в цій монографії досліджено природу установчої влади як одного з видів влади в суспільстві. У процесі свого дослідження автор спирався на теоретичні праці визнаних представників філософської думки минулого: Ю. Гачека, Г. Гегеля, Т. Гоббса, Г. Гроція, І. Канта, Ф. Лассалю, Дж. Локка, А.Л. Лоуелля, В.І. Леніна, К. Маркса, Ш.-Л. Монтеск'є, Е.Е. Понтовича, Л.А. Прево-Парадоля, Ж.-Ж. Руссо, Е.Ж. Сьейєса, Ф. Енгельса; праці в галузі теорії управління, філософії і теорії права таких зарубіжних авторів, як: С.А. Авак'ян, А.Г. Анікевич, П.О. Астафічев, В.Г. Афанасьєв, М.І. Байтін, Л.Н. Гініятулліна, В.М. Горшенєв,

¹ Дет. див.: Максакова Р.М. Проблема визначення дійсного суб'єкта установчої влади в аспекті значення поняття "демократія": Державотворення та право творення в період реформ: питання теорії та практики: матер. щорічної всеукр. наук.-практ. конф. (Київ, 19–20 квітня 2012 р.): у 2 ч. / [за заг. ред. проф. В.В. Коваленка]. – К.: НАВС, 2012. – Ч. 1. – С. 107–109.

Л.А. Григорян, М.В. Єленін, Б.С. Ебзєєв, Ж.-П. Жакке, Л.І. Каск, О.Е. Кутафін, А.І. Кім, Й.Д. Левін, Я.М. Магазинер, Ю.О. Тихомиров, Т.Я. Хабрієва, В.Ф. Халіпов, В.Є. Чиркін, Б.М. Чичерін, Ф.І. Шамхалов, А. Шайо, О.Є. Шишкіна, К. Шмітт, Г.-П. Шнайдер, А.А. Югов та ін.

При роботі над темою дослідження були значною мірою використані наукові праці вчених-правознавців України: Ю.Г. Барабаша, О.В. Батанова, М.О. Баймуратова, В.Д. Гапотія, Л.Т. Кривенко, А.Р. Крусян, А.М. Колодія, О.Л. Копиленка, О.О. Майданника, О.М. Мироненка, О.Г. Мурашина, В.Ф. Опришка, М.П. Орзіха, М.І. Палієнка, В.Ф. Погорілка, В.І. Семчика, В.Ф. Сіренка, О.Ф. Скакун, О.В. Скрипнюка, М.І. Ставнічук, В.Я. Тація, М.О. Теплока, Є.А. Тихонової, Ю.М. Тодики, В.Л. Федоренка, О.Ф. Фрицького, В.В. Цветкова, М.В. Цвіка, В.М. Шаповала, Ю.С. Шемшученка, Л.М. Шипілова, Л.П. Юзькова, О.І. Ющика та ін. У цих працях так чи інакше формується сучасне розуміння теорії установчої влади.

Цьому монографічному дослідженню, на думку автора, додає особливої актуальності та обставина, що на сьогодні в Україні відбувається новий етап конституційного процесу, головною особливістю якого є значне посилення ролі науки в цьому процесі, яке забезпечується через діяльність Конституційної Асамблеї, створеної у 2011 р. для розробки проекту оновленої Конституції України.

Автор висловлює надію, що це дослідження такого важливого явища, як установча влада, стане в нагоді у вказаній законопроектній діяльності Конституційної Асамблеї й дасть новий поштовх у розвитку наукових досліджень цього та пов'язаних з ним інших суспільних феноменів.

Ця монографія – перше у вітчизняній літературі комплексне дослідження щодо становлення теорії установчої влади та формування сучасних знань і уявлень про неї, а також аналізу конституційно-правового регулювання організації та реалізації установчої влади в Україні.

Дослідження виконане у відділі конституційного права та місцевого самоврядування Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, монографія була обговорена на засіданні відділу та рекомендована до опублікування, за що автор висловлює свою вдячність співробітникам відділу.

Динаміка політичного життя не дає змоги осмислити й проаналізувати всі проблеми установчої влади в Україні в межах одного, навіть комплексного дослідження; тому автор буде вдячна читачам за висловлені ними пропозиції та зауваження щодо цієї роботи, які будуть використані в подальшому науковому осмисленні такої фундаментальної й життєво важливої проблеми суспільно-політичного життя, якою є реалізація народом установчої влади.

РОЗДІЛ 1

УСТАНОВЧА ВЛАДА: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ ПОНЯТТЯ

1.1. Розвиток і проблемні питання теорії установчої влади

1.1.1. Сучасне трактування поняття “установча влада”

Варто почати з того, що поняття “установча влада” зокрема і “влада” взагалі належать до тих фундаментальних наукових понять, якими визначаються наші знання про управління людським суспільством. Водночас необхідно визнати, що поняття установчої влади досі не здобуло однозначного та переконливого визначення в суспільній науці; навпаки, воно з часом втратило своє первинне значення і, як свідчить наукова література, його розуміння набуло дискусійного, проблемного характеру, а у зв’язку з цим, у свою чергу, складається суперечлива практика правового регулювання суспільних відносин, у чому переконує досвід політико-правового життя, зокрема, незалежної України.

Як відомо, новітні теорії демократії виходять з належності всієї повноти державної влади народові, у тому числі щодо конституювання суспільного та державного устрою. Разом з тим представники сучасної науки відійшли від первісного розуміння установчої влади як влади, що утворює конституцію, яке було запропоновано у XVIII ст. революційною буржуазією на підставі вчення про народний суверенітет і сприймалося як найважливіша юридична гарантія верховенства конституції в системі джерел буржуазного права. Через це на сьогодні в літературі з конституційного права немає єдності думок щодо визначення поняття установчої влади, а особливо її змісту та форм реалізації; навпаки, у теорії спостерігається різноманітність підходів до розуміння вказаного поняття².

Так, представники французької й німецької науки конституційного права традиційно під установчою владою розуміють владу, яка утворює конституцію держави. При цьому представники французької школи конституційного права, зокрема, вважають, що влада на ство-

² Максакова Р.М. Сучасні підходи до визначення поняття та змісту установчої влади / Р.М. Максакова // Право та державне управління. – 2010. – № 1. – С. 7–10.

рення конституції (установча влада) та її зміну (влада на перегляд конституції) суттєво різняться. Перша є суверенною, а друга – ні, вона підпорядкована установчій владі. Французькі конституціоналісти диференціюють процедури “перегляду конституції” та “припинення дії чинної конституції шляхом прийняття нової конституції”. Перша процедура здійснюється шляхом реалізації влади, утвореної установчою владою, при цьому суб’єкт влади не має права змінювати деякі конституційні положення. Наприклад, у Франції не може бути переглянута республіканська форма правління. “Конституція може бути змінена в незначних моментах шляхом перегляду конституції, але одночасно в жодному випадку не може бути скасована тією самою процедурою перегляду”³. Інша процедура можлива шляхом реалізації безпосередньо установчої влади через революцію або переворот.

Зарубіжні державознавці у зв’язку з цим вказують, як правило, на чотири зовнішні фактори актуалізації проблеми прийняття конституції: революція, ліквідація ситуації, коли конституції взагалі немає, виникнення нової держави, заміна старої конституції новою⁴. Вони відзначають, що поняття влади, яка утворює конституцію, використовується в трьох значеннях, а саме: 1) *соціолого-емпіричному*, коли мова йде про фактичну владу чи авторитет, що може створити певну конституцію або ввести її в дію; 2) *політико-полемічному*, коли на перше місце висувається питання, хто у відповідній політичній системі має право створювати конституцію, здійснює повноваження щодо її прийняття. У цьому розумінні говорять про належність влади, що утворює конституцію, безпосередньо народу (демократичний принцип), протиставляючи її владі монарха (монархічний принцип). Утворення цієї влади є певною мірою проблемою політичної культури і традицій; 3) *нормативно-правовому*, що включає правову організацію процесу установаження конституції, юридичні передумови, а також умови здійснення конститууючої влади.

Нормативно-правове значення стосується певних форм і засобів утворення конституції, їх позитивно-правового регулювання в передконституційний період для того, щоб конституції взагалі могли бути створені і набули чинності. Сутність поняття влади, що утворює конституцію, у такому аспекті становить не питання про фактичну владу, яка може вводити конституцію в дію, і не загальну проблему витоків держави та конституції, а правову організацію процесу її утворення. У

³ Исполнительная власть, судебная власть и учредительная власть во Франции / [Ж.-Б. Оби, Оливье Бо и др.]. – М., 1996. – 118 с. – С. 11.

⁴ Государственное право Германии : [перевод] / [отв. ред. Б.Н. Топорнин]. – М. : ИГиПАН, 1994. – Т. 2. – 319 с. – С. 303.

такому разі мова йде передусім про юридичні передумови та умови здійснення влади, що утворює конституцію, тобто про законність.

Відтак, підстави актуалізації проблеми установчої влади та домінування того чи іншого її значення в політичній практиці, а також його обґрунтування в юридичній літературі виявляються безпосередньо пов'язаними. Зарубіжний досвід показує, що в період державних переворотів, революцій, відсутності конституції, політичної кризи домінують два перші значення установчої влади⁵.

Французький вчений Ж.-П. Жакке визначає установчу владу як сукупність органів, до обов'язків яких входить розробка і перегляд конституції⁶. Він поділяє установчу владу на два види: *первісну* та *інституціональну*. Первісна установча влада заявляє про себе в ситуації створення нової держави, у тому числі на залишках попереднього режиму, зруйнованого революцією. Така влада, вважає Ж.-П. Жакке, має безумовний характер, оскільки писаної конституції або вже немає, або поки ще немає. Джерелом повноважень первісної установчої влади є політичний порядок, оскільки установча влада – це влада факту, яка полягає в її постійності та в ідеях, що закладені в цю владу, завдяки яким розробляється конституція.

Аналізуючи позицію Ж.-П. Жакке щодо походження і змісту первісної установчої влади, сучасний російський правознавець В.О. Токарев зазначає, що така влада отримує легітимність безпосередньо від політично значущих подій і виступає своєрідною точкою перетину політичного і юридичного поля. У разі, коли для здійснення правотворчості фактично не створено належних умов, виникає ситуація, до якої важко застосувати позитивне право. Тому перш ніж отримати статус правової, на думку автора, вона існує як політична влада, очікуючи її упорядкування шляхом прийняття рішення⁷. Обґрунтовуючи свою позицію, вчений посилається на представника німецької школи конституційного права К. Шмітта, який стверджував, що суверен перебуває поза межами чинного правопорядку, однак належить до нього, оскільки має компетенцію вирішувати, чи можна в порядку *in toto*

⁵ Шишкіна О.Е. Конституционное собрание Российской Федерации как орган учредительной власти : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / О.Е. Шишкіна. – М. : РГБ, 2005. – 238 с. – С. 25.

⁶ Конституционное право и политические институты : учеб. пособ. : [пер. с фр.] / Ж.-П. Жакке ; [пер., вступ. ст. : В.В. Маклаков]. – М. : Юристъ, 2002. – 365 с. – С. 108.

⁷ Токарев В.А. Европейская традиция учредительной власти / В.А. Токарев // Європейське право та порівняльне правознавство : зб. ст. / [за ред. Ю.С. Шемшученка, І.С. Гриценка, О.В. Кресіна ; упор. О.В. Кресін, О.Д. Рожко]. – К. ; Шамборі : Логос, 2010. – С. 421–428. – С. 422.

зупинити дію конституції⁸. Необхідність прийняти рішення, зазначає К. Шмітт, виникає тоді, коли порушується встановлений до цього правопорядок, що розпався на право і безпосередній порядок. Для того, щоб повернути їх до єдності, суверен відновлює порядок, оскільки “норма потребує гомогенного середовища”⁹. До того часу, поки цього не сталося, самі по собі “зберігають свою дію попередні акти поточного законодавства, якщо не суперечать сутності й цілям нового режиму”¹⁰. У такому разі джерело первісної установчої влади має не правовий, а політичний характер.

Попри те, що установча влада, яка здійснюється в період революцій, діє майже поза будь-яким правовим регулюванням, неможливо не визнати, що революційна установча влада, котра має на меті створити новий правовий порядок після знищення старого, функціонує в умовах фактичної відсутності норм права, які б могли її в будь-чому обмежувати. Як зазначав Е.Е. Понтович, уже сам факт створення органу установчої влади ґрунтується на певному правовому акті, навіть у період революції¹¹. Це може бути декларація визнаного народом тимчасового уряду або будь-який інший акт.

Інституціональна установча влада, на думку Ж.-П. Жакке, створюється конституцією та може змінювати її. При цьому влада обмежена передбаченими для неї рамками щодо порядку внесення конституційних змін. Принципово важливим обмеженням такої влади визнаються норми, що містять заборону на перегляд окремих положень основного закону. Зміни захищених положень конституції якщо і можливі, то виключно провідними суб'єктами первісної установчої влади – установчими зборами або виборчим корпусом.

На існування окремої влади – влади народу – звертає увагу італійський соціолог Дж. Квадранта, який зазначає, що нині, крім трьох гілок влади (законодавчої, виконавчої та судової), а також четвертої влади (преси) і п'ятої (телебачення), треба визнати ще й існування шостої влади – громадян.

Сучасна російська наукова думка визначає установчу владу як верховну владу в суспільстві, єдиним джерелом і суб'єктом здійснен-

⁸ Шмітт К. Политическая теология : сборник / К. Шмитт ; [пер. с нем., заключит. статья и сост. А. Филиппова]. – М. : КАНОН-пресс-Ц, 2000. – 336 с. – С. 17. – (Серия “Публикации ЦФС”).

⁹ Там само. – С. 26.

¹⁰ Конституционное (государственное право) зарубежных стран : в 4 т. : учебник / [отв. ред. проф. Б.А. Страшун]. – [3-е изд., обновл. и дораб.]. – М. : БЕК, 2000. – Т. 1–2. Часть общая. – 784 с. – С. 64.

¹¹ Понтович Э.Э. Развитие конституции и учредительная власть / Э.Э. Понтович. – Петроград : Огни, 1918. – 91 с. – С. 89.

ня якої є *народ*. Завдяки таким властивостям установча влада має найвищу легітимність і має прерогативи щодо прийняття конституції. Установча влада перебуває на більш високому рівні, ніж законодавча влада, і є одним із різновидів публічної влади (поряд із законодавчою, виконавчою та судовою гілками влади), основним призначенням і змістом якої є прийняття, перегляд та припинення дії конституції. Як особливий вид влади установча влада: 1) передує всім іншим гілкам влади, є первинною; 2) встановлює, утворює найбільш важливі суспільні та державні інститути; 3) є юридично необмеженою¹².

Натомість М.В. Єленін під установчою владою розуміє належне народові з огляду на принцип народного суверенітету виключне право приймати та (або) змінювати основний закон держави (конституцію), що реалізується ним як безпосередньо, так і через представницькі органи влади – спеціальні (установчі збори) або законодавчі (парламенти), з дотриманням в останньому випадку, як правило, ускладненої процедури порівняно зі звичайним законодавчим процесом¹³. На його думку, установча влада як особливий вид влади: 1) є первинною, “надлегальною”, тобто такою, що є протилежною і законодавчій, і виконавчій, і судовій владам, вища за них. Акти установчої влади, порівняно з актами законодавчої влади, з юридичної точки зору мають більшу вагу: всі вони ініційовані народом або підлягають затвердженню ним; 2) встановлює, створює найбільш важливі суспільні та державні інститути і є юридично необмеженою. Суб’єктом і носієм влади є сам народ, який визначає шляхи, органи та процедури (засоби) її здійснення¹⁴.

На думку М.В. Єленіна, установча влада, як і влада законодавча, – це форма прояву державної влади у сфері правотворчості, що не є політичною владою в безпосередньому розумінні. Але, на відміну від законодавчої влади (що діє в умовах державного режиму, легітимність якого не може бути піддана сумніву), установча влада виявляється в той момент, коли інтереси уряду, покликаного здійснювати державну владу від імені та відповідно до волі суб’єкта влади, суперечать інтересам її носія – народу. У цьому разі народ може використати належну йому державну владу для встановлення основоположних начал нової державності. Як правило, це відбувається шляхом:

¹² Иванец Г.И. Конституционное право России : энциклопедический словарь / Г.И. Иванец, И.В. Калинин, В.И. Червонюк ; [под общ. ред. В.И. Червонюка]. – М. : Юрид. лит., 2002. – 432 с.

¹³ Еленин Н.В. Учредительное собрание: политико-правовая природа : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Н.В. Еленин ; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – М., 1998. – 189 с. – С. 7.

¹⁴ Там само. – С. 23.

а) реформування чинного основного закону країни або б) прийняття нової конституції¹⁵.

У позиції М.В. Єленіна спостерігається певна непослідовність, оскільки він визначає установчу владу спочатку як виключне *право* народу, а потім – як особливий *вид влади*. Незрозуміло у цьому випадку, з якого родового поняття він виводить поняття “установча влада”.

На відміну від розглянутої позиції, С.А. Авак’ян, викладаючи основи вчення про конституцію, характеризує “установчу функцію конституції”, поряд з її іншими функціями – організаційною, зовнішньополітичною, ідеологічною, юридичною, однак нічого не пише про “установчу владу”. Суть цієї функції, за його словами, полягає в тому, що конституція, з’являючись у результаті корінних змін у житті суспільства, стає політико-правовою основою його розвитку на наступному історичному етапі. Слово “установча” він розуміє в тому значенні, що конституція або закріплює те, що вже існує як результат діянь людей, або створює передумови для нових суспільних відносин, що визріли в суспільстві, але не можуть виникнути без необхідної правової бази, яка з прийняттям конституції й установлюється¹⁶. При цьому автор, розкриваючи “народність конституції” як одну з її основних рис, відзначає, що “цю рису конституцій пов’язують з тим, що вони виражають інтереси народу”. Конкретизуючи зазначену рису, автор вказує, що, по-перше, сам народ створює об’єктивні передумови для появи нових конституцій, тобто закріплені в конституції суспільні відносини – результат діяльності народу; по-друге, народ може безпосередньо брати участь у розробці та (або) прийнятті нового основного закону¹⁷. І тут у автора не йдеться про реалізацію народом своєї установчої влади.

О.Є. Шишкіна розглядає установчу владу як природне невідчужуване самообмежувальне право народу встановлювати або змінювати державний лад, його окремі інститути; це право здійснюється безпосередньо, через органи державної влади і через спеціально створювані установчі органи. Утворені відповідно до конституційного законодавства держави органи, на які покладається функція прийняття чи зміни конституції, є органами державної влади зі спеціальними пов-

¹⁵ Єленин Н.В. Учредительное собрание: политико-правовая природа : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Н.В. Єленин ; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – М., 1998. – 189 с. – С. 41.

¹⁶ Авак’ян С.А. Конституционное право России : учебный курс : в 2 т. / С.А. Авак’ян. – [2-е изд., перераб. и доп.]. – М. : Юристъ, 2006. – Т. 1. – 719 с. – С. 137–139.

¹⁷ Там само. – С. 162–163.

новаженнями. До таких, зокрема, у Російській Федерації автор відносить Конституційні збори Російської Федерації¹⁸.

Уже згаданий В.О. Токарев, досліджуючи європейські традиції установчої влади, дійшов висновку, що носієм первісної та джерелом інституціональної установчої влади має бути визнаний народ. Разом з тим, зазначає автор, соціальні практики, що формуються під впливом різноманітних факторів, створюють такі оригінальні моделі первісної влади, які не завжди відповідають правовому ідеалу¹⁹.

Російський філософ В.Ф. Халіпов у фундаментальному дослідженні “Енциклопедія влади” серед інших видів влади виділяє установчу владу²⁰. Це виокремлення автор здійснює за таким критерієм, як “основне призначення влад”; таким чином, автор поряд з установчою владою називає законодавчу, виконавчу та судову владу, а також контрольну, виборчу й інформаційну.

Як окремий вид влади установчу владу розглядає також В.Д. Граждан, але, на його думку, установча влада є різновидом державної влади. Так, з позиції вченого система державної влади в Російській Федерації може бути представлена установчою, законодавчою, виконавчою і судовою гілками влади. В.Д. Граждан пропонує включити до структури установчої влади Генеральну прокуратуру, повноважних представників Президента у федеральних округах, Центральну виборчу комісію, Центральний банк, Пенсійний фонд, Фонд соціального страхування, Фонд обов’язкового медичного страхування, Фонд зайнятості населення, Ощадний банк та Зовнішторгбанк. Установча влада має здійснюватися на двох рівнях – федеральному та регіональному. Очолювати установчу гілку владу має Президент Російської Федерації²¹.

Діаметрально протилежну позицію щодо змісту установчої влади займають автори підручника “Державне управління: основи теорії та організації”, виданого за редакцією В.О. Козбаненка (м. Москва, 2000 р.), які вважають, що *установча влада – це влада народу*, який безпосередньо повинен ухвалювати акти про: конституцію, референ-

¹⁸ Шишкина О.Е. Конституционное собрание Российской Федерации как орган учредительной власти : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / О.Е. Шишкина. – М. : РГБ, 2005. – 238 с. – С. 8.

¹⁹ Токарев В.А. Европейская традиция учредительной власти / В.А. Токарев // Європейське право та порівняльне правознавство : зб. ст. / [за ред. Ю.С. Шемшученка, І.С. Гриценка, О.В. Кресіна ; упор. О.В. Кресін, О.Д. Рожко]. – К. ; Шамборі : Логос, 2010. – С. 421–428.

²⁰ Халіпов В.Ф. Энциклопедия власти / В.Ф. Халіпов. – М. : Академический проект : Культура, 2005. – 1056 с. – С. 163.

²¹ Граждан В. Учредительная власть: нужна ли она? / В. Граждан // Власть. – 2002. – № 5. – С. 45–47.

думи, статус та порядок відзиву посадових осіб, вибори посадових осіб, форму держави, статус та повноваження представницьких органів влади, права особистості та громадські об'єднання, власність і форми господарювання.²²

Представники вітчизняної юридичної думки для визначення влади народу також застосовують категорію “установча влада” і наголошують на особливому значенні первісної установчої влади народу, зазначаючи, що саме ця влада (влада народу) може розглядатися як провідна правова категорія, ключове поняття сучасного конституціоналізму²³. У працях вітчизняних правознавців останнім часом все більша увага приділяється проблемам реалізації установчої влади в Україні, хоча більш поширеним залишається використання терміна “влада народу”²⁴. Дуже часто в юридичній літературі термін “влада народу” замінюється терміном “народовладдя”²⁵.

Так, у праці, присвяченій дослідженню основ конституційного ладу сучасної України, Ю.М. Тодика в контексті розгляду демократичних начал конституційного ладу зупиняється на ідеї народовладдя і принципі народного суверенітету. “Ідейною основою народовладдя, – вказує автор, – є народний суверенітет, тобто верховенство влади народу, яка здійснюється в інтересах народу. Ідея народного суверенітету відіграла велику стимулювальну роль у розвитку суспільства, у формуванні демократичних начал політичного життя різних країн”²⁶.

В.Ф. Погорілко і В.Л. Федоренко, спеціально не розглядаючи поняття установчої влади, зазначають, що за сутністю Конституція України є актом найвищої юридичної сили, що належним чином унормовує політичну волю народу України як носія суверенітету і єдино-

²² Государственное управление: основы теории и организации / [под ред. В.А. Козбаненко]. – М. : Статус, 2000. – 312 с. – С. 182–192.

²³ Мучник А.Г. Комментарий к Конституции Украины / А.Г. Мучник. – [2-е изд., испр. и доп.]. – К. : Парламентское изд-во, 2003. – Кн. 1. – С. 132; Тодика Ю.Н. Конституционное право Украины: отрасль права, наука, учебная дисциплина : учеб. пособ. / Ю.Н. Тодика. – Харьков, 1998. – С. 99–100; Конституційні засади організації державної влади: Теорія і практика [Електронний ресурс] // Голос України. – 2008. – № 318 (4318). – 9 квітня. – Режим доступу: <http://www.golos.com.ua/article/1207663208.html>; Конституційне право України / [за заг. ред. В.Ф. Погорілка]. – [3-тє вид.]. – К. : Наукова думка, 2002. – 732 с. – С. 286.

²⁴ Максакова Р.М. Влада народу: аналіз суспільно-політичної думки та конституційно-правове регулювання / Р.М. Максакова // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2008. – № 11–12 (85–86). – С. 20–27.

²⁵ Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 2002. – Т. 4: Н–П. – С. 66; Конституційне право України / [за заг. ред. В.Ф. Погорілка]. – [3-тє вид.]. – К. : Наукова думка, 2002. – С. 286.

²⁶ Тодика Ю.Н. Основы конституционного строя Украины : учеб. пособ. / Ю.Н. Тодика. – Харьков : Факт, 1999. – 320 с. – С. 90.

го джерела влади в Україні. Автори підтримують позицію Ж.М. Пустовіт з приводу того, що народний суверенітет слід розглядати як природне право народу самостійно розпоряджатися своєю долею, створювати такий суспільний і конституційний лад, який відповідає його волі.

Отже, резюмують В.Ф. Погорілко і В.Л. Федоренко, за своєю сутністю Основний Закон є правовим вираженням народного суверенітету, результатом здійснення народом свого природного права на самовизначення, втіленням національних традицій державотворення і правотворення, ідеалів і принципів конституціоналізму. Водночас, вказують названі автори, Конституція України є й результатом реалізації державного суверенітету, який втілює повновладдя Української держави у сфері державно-владних повноважень у межах державного кордону України. До того ж нині чинна Конституція України була прийнята 28 червня 1996 р. Верховною Радою України від імені Українського народу. Зазначене, на думку авторів, свідчить, що Основний Закон є втіленням консолідованої політичної волі Українського народу та Української держави²⁷.

У цьому висновку міститься, на нашу думку, певна логічна суперечність. Якщо народний суверенітет – це право суб'єкта *самостійно* розпоряджатися своєю долею, то *консолідовану* політичну волю народу з державною волею не можна вважати самостійним правом.

“Чинна Конституція України, – відзначає В.Ф. Погорілко, – вперше визнала не лише належність влади народу, тобто володіння політичною владою як його природне право мати владу, а і його право реалізовувати цю владу. До того ж Конституцією визнано право народу здійснювати владу безпосередньо, а також через органи державної влади й органи місцевого самоврядування... Відповідно до Конституції України, належність влади народу, її здійснення та захист, охорона влади народом – основні елементи демократії, народовладдя, але вони, звичайно, повністю не вичерпують її змісту і форм”²⁸.

Установча влада в конституційно-правовій літературі розглядається також як один із правових інститутів у системі конституційного права. Так, за словами О.В. Скрипнюка, на сьогодні вчені виділяють за предметом правового регулювання інститут загальних засад конституційного ладу України, інститут основ конституційного статусу особи і громадянина в Україні, інститут конституційних основ безпо-

²⁷ Погорілко В.Ф. Конституційне право України : підручник / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко. – К. : КНТ : Ліра-К, 2011. – С. 94–95.

²⁸ Там само. – С. 248–249.

середньої демократії, інститут законодавчої влади тощо, а за функціями – установчі, регулятивні й охоронні інститути конституційного права України. Сам автор поряд з інститутами конституційно-правового статусу людини і громадянина, парламентаризму, глави держави, виконавчої влади, судової влади, контрольно-наглядової влади тощо називає також “інститут форм безпосередньої демократії”, який, очевидно, включає в себе і поняття установчої влади. Водночас при аналізі поняття безпосереднього народовладдя О.В. Скрипнюк не використовує термін “установча влада”²⁹.

Так само не містить згадки про установчу владу більшість вітчизняних підручників з конституційного права. В окремих з них лише згадується про існування такої влади або в загальних рисах охарактеризовано деякі її прояви. Так, О.Ф. Фрицький у підручнику “Конституційне право України” (в редакції 2002 р.), описуючи теоретичні основи організації та здійснення державної влади, згадує термін “установча влада”, не даючи при цьому будь-яких його визначень. Автор зауважує, що “в процесі реалізації своїх суверенних прав *народ здійснює* законодавчу, контрольну, виборчу й *установчу функції*. На жаль, нова Конституція не закріпила *установчу владу народу*”³⁰.

Більш ґрунтовно до характеристики установчої влади підійшов відомий український конституціоналіст В.М. Шаповал, який, зокрема, розкрив зміст теорії установчої влади від її народження до втілення в сучасну конституційну практику України і ряду зарубіжних держав. Цим проблемам учений приділяє увагу при характеристиці основ теорії конституції у підручнику “Порівняльне конституційне право”³¹, а також в інших працях.

За визначенням В.М. Шаповала, установча влада – це влада, яка належить безпосередньо народові та здійснюється через прийняття супремального (найвищого за природою, змістом і формою) правового акта з метою визначення умов державно-політичного існування самого народу. Такий акт фіксує (встановлює) організацію державної влади, зокрема “поділяє” її на окремі гілки – законодавчу, виконавчу і

²⁹ Скрипнюк О.В. Конституційне право України : підручник для студ. вищ. навч. закл. / О.В. Скрипнюк. – К. : Ін Юре, 2010. – 672 с. – С. 47–48, 351.

³⁰ Фрицький О.Ф. Теоретичні основи організації і здійснення державної влади / О.Ф. Фрицький // Конституційне право України / [за заг. ред. В.Ф. Погорілка]. – [3-тє вид.] – К. : Наукова думка, 2002. – 732 с. – С. 365.

³¹ Шаповал В.Н. Сравнительное конституционное право / В.Н. Шаповал. – К. : Княгиня Ольга, 2007. – 416 с. – С. 49–53.

судову. Кожна з цих “влад” є похідною або встановленою і принципово відмінною від установчої влади³².

Автор зазначає, що конституція як основний закон визнається актом первісної (установчої) влади, що належить безпосередньо народові та має вищу силу. Конституція вважається вихідним актом суверенітету народу, приймаючи який народ встановлює правила свого політичного (державного) суверенітету. При цьому автори ідеї установчої влади, зазначає він, характеризували конституцію як джерело інших, встановлених нею і за суттю другорядних “влад” (законодавчої, виконавчої та судової). Наслідком поширення теорії установчої влади стало, за словами вченого, визнання різної природи конституції та законів: якщо конституція вважається актом установчої влади, з чого і випливає її вища юридична сила, то закони – актами законодавчої влади, чим визначається їх субординованість, насамперед за силою, конституції. Важливим, на думку В.М. Шаповала, є те, що за змістом “класичної” теорії установчої влади передбачалася малозмінюваність конституції.

Проблеми закріплення в деяких конституціях особливої установчої влади торкається в академічному курсі “Конституційне право України” М.О. Теплюк, визначаючи теоретичні основи організації і здійснення державної влади³³. Ця влада, на його думку, пов’язується з референдумом, прийняттям та зміною конституції. *Установча влада* уявляється ним як повноваження на встановлення конституційних основ життя суспільства; вона здійснюється особливими представницькими органами – установчими зборами або шляхом референдуму, тобто корпусом виборців. Автор зауважує, що ряд повноважень установчої влади здійснюють також Верховна Рада України і Президент України³⁴.

У монографії “Конституціоналізм і природа конституції” виклав свої погляди щодо поняття, видів та способів реалізації установчої влади М.В. Савчин. У цій праці науковець приділяє увагу також змісту, принципам і стадіям установчого процесу. Він визначає установчу владу, або владу, що встановлює конституцію (конституванту), як правовий порядок реалізації суверенної влади народу України визначати

³² Шаповал В. Конституція України: вже або лише п’ять років? / В. Шаповал // Право України. – 2001. – № 6. – С. 6–8.

³³ Конституційне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / [за заг. ред. Ю.С. Шемшученка]. – К. : Юридична думка, 2008. – Т. 2. – 800 с. – С. 281.

³⁴ Там само. – С. 286–287.

та змінювати конституційний лад шляхом поєднання засобів безпосередньої та представницької демократії³⁵.

Автор поділяє установчу владу за формально-процедурним критерієм на первинну та інституційну (вторинну), а за змістом – на установчу владу народу й інституційно-процедурну владу. З позиції М.В. Савчина установча влада передбачає певну модель пошуку консенсусу в суспільстві щодо унормування правового порядку у вигляді цілісного документа, який би визначав засади обмеження публічної влади та гарантій прав людини³⁶.

За його концепцією, зміст установчої влади полягає в організаційному та процедурному порядку утвердження конституції згідно з демократичними й відкритими засадами процедури прийняття та перегляду Основного Закону. Оскільки публічна влада є похідною від влади народу, то, на думку вченого, потрібно розмежовувати установчу владу та владу організаційно-правову, що втілюється через систему організаційних і правових форм діяльності учасників конституційних правовідносин³⁷. Законодавча, виконавча та судова влади є установленними, заснованими, тобто мають похідний, вторинний характер від установчої влади. М.В. Савчин зазначає, що установча влада передбачає наступність певних конституційних процесів і явищ, що виражається у правонаступності (континуїтеті) та цілісності конституційного ладу³⁸.

У свою чергу, інший вітчизняний правознавець О.І. Ющик висловив думку, що установча влада в сучасному суспільстві – один із видів суспільно-політичної влади, поряд з такими її видами, як законодавча, контрольна, судова влада тощо, які належать народові та здійснюються ним як єдина влада народу (народовладдя) безпосередньо та через органи державної влади й органи місцевого самоврядування³⁹. Таким чином, вчений не пов'язує поняття установчої влади із самим тільки прийняттям конституції.

У зв'язку з цим варто зазначити, що теорія влади народу (народовладдя) в науці конституційного права України досі переживає період становлення, хоча цій проблемі присвячено чимало наукових праць, автори яких зосереджують увагу переважно на дослідженні форм реалізації влади народу, залишаючи поза увагою визначення

³⁵ Савчин М.В. Конституціоналізм і природа конституції: монографія / М.В. Савчин. – Ужгород: Ліра, 2009. – 372 с. – С. 304.

³⁶ Там само. – С. 302.

³⁷ Там само.

³⁸ Там само. – С. 303.

³⁹ Ющик О.І. Конституційні проблеми установчої влади в Україні / О.І. Ющик // Юридичний вісник України. – 2007. – № 42. – 20–26 жовтня. – С. 5.

поняття, змісту, суб'єктів та правових основ саме установчої влади. Цю думку підтверджує той факт, що в сучасній енциклопедичній юридичній літературі України визначення терміна “установча влада” відсутнє. Зокрема, немає визначення терміна “установча влада” не лише у Великому енциклопедичному юридичному словнику (К., вид-во “Юридична думка”, 2007 р.), а й у Юридичній енциклопедії; в останній дано лише значення термінів “установчі збори” та “установчі збори в Росії”, а також наведено значення терміна “теорія установчої влади”.

У згаданій Юридичній енциклопедії пропонується визначення поняття установчих зборів як “спеціально обраного представницького органу, що утворюється для розробки і прийняття *конституції*”. Розрізняють установчі збори суверенні, тобто такі, що остаточно приймають конституцію (наприклад, французькі установчі збори 1848 р.), і несуверенні, що виробляють текст конституції, який потім затверджується іншим способом (наприклад, у Франції перші й другі Установчі збори 1946 р.). Після прийняття конституції установчі збори здебільшого розпускаються або їх перетворюють на звичайний парламент (Греція, 1975 р.)⁴⁰.

Це зобов'язує нас звернутися до *теорії установчої влади* і розглянути її основні положення, дослідити витоки формування уявлень про установчу владу і її поняття, проаналізувати процес трансформації змісту цього поняття від первісного його розуміння дослідниками цього феномену до закріплення в “класичній” теорії установчої влади, що, як вважається, була концептуально сформульована Е.Ж. Сьейесом.

1.1.2. Формування та розвиток “класичної” теорії установчої влади

Витоки формування вчення про установчу владу народу пов'язують з різними історичними періодами⁴¹. Зокрема, погляди більшості дослідників збігаються на трьох можливих варіантах формування вчення про установчу владу: *перший* варіант пов'язують з появою теорії “суспільного договору” на початку Нового часу (кінець XVI – перша половина XVII ст.); *другий* – з англійською буржуазною революцією XVII ст. (період Нового часу); *третій* варіант – з епохою зародження нових ідей про право і державу (XVI ст. – століття Рефо-

⁴⁰ Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (гол. редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 6: Т–Я. – 2004. – 768 с. – С. 229.

⁴¹ Максакова Р.М. Витоки формування вчення про установчу владу / Р.М. Максакова // Науковий вісник Ужгородського національного університету: Серія Право. – Ужгород : Поліграфцентр “Ліра”, 2010. – Вип. 14 : в 2 ч. – Ч. 1. – С. 146–150.

рмації, що поклало початок зародженню природно-правових теорій і правових вчень), – які ознаменували собою розвиток Нового часу.

Професор публічного права королівської Академії в Познані Ю. Гачек у праці “Право сучасної демократії”⁴² (1913 р.), здійснюючи дослідження витоків сучасної демократії, охарактеризував історичні події, що привели до визнання установчої влади народу і, відповідно, до зародження підстав для формування вчення про установчу владу. Він, зокрема, зазначав, що “сучасна демократія ґрунтується на ідеї народного суверенітету. Ця ідея висловлювалася і в середні віки, але завжди з обмовкою, що при заснуванні держави народ шляхом “*lex regia*” римського права передав раз і назавжди всю повноту своєї влади монарху. Таким способом було повністю усунуто принцип народного суверенітету як керівну директиву для всіх державних установ середньовіччя. Лише на початку Нового часу діяльність реформаторів, а особливо кальвіністів, зробила знову це питання актуальним. Зачатки демократії виражені вже в реформаційному принципі. Такий початок вільного тлумачення Священного Писання та загального священства. Але в той час, коли лютеранство невдовзі зробилося залежним від германської територіальної держави, що прагнула абсолютизму, а Кальвін зміг зробити зі своєї церкви на континенті всього лише аристократично-керовану теократію, сучасна демократія пустила коріння лише на ґрунті Англії”⁴³. Справа в тому, пише далі Ю. Гачек, що тісний зв’язок між церквою і державою, єпископом та королем, заснований Генріхом VIII та Єлизаветою, зробив спір про питання церковного устрою справою, перенесеною з релігійної площини в площину політичну. Таким чином, англійські питання, як перетворити аристократичний церковний устрій Кальвіна в демократичний, було перенесено на устрій держави та її організацію. Керівна роль у цьому розвитку належала пуританам. На відміну від своїх попередників, які прагнули лише очищення англіканської державної церкви від залишків католицизму у вченнях про віру, церковну дисципліну, церковний устрій та свободи церкви від держави й ліквідації єпископату, нові пуритани вимагають набагато більшого. Так, Р. Броун у своїй книзі “*A Booke which sheweth the life and manners of all true Christians*” (1582 р.) пише: “Істинні християни об’єднуються у громади віруючих,

⁴² Общее государственное право на основе сравнительного правоведения / Ю. Гачек ; [под ред. и с предисл.: М.А. Рейснер ; пер.: М.Я. Лазерсон]. – Рига : Наука и Жизнь, 1913. – Ч. 1: Право современной монархии; Ч. 2: Право современной демократии; Ч. 3: Право современного государственного соединения.

⁴³ Право современной демократии // Общее государственное право на основе сравнительного правоведения / Ю. Гачек ; [под ред. и с предисл.: М.А. Рейснер ; пер.: М.Я. Лазерсон]. – Рига : Наука и Жизнь, 1913. – Ч. 2. – 607 с. – С. 5–6.

що підкорилися шляхом добровільного договору з Богом господству Бога і Спасителя, які й охороняють у святому спілкуванні божественний закон”⁴⁴. Аналізуючи ці положення, Ю. Гачек дійшов таких висновків. По-перше, акт заснування церковної громади (covenant) – це договір не між народом і монархом із взаємною відповідальністю перед Богом, як це стверджували на початку Нового часу, спираючись на положення Ветхого заповіту, а договір народу з Богом. На цьому ґрунті, вважає Ю. Гачек, пізніше міг з’явитися погляд, згідно з яким, акт заснування є лише *договором членів народу між собою*, який пізніше стали називати *установча влада (pouvoir constituant)* (курсив наш. – Р. М.). По-друге, наголошується на ширшому самоврядуванні кожної громади, незалежно від сусідньої.

Аналізуючи далі працю Р. Броуна, Ю. Гачек звертає увагу, що зазначене вчення не обмежується самою лише релігійною площиною. У згаданій вище книзі Р. Броуна зазначено: “Ми даємо свої визначення в загальній формі щодо багатьох визначень для того, щоб вони могли бути застосованими до держави”. У зв’язку з чим, резюмує Ю. Гачек, ідея народного суверенітету стала рушієм сучасної демократії⁴⁵.

У той час зазначені ідеї дістали назву “ідеї політичного та релігійного конгрегаціоналізму” та широко пропагувалися по той бік Атлантичного океану батьками-пілігримами, що прямували з Голландії до Америки у 1620 р. Вважається, що саме з перших поселень цих мандрівників-конгрегаціоналістів розпочалася демократія в Америці.

Ще під час своєї подорожі конгрегаціоналісти уклали так званий Plantation Covenant – колоніальний договір, за зразком знайомих їм церковних договорів (підписаний 11 листопада 1620 р.). Він вважається першою писаною державною конституцією і починається так: “В ім’я Бога, амінь! Ми, подданні Його Величності, нашого суверенного государя Якова, Божою милостю короля Великобританії, здійснили в ім’я Бога, поширення християнської віри, заради шани нашого короля та вітчизни мандрівку, для того щоб *заснувати* першу колонію на півночі Вірджинії, та *взаємно об’єднуємося цим урочистим договором* перед Богом та в присутності всіх нас для доброго порядку, загального блага та переслідування вищезазначеної мети. *В силу цього договору ми видамо, встановимо та заснуємо* такі справедливі закони, такі постанови, розпорядження, конституції, такі посади, які будуть

⁴⁴ Право современной демократии // Общее государственное право на основе сравнительного правоведения / Ю. Гачек ; [под ред. и с предисл.: М.А. Рейснер ; пер.: М.Я. Лазерсон]. – Рига : Наука и Жизнь, 1913. – Ч. 2. – 607 с. – С. 7.

⁴⁵ Там само. – С. 8.

бажаними для загального блага колонії та обіцяємо всім відповідну слухняність та підкорення” (курсив наш. – Р. М.)⁴⁶. На цій основі пізніше в 1629 р. біля бухти Массачусетс було вибудовано перше політичне суспільство з демократичною структурою на території Нової Англії.

Ідеї конгрегаціоналістів розвивалися і знаходили свій вияв у тезах про народний суверенітет і установчу владу загальних зборів всіх повноправних громадян; чиновників, яких має обирати народ; щорічні вибори народних представників законодавчої палати; самоврядування. Ці ідеї стали навіть предметом богослужебних проповідей. Так, наприклад, одна з таких проповідей містить такі тези: “Обрання влади належить народу в силу Божого доручення. Ті, хто мають право обирати посадових осіб і владу, мають право установлювати межі повноважень та самі посади, на які вони їх призначають. І це переважно тому, що державна влада ґрунтується на добровільній згоді народу”⁴⁷. Так вперше була визнана установча влада народу.

На батьківщині, в армії О. Кромвеля, інDEPENDENTI перетворили начала конгрегаціоналізму в політичні вимоги і таким способом сформулювали керівні ідеї сучасної демократії. Після довгих обговорювань в армії під керівництвом радикально налаштованого Дж. Лільбольна, ватажка левелерів, було сформульовано перший в Англії проєкт конституції “Agreement of the People”, який було подано до парламенту 20 січня 1648/49 р. Хоча цей проєкт, у зв’язку з диктатурою О. Кромвеля, ніколи не обговорювали і він не міг бути здійснений, він, за словами Ю. Гачека, заслуговує на найпочесніше місце в історії сучасної демократії, оскільки в цьому проєкті вперше в історії було сформульовано основи демократії. Зокрема, метою зазначеного документа було таке: він має бути договором між членами народу, щоб в обов’язковій формі створити обмеження верховної влади держави і таким способом забезпечити свободу народу. В доданому до проєкту конституції “Agreement of the People” листі зазначається: “Якщо б нас хто-небудь запитав, чому ми хочемо оголосити свої основні права в договорі з народом, а не подати петицію до парламенту такого самого змісту, то все це пояснюється дуже просто: жоден закон парламенту не має незмінних (постійних) якостей, унаслідок чого не може дати достатнього забезпечення ні вам (тобто народу), ні нам (тобто армії) в тому, що він захистить нас від постанов нового і, можливо, підкупле-

⁴⁶ Право современной демократии // Общее государственное право на основе сравнительного правоведения / Ю. Гачек ; [под ред. и с предисл.: М.А. Рейснер ; пер.: М.Я. Лазерсон]. – Рига : Наука и Жизнь, 1913. – Ч. 2. – 607 с. – С. 10–11.

⁴⁷ Там само. – С. 12.

ного парламенту; крім того, парламенти повинні бути обмежені у своїй владі тими, хто їх цією владою наділив, і тому *народ повинен установити як завдання, так і владу парламентів*”⁴⁸ (курсив наш. – Р. М.).

Саме цим, пише Ю. Гачек, договір – covenant – церковного устрою перетворюється в перший і найважливіший життєвий прояв суверенного народу в його установчій владі, *pouvoir constituant*.⁴⁹ І саме цим доводиться необхідність писаної конституції як основи сучасної демократії. До цього приєднуються також вимоги: передачі верховної влади в державі єдиним представницьким народним зборам; утворення виконавчої влади, функції якої обмежені строком легіслатури і яка обирається законодавчою владою; вимоги нових виборів через кожні два роки; рівний та пропорційний розподіл депутатських місць; загальне виборче право для всіх повнолітніх, крім прислуги та бідних, що заслуговують на презирство; свободи вірування; відмежування церкви від держави; створення обмежень навіть для законодавчої влади у вигляді права скорочення її сесій.

Російський правознавець М.В. Єленін також пов’язує витoki формування вчення про установчу владу з розгорнутими на початку XVI ст. в Англії під впливом германської реформації гуманістичними заходами, що стали суттєво впливати на подальший державний розвиток Англії⁵⁰. Бажання англійських королів бути незалежними від Риму, зазначає він, сприяло поширенню серед населення реформаторських ідей, чому сприяла політика за часів правління Генриха VIII та його сина Едуарда VI, у зв’язку з чим народна свідомість ставала все більш протестанською. Пізніше прибічників таких поглядів стали називати пуритани, а зміст їх концепції зводився до того, що церковна община створюється вільною згодою віруючих, визначає свій внутрішній устрій, керує загальними справами, обирає своїх священнослужителів та інших посадових осіб на загальних зборах всіх віруючих. Тісний взаємозв’язок між церквою та державою, що склався на той час, призвів до того, що спір про питання церковного устрою був перенесений з релігійної сфери в політичну площину. Було визнано, що не лише община віруючих, а й будь-яка спільнота ґрунтується на добровільній згоді його учасників; будь-яка влада в суспільстві має дже-

⁴⁸ Право современной демократии // Общее государственное право на основе сравнительного правоведения / Ю. Гачек ; [под ред. и с предисл. М.А. Рейснер ; пер.: М.Я. Лазерсон]. – Рига : Наука и Жизнь, 1913. – Ч. 2. – 607 с. – С. 9.

⁴⁹ Там само. – С. 10.

⁵⁰ Еленин Н.В. Учредительное собрание: политико-правовая природа : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Н.В. Еленин ; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – М., 1998. – 189 с. – С. 11–12.

релом владу народу, який сам встановлює порядок свого устрою та обирає відповідальних перед народом посадових осіб для управління загальними справами. З того часу протестанські принципи стали основою для розвитку політичної доктрини, що пізніше отримала назву “демократична”.

Ідеї демократії активно розвивалися в працях теоретиків XVIII ст. і знайшли відображення у трьох основних формах демократії: швейцарській, американській і французькій.

Швейцарська демократія називається “безпосередня” і представлена насамперед у працях Ж.-Ж. Руссо. Американський тип демократії – це так звана “демократія з поділом влади”; її ідея була висунута у XVIII ст. англійським філософом Дж. Локком, а пізніше обґрунтована французьким просвітителем Ш. Монтеск’є. Французька демократія – це парламентарна демократія (або представницьке правління), була представлена у працях Л.А. Прево-Парадоля.

Представники кожної з названих теорій демократії намагалися довести, що народ є першоосновою формування будь-якої влади в суспільстві, тому саме йому належить право встановлювати будь-які правила організації та управління суспільством (тобто первісна установча влада народу). У своїх працях відомі мислителі прагнули вирішити питання здійснення установчої влади, форм її реалізації в суспільстві.

Безпосередня демократія. Засновником цього напрямку здійснення установчої влади народу вважають Ж.-Ж. Руссо, який обґрунтовував теорію безпосередньої демократії в праці “Про суспільний договір, або Принципи політичного права” (1762 р.). “Людина народжується вільною, – пише Ж.-Ж. Руссо, – але повсюди вона в кайданах”⁵¹. Найдавніше з усіх суспільств та єдине природне – це сім’я. Але ж і в сім’ї діти пов’язані з батьком лише до того часу, доки відчують у ньому потребу. Тільки ця потреба відпадає, природний зв’язок припиняється. Діти, позбавлені необхідності підкорятися батькові, та батько, вільний від обов’язків піклуватися про дітей, знову стають однаково незалежними. Якщо вони залишаються разом, то це відбувається не у зв’язку з природною необхідністю, а добровільно; сім’я при цьому тримається лише на згоді. Ця загальна свобода є наслідок природи людини. Тобто, як стверджує Ж.-Ж. Руссо, сім’я – це прообраз політичних суспільств, правитель – це батько, народ – діти; всі народжені рівними й вільними, і відчужують свою свободу лише для своєї ж користі. За теорією Ж.-Ж. Руссо, жодна людина не має

⁵¹ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты : [пер. с фр.] / Ж.-Ж. Руссо. – М. : КАНОН-пресс-Ц, 1998. – 416 с. – С. 198.

природної влади над собою подібними, оскільки у зв'язку з тим, що сила не створює жодного права, основою будь-якої законної влади серед людей можуть бути лише угоди. Найсильніший ніколи не буває настільки сильним, щоб постійно залишатися повелителем, якщо він не перетворює свою силу в право, а підкорення йому – в обов'язок. А це, знову ж таки, можна зробити лише шляхом взаємного договору між членами суспільства.

Для того, щоб будь-яке правління було законним, вважав Ж.-Ж. Руссо, треба, щоб народ у кожному своєму поколінні міг сам вирішувати питання про те, чи прийняти таке правління чи відкинути його, тоді це правління не було б самовласним⁵².

Розмірковуючи над витоками безпосередньої демократії, автор ставив також питання про *причини та механізм виникнення такої спільноти, як народ*. Зокрема, він посилався на Г. Гроція, який стверджував, що народ може поставити над собою короля; однак *народ є народом і до того, як він підкорився королю*. Адже, розмірковує Ж.-Ж. Руссо, підкорення являє собою громадянський акт; воно передбачає наявність рішення, яке прийняв народ. Тобто перш ніж народ ухвалить акт, яким він обирає короля, обов'язково існує акт, що передує попередньому, внаслідок якого *народ стає народом*. Такий акт являє собою дійсне створення суспільства. Тобто суспільний договір є актом народу як цілісної одиниці із самим собою – це і є *установчим договором* на створення суспільства у вигляді держави, що укладений народом як єдиним суб'єктом первісної, природної *установчої влади* – єдиної влади, якій належить право створювати суспільство, визначати умови і правила взаємовідносин у ньому.

Які ж чинники вплинули на людей, для того, щоб вони дійшли висновку, що їм треба об'єднатися? На думку Ж.-Ж. Руссо, люди у своєму розвитку досягли тієї межі, коли сили, що перешкоджають їм залишатися в природному стані, перевищують у своїй протидії сили, які кожний індивідуум може використати, щоб залишитися в цьому стані. Тоді цей первісний стан не може більше продовжуватися і людський рід загинув би, якщо не змінив би свій спосіб життя. У зв'язку з тим, що люди не можуть створювати нових сил, а можуть лише об'єднуватися й спрямовувати сили, що вже існують, вони не мають іншого засобу самозбереження, як об'єднатися з іншими, створити суму сил, що може перебороти протидію, підкорити ці сили єдиному рушію та примусити їх діяти узгоджено.

⁵² Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты : [пер. с фр.] / Ж.-Ж. Руссо. – М. : КАНОН-пресс-Ц, 1998. – 416 с. – С. 203.

Ця сума сил може виникнути лише при спільних діях багатьох людей; але у зв'язку з тим, що сила і свобода кожної людини – перша зброя її самозбереження, як може вона їх віддати, не завдавши собі шкоди та не зневажаючи тими клопотами, які є її боргом відносно самого себе? Треба знайти таку форму асоціації, яка захищає та обмежує всією загальною силою особистість і майно кожного члена асоціації та завдяки якій кожний, об'єднуючись з іншими, підкорюється все ж лише самому собі та залишається так само вільним, як і раніше. Вказане завдання і вирішує суспільний договір⁵³.

Головними засадами суспільного договору визначено, що: 1) кожна людина з власної волі підкорює себе всім, при цьому не підкорює себе жодній окремій людині; 2) кожна людина передає в загальне надбання і ставить під вище керівництво загальної волі свою особистість і всі свої сили, внаслідок чого для всіх разом кожний член перетворюється в неподільну частину цілого; 3) створене цим актом асоціації на підставі взаємного договору окремих осіб умовне колективне “Ціле” складається із стількох членів, скільки голосів налічує загальне зібрання; 4) у результаті укладеного акта “Ціле” отримує свою єдність, своє загальне “я”, своє життя й волю і має назву “Цивільна громада” або “Республіка”, або “Політичний організм”, або “Держава”; 5) члени цієї асоціації у своїй сукупності отримують ім'я “народ”, а окремо один щодо одного називаються “громадянами”, коли беруть участь у здійсненні верховної влади, і “підданими”, коли підкорюються законам “Держави”.

Акт асоціації, тобто створення держави, містить у собі взаємні обов'язки всього народу й окремих осіб між собою. І незважаючи на те, що кожний індивідуум як людина може мати свою особливу волю, що може бути протилежною волі загальній або несхожа з нею, він приймає на себе обов'язок підкорюватися загальній волі. В іншому разі особа може бути примушена силою підкоритися загальній волі – це буде означати, що особу “силою примусили бути вільною”⁵⁴. Це суттєва умова суспільного договору, яка становить секрет і рушійну силу політичного механізму; і лише вона робить зазначені обов'язки законними в громадянському суспільстві, хоч за інших умов вони вважалися б тиранічними або такими, що відкривають шлях для жахливих зловживань.

Згідно з теорією суспільного договору, основою всієї системи відносин у суспільстві є первісна згода, за якою не лише не знищуєть-

⁵³ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты : [пер. с фр.] / Ж.-Ж. Руссо. – М. : КАНОН-пресс-Ц, 1998. – 416 с. – С. 207.

⁵⁴ Там само. – С. 211.

ся природна рівність людей, а навпаки, замінюється рівністю людей як особистостей і рівністю їх перед законом уся та нерівність, що була внесена природою в їх фізичний стан; і хоча люди можуть бути нерівними за їх силою або здібностями, вони всі стають рівними внаслідок цієї згоди і за правом⁵⁵.

Незважаючи на те, що Ж.-Ж. Руссо взагалі не визнавав представницької демократії, вважаючи суб'єктом суверенітету і “волі” (тобто законотворчості) народ, поза будь-якою представницькою системою, він, міркуючи в 2-й книзі трактатів “Про суспільний договір” про невідчужуваність і неподільність суверенітету, на наш погляд, обґрунтував і заклав засади здійснення не лише безпосередньої демократії, а й основи представницького правління.

Принциповими положеннями його теорії було визначено те, що сама тільки загальна воля може здійснювати управління силами держави відповідно до мети її створення, і саме така воля є загальним благом. А для того, щоб воля була загальною, не завжди потрібно, щоб вона була єдиною; водночас необхідно, щоб усі голоси були підраховані, в іншому випадку порушується загальний характер волі⁵⁶.

Як бачимо, ці правила залишаються основними в процесі здійснення безпосередньої та представницької демократії – як базові принципи здійснення народовладдя при голосуванні на виборах, референдумах, а також при прийнятті рішень у роботі колегіальних органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Продовжуючи свої роздуми щодо невідчужуваності суверенітету, Ж.-Ж. Руссо зазначав, що суверенітет – це лише здійснення загальної волі, він не може відчужуватися; а суверен – це колективна істота, яка може бути представлена тільки самою собою. Передавати можна лише владу, але в жодному випадку не волю. Навіть якщо можливо, щоб воля окремої людини в деяких питаннях узгоджувалася із загальною волею, то неможливо, щоб ця згода була тривалою і постійною, бо воля окремої людини за своєю природою прагне до переваг, а загальна воля – до рівності⁵⁷. Виходячи з цих положень, він обґрунтовує важливість і пріоритетність принципу періодичних виборів, який убезпечує від зловживань представницькою владою та забезпечує постійне представлення оновленої волі виборців у вигляді їх підтримки більшістю голосів при обранні передвиборної програми пев-

⁵⁵ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты : [пер. с фр.] / Ж.-Ж. Руссо. – М. : КАНОН-пресс-Ц, 1998. – 416 с. – С. 215.

⁵⁶ Там само. – С. 216–217.

⁵⁷ Там само. – С. 216.

ного кандидата на виборну посаду або голосуванні за політичну партію.

Наголошуючи на неподільності суверенітету, Ж.-Ж. Руссо зазначав, що помилкою політиків у питаннях суверенітету є те, що вони, не маючи змоги розділити суверенітет у принципі, розділяють суверенітет в його проявах. “Вони розділяють його на силу і на волю, на владу законодавчу і на владу виконавчу; на право обкладати податками, здійснювати правосуддя, вести війну; на управління внутрішніми справами і на повноваження вести зовнішні відносини; вони то змішують всі ці частини, то відокремлюють їх одна від одної; вони роблять із суверену якусь фантастичну істоту, яка складена із часток, які взяли з різних місць. Це схоже на те, як коли б склали людину з декількох тіл, з яких в одного були лише очі, у другого – руки, у третього – ноги і нічого більше... Помилка ця має витоком те, що вони не склали собі точних уявлень про верховну владу і прийняли за її частини лише її прояв. Так, наприклад, акт проголошення війни і акт укладення миру розглядали як акти суверенітету, що неправильно, бо кожний з них не є законом, а лише застосуванням закону, актом приватного характеру, що визначає випадок застосування закону”⁵⁸. З цього Ж.-Ж. Руссо робив висновок, наскільки помилковими були уявлення про верховну владу авторів, які писали про політичне право, коли вони намагалися на підставі встановлених ними принципів міркувати про відповідні права королів та підданих.

У своїй теорії Ж.-Ж. Руссо наголошував, що загальна воля однозначно спрямована до однієї мети і завжди прагне зробити все на користь суспільству; проте це не означає, що рішення народу мають завжди такий самий правильний напрям. Люди завжди прагнуть до свого блага, але не завжди розуміють, у чому воно полягає. Народ неможливо підкупити, однак його часто вводять в оману.

Автор зазначав, що коли достатньою мірою поінформований народ виносить рішення, то якщо громадяни не вступають між собою в жодні відносини, з багатьох незначних відмінностей завжди виникає загальна воля, і рішення щоразу видається правильним.

Розмірковуючи про межі верховної влади суверена, Ж.-Ж. Руссо пропонує замість держави або цивільної громади уявити особистість, життя якої полягає в поєднанні її членів, і якщо найважливішою її турботою є турбота про самозбереження, то їй потрібна загальна сила, щоб рухати й управляти кожною частиною в найбільш зручний для цілого спосіб. Отже, підсумовує автор, подібно до того, як природа

⁵⁸ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты : [пер. с фр.] / Ж.-Ж. Руссо. – М. : КАНОН-пресс-Ц, 1998. – 416 с. – С. 217–218.

наділяє кожну людину необмеженою владою над всіма частинами її тіла, суспільний договір дає політичному організму необмежену владу над усіма його членами, і вся ця влада, що скерована загальною волею, має ім'я суверенітету.

Для того, щоб загальна воля була справді такою, вона повинна бути загальною як за своєю метою, так і за своєю сутністю; вона повинна виходити від усіх, щоб мати стосунок до всіх, і вона втрачає притаманний їй від природи правильний напрям, якщо спрямована до будь-якої індивідуальної та чітко окресленої мети. При цьому Ж.-Ж. Руссо зауважує, що *волю робить загальною не кількість голосів, а спільний інтерес, який об'єднує тих, хто голосує.*

Подальші роздуми Ж.-Ж. Руссо про природу і риси суспільного договору та межі верховної влади, врегульовані цим договором, стали, на наш погляд, значним поштовхом для розвитку ідей про установчу владу, характерні риси й ознаки установчого договору та межі установчої влади. Згідно з його теорією, за своєю природою суспільний договір – це “...будь-який акт суверенітету, тобто будь-який справжній акт загальної волі, що накладає обов’язки на всіх громадян або дає переваги всім рівною мірою; так що суверен знає лише націю як ціле, і не розрізняє жодного з тих, хто її утворює. Що ж таке безпосередньо акт суверенітету? Це не згода вищого з низьким, але згода Цілого з кожним з його членів; згода законна, бо вона має підґрунтям Суспільний договір; справедлива, бо вона загальна для всіх; корисна, тому що вона не може мати іншої мети, крім загального блага; і міцна, бо поручителем за неї виступає вся сила суспільства і вища влада. До того часу, поки піддані підпорядковуються лише таким угодам, вони не підпорядковуються нікому, крім своєї особистої волі; і питати, які межі прав відповідно суверена і громадян, це означає питати, до якої межі поширюються обов’язки, які ці останні можуть брати відносно самих себе – кожний відносно всіх і всі відносно кожного з них. Із цього виходить, що верховна влада, якою б необмеженою, священною, недоторканною вона б не була, не перетинає і не може перетинати меж загальних угод”⁵⁹.

Підсумовуючи основні положення теорії “суспільного договору” Ж.-Ж. Руссо, О.М. Мироненко⁶⁰ зазначає, що у своїй теорії “суспільного договору” Ж.-Ж. Руссо виходить з того, що найкращим для людства є природний стан існування, в якому будь-яка доросла люди-

⁵⁹ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты : [пер. с фр.] / Ж.-Ж. Руссо. – М. : КАНОН-пресс-Ц, 1998. – 416 с. – С. 222–223.

⁶⁰ Мироненко О.М. Руссо / О.М. Мироненко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К. : Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2003. – Т. 5: П–С. – 736 с. – С. 388.

на користується необмеженою свободою. Він відкидає поділ влади і представницьке правління. Непогрішність і непорочність *єдиної верховної влади народу – суверена* визначається ним так, що влада народу завжди спрямована на досягнення загального блага і рівності як “рівної частки в загальній владі”, що отримується кожним індивідом у вигляді “компенсації” за добровільне самовідчуження на користь суспільства власних природних свобод.

М.В. Єленін, аналізуючи теорію “суспільного договору”, зауважував, що в Ж.-Ж. Руссо злиття особистості і державної влади настільки повні, що в конституції та установчій владі як засобах охорони свободи немає необхідності. При цьому слід зазначити, продовжує автор, що твердження Ж.-Ж. Руссо про надмірні обмеження верховної влади конституцією, яка приймається народом унаслідок належної йому влади встановлювати цю конституцію, має стосунок лише до держави, яка втілила в себе ідеали “суспільного договору”. В інших державах обмеження влади конституцією, яка б захищала особисті права від державної влади, є необхідним⁶¹.

Ідея установчої влади народу як засобу обмеження прав особистості від державної влади, що виникла серед ідей англійської революції та була закріплена в конституційних договорах колоністів в Америці і левелерами в Англії, стала основою вчення Ж.-Ж. Руссо і набула подальшого розвитку і теоретичного обґрунтування в англійського філософа Дж. Локка.

Демократія з поділом влади. Концепція, що обґрунтовує теорію поділу влади, розроблена Дж. Локком і викладена ним у 1690 р. у праці “Два трактати про державне правління”. Цією концепцією Дж. Локк виступав проти патріархального абсолютизму, розглядаючи соціально-політичний процес як розвиток людства від природного стану до громадянського самоврядування. В первісному природному стані люди взаємно доброзичливі, вільні та рівні між собою й перед Богом. Дотримання розумних природних законів дає змогу *досягти згоди*, зберігаючи при цьому індивідуальну свободу. Така концепція приводить Дж. Локка до теорії поділу влади, де влада поділена на 1) законодавчу, 2) виконавчу, 3) федеральну. Основною метою уряду є захист природного права громадян на життя, свободу і власність. Уряд не має права діяти свавільно, він зобов’язаний підкорюватися законам, по суті справи, не ним самим первісно сформульованим. *Народ залишається при цьому безумовним сувереном і має право не під-*

⁶¹ Єленін Н.В. Учредительное собрание: политико-правовая природа : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Н.В. Єленін ; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – М., 1998. – 189 с. – С. 24, 25.

тримувати і навіть змінювати безвідповідальний уряд. Однак опір також обмежується розумними рамками і припиняється *встановленням* твердого політичного балансу. Дж. Локк вважав оптимальною формою такого балансу конституційну парламентську монархію⁶².

Продовжуючи вчення Дж. Локка, Ш. Монтеск'є також наполягав, що зосередження влади в одних руках є знищенням свободи. Для того, щоб заснувати свободу на всі часи, треба поділити владу. Ш. Монтеск'є підтримував концепцію поділу влади на три гілки, однак, на відміну від свого попередника, замість третьої гілки влади – федеральної він визначає владу судову. У своїй теорії Ш. Монтеск'є наголошував, що поділ влади не означає, що жодна з трьох гілок влади (законодавча, виконавча або судова) не має права брати участі у здійсненні повноважень іншої та не може здійснювати контроль за актами іншої гілки влади. Розподіл влади передбачає, що жодна влада не повинна привласнювати повноваження іншої. Але участь однієї влади у здійсненні повноважень іншої (*partial agency*) можлива.

Як в такому випадку забезпечити належний поділ влади? Автори “біблії демократичного духу” (так іноді називали працю “Federalist” 1788 р.) О. Гамільтон, Д. Медісон і Дж. Джей, аналізуючи теорію Ш. Монтеск'є, також ставили питання, як забезпечити розподіл влади⁶³. Можливо, зазначали вони, слід було б надати кожній з гілок влади окремо або двом разом право звернутися до народу? Але цей засіб, на їх думку, виявився б швидше за все вичерпаним, оскільки виконавча й судова влади мають менше прибічників з боку народу, ніж законодавча, хоча б тому, що членів перших двох менше, ніж членів останньої, яка може добути собі більше друзів у народі. В разі апеляції до народу, тобто народного голосування, законодавча влада завжди виявлялася б переможницею. Надійним засобом розподілу влади, на думку названих авторів, має бути принцип, за яким жодна гілка влади не може брати участь у призначенні представників двох інших гілок влади. З цієї ж причини не визнається призначення президента законодавчою владою, як і будь-яка залежність виконавчої влади від влади законодавчої. Інший спосіб, яким можна здійснити розподіл влади, вказували далі автори, доцільний, якщо з трьох гілок влади законодавча влада має найбільшу тенденцію захопити у свої руки повноваження інших гілок влади. Для того, щоб запобігти цьому, варто

⁶² Андреева И.Н. Локк / И.Н. Андреева // Новейший философский словарь / [гл. ред. А.А. Грицанов]. – [3-е изд., испр.]. – Мн. : Книжный Дом. 2003. – 1280 с. – С. 566. – (Мир энциклопедий).

⁶³ Право современной демократии // Общее государственное право на основе сравнительного правоведения / Ю. Гачек ; [под ред. и с предисл.: М.А. Рейснер ; пер.: М.Я. Лазерсон]. – Рига : Наука и Жизнь, 1913. – Ч. 2. – 607 с. – С. 15.

поділити її на дві палати. При цьому виконавчу владу при здійсненні нею певних актів управління зв'язати з слабкою частиною законодавчої влади (сенатом) та надати їй кваліфіковане вето. Судова влада має здобути право перевірки конституційності законів. Це не ставить її вище законодавчої влади, а повинно лише підкреслити, що *обидві гілки влади мають визнати децю вище* (superior), а саме *народ*.

Таким чином, теорія поділу влади виходить з первісної влади – установчої влади народу, яка здійснюється в суспільстві через діяльність трьох гілок влади, пріоритет над якими має установча влада народу.

У подальшому ідеї установчої влади знайшли своє втілення і набули розвитку в працях мислителів кінця XVIII – початку XIX ст., які пропонували багато нових засобів захисту прав особистості (парламентарний режим, конституційна та адміністративна юстиція, незалежність суду, референдум, загальне виборче право). Серед них варто звернути увагу на працю відомого політичного діяча Франції, ліберального автора Л.А. Прево-Парадоля.

Парламентарна демократія (або представницьке правління). Л.А. Прево-Парадоль у своїй праці “La France Nouvelle. 1869” обґрунтував появу нового типу сучасної демократії – парламентарної⁶⁴, прообразом якої слугувала парламентарна монархія Англії, а вихідним пунктом були загальне виборче право і народний суверенітет. Як мета цієї демократії було визначено, що народ повинен сам управляти собою відповідно до волі більшості та за умов виконання законів більшості. Відмінність між парламентарною монархією та парламентарною демократією Л.А. Прево-Парадоль вбачав у тому, що за умов існування першої форми парламентарний уряд виявляється останнім важелем монарха в справі охорони та утримання набутих у спадок прав, тоді як за умов парламентарної демократії парламентарний уряд вважається головним засобом збереження свободи народу. У першій відправним пунктом слугує набуте у спадок право монарха, у другій – народна свобода. В парламентарній монархії останнє слово належить монарху, а в парламентарній демократії – народові або його заступнику, тобто народній палаті.

Л.А. Прево-Парадоль писав: “...якщо останнє слово надається урядові, то народна палата стає лише дорадчою установою і з'являється деспотизм. Коли ж останнє слово надається народній палаті, тоді нація може завжди змінювати своє судження, змінюючи

⁶⁴ Право современной демократии // Общее государственное право на основе сравнительного правоведения / Ю. Гачек ; [под ред. и с предисл.: М.А. Рейснер ; пер.: М.Я. Лазерсон]. – Рига : Наука и Жизнь, 1913. – Ч. 2. – 607 с. – С. 19.

шляхом загальних виборів своїх представників”⁶⁵. Народна воля в парламентарній демократії відіграє роль верховного судді над розбіжностями в поглядах її органів (міністрів і народної палати або парламенту).

На противагу двом попереднім формам демократії (безпосередньої та з розподілом влади), парламентарна демократія базується на змішуванні влади. Так, міністри, які наділені широкою владою, обираються і припиняють свої повноваження за рішенням ще більш повновладної народної палати. Голова ради міністрів також обирається народною палатою і стає її дійсним “лідером”.

Хоча проти необмеженого впливу народної палати можуть виступити: 1) перша палата, що як представництво інтересів протиставляється народній палаті; 2) глава держави, наділений правом розпуску парламенту.

Отже, на відміну від демократії з розподілом влади, за якої законодавча влада не повинна брати участь у формуванні виконавчої, в парламентарній демократії виконавча влада формується народною палатою.

Варто звернути увагу, що *в основу всіх трьох форм демократії покладено принцип народного суверенітету*, тобто правило, за яким остаточне рішення з усіх важливих державних справ належить *народові*. Різняться ж вони лише тим, що *за умов безпосередньої демократії* сам народ, а не його представники, виконує найважливіші державні функції законодавства й управління; тому при існуванні цієї форми демократії пріоритетною формою вирішення державних справ є організація і проведення референдумів. *За умов представницької демократії* найважливіші державні функції виконують представники народу. Представницька демократія з розподілом влад передбачає незалежність уряду та органів народного представництва одне від одного. Натомість представницька парламентарна демократія передбачає залежність уряду від органу народного представництва, бо уряд формується і припиняє свої повноваження лише за бажанням парламенту.

На підставі вчень Ш. Монтеск'є і Ж.-Ж. Руссо відомий діяч Французької революції Е.Ж. Сьєйєс *концептуально сформулював теорію установчої влади і вперше ввів цей термін*. Свої погляди Е.Ж. Сьєйєс виклав у праці “Що таке третій стан?” (1789 р.), у якій він зазначав: “Неможливо створити тіло для певної мети без того, щоб не надати йому певної організації. Вона й отримує назву основної

⁶⁵ Право современной демократии // Общее государственное право на основе сравнительного правоведения / Ю. Гачек ; [под ред. и с предисл.: М.А. Рейснер ; пер.: М.Я. Лазерсон]. – Рига : Наука и Жизнь, 1913. – Ч. 2. – 607 с. – С. 20.

конституції цього тіла. Є очевидним, що воно без неї не могло б існувати. Таким чином зрозуміло, що будь-яке делеговане керівництво повинно мати свою основну конституцію, і те, що правильно відносно керівництва взагалі, правильно і щодо всіх його частин, з яких воно складається. Отож збори представників, яким довірена законодавча влада або виконання загальної волі, існують лише в тій формі, яку народ бажав їм надати”.

Постає запитання: на підставі яких проектів можна установити конституцію для самого народу? Народ існує раніше, ніж все інше, він є коренем усього. Його воля завжди законна, і сама – закон. До неї і над нею існує лише природне право. Конституція – це плід не утвореної, а установчої влади. Делеговані влади не можуть впливати на умови передачі установчої влади. Лише в цьому сенсі конституційні закони є основними законами, що стосуються лише уряду. Було б смішно припустити, що народ обмежує себе тими формальностями або тією конституцією, якими він обмежує своїх уповноважених. Якщо б народ для того, щоб стати народом, мав потребу в будь-якій позитивній формі, то він ніколи не став би ним. Народ створюється лише внаслідок природного права; він є тим, чим він може бути, лише через те, що він існує. Уряд лише настільки виявляє дійсну владу, наскільки він діє конституційно, він є закономірним лише тому, що дотримується норм, передбачених у законах. Навпаки, народна воля лише потребує існування для того, щоб бути закономірною, бо вона є коренем будь-якої законності. Народ не лише не підкорюється будь-якій конституції, а й не може і не повинен бути підкореним їй.

З цього, стверджував Е.Ж. Сьейєс, ми можемо знайти відповідь на таке запитання: якщо частини того, що вважається французькою конституцією, не відповідають одна одній, то кому належить вирішити це питання? Народові, незалежно від будь-якої позитивної форми, відповідає він. Звичайні заступники народу отримують доручення здійснити відповідно до основних форм усю ту частину загальної волі, яка необхідна для збереження належного суспільного управління. Надзвичайні заступники наділяються щоразу тим повноваженням, яке їм забажає дати народ. У зв'язку з тим, що велика нація не має можливості фактично збиратися кожного разу, коли вимагають надзвичайні обставини, вона змушена передавати необхідні в такому разі повноваження надзвичайним заступникам. Коли б народ міг зібратися і виразити свою волю, то чи могли б ви наважитися заперечувати цю волю лише тому, що народ здійснює її в тій, а не в іншій формі?

Тут дійсність усе, форма – ніщо. Збори надзвичайних заступників замішують збори народу. Вони, поза сумнівом, не повинні бути

наділені волею народу в повному обсязі, вони потребують і лише в окремих випадках особливого повноваження. Ці заступники признаються лише на певний час і з одного лиш певного приводу. Неможливо заперечувати, що вони діють на підставі надзвичайного доручення народу, і їх загальна воля буде рівнозначна волі самого народу. Одні й ті самі особи можуть входити до різних зборів і послідовно, з огляду на особливі повноваження, брати участь у прояві влад, які за своєю природою повинні змішуватися. Але надзвичайне представництво не можна прирівняти до звичайного законодавчого зібрання, оскільки вони мають зовсім різні влади⁶⁶, вважав науковець.

Е.Ж. Сьейєс був прибічником природних прав людини, суспільного договору, народного суверенітету, закону як відображення загальної волі народу. Він вважав, що народна воля “завжди законна” і є джерелом будь-якого закону. Народ може виражати свою волю як “верховний закон”. Держава, суспільство – “справа вільної згоди між усіма його членами”. Під “народом” Е.Ж. Сьейєс розумів насамперед представників третього стану. Інтереси перших двох станів він вважав суто приватними, а інтереси третього стану – загальними, суспільними. Його практичним внеском у юридичну думку стали розроблені ним ідеї охоронного сенату як елемента конституційної юстиції⁶⁷.

У своїй теорії установчої влади Е.Ж. Сьейєс сформулював такі висновки: “Установча влада належить народові. Вона відрізняється за своєю суттю від установленної законодавчої влади. Хоча й установча влада безпосередньо не може бути здійснена народом. Він доручає її особливим установчим зборам – зібранню надзвичайних, виборних *ad hoc*, для певної мети, представників”⁶⁸.

Основними принципами розробленої Е.Ж. Сьейєсом теорії стали такі⁶⁹:

1. Народ має установчу владу (*pouvoir constituant*), відмінну від створених конституцією законодавчої, виконавчої і судової влад (*pouvoirs constitués*).

2. Установча влада народу не пов’язана і не може бути пов’язана будь-якими конституційними рамками. На це народ має природне

⁶⁶ Право современной демократии // Общее государственное право на основе сравнительного правоведения / Ю. Гачек ; [под ред. и с предисл.: М.А. Рейснер ; пер.: М.Я. Лазерсон]. – Рига : Наука и Жизнь, 1913. – Ч. 2. – 607 с. – С. 33–37.

⁶⁷ Сьейєс Е.Ж. [Електронний ресурс] / Е.Ж. Сьейєс. – Режим доступу: <http://leksika.com.ua/12780616/legal/syeeyes>.

⁶⁸ Сийес Э.Ж. Что такое третье сословие? / Э.Ж. Сийес. – СПб. : Голос, 1906. – 64 с. – С. 4.

⁶⁹ Право современной демократии // Общее государственное право на основе сравнительного правоведения / Ю. Гачек ; [под ред. и с предисл.: М.А. Рейснер ; пер.: М.Я. Лазерсон]. – Рига : Наука и Жизнь, 1913. – Ч. 2. – 607 с. – С. 37.

право. Цим сучасна демократія проголошує безперервне право на революцію.

3. Установча влада може бути здійснена як народом, так і надзвичайними заступниками народу.

4. Надзвичайні заступники так само мало, як і сам народ, обмежені будь-якими дорученнями.

5. Особи, які здійснюють установчу владу, не повинні займатися тією діяльністю, яка доручена звичайним органам державної влади. Вони повинні лише створити конституцію.

Розроблені й обгрунтовані Е.Ж. Сьєйєсом основні принципи теорії установчої влади (а саме: наведені вище 1, 2 і 5-й пункти) були втілені спочатку в Сполучених Штатах Америки, потім у Франції, а пізніше з урахуванням пуританської доктрини – у Швейцарії. Так ці держави почали розвивати своє особливе вчення про установчу владу.

Вченням Е.Ж. Сьєйєса було закладено постулат, згідно з яким, будь-яка держава повинна мати свою *писану* конституцію.

Під впливом теорії установчої влади у Франції з 1789 р. розпочалася розробка конституцій нового типу, якою стала Конституція 1791 р. З того часу, незважаючи на ряд революцій, Франція йшла шляхом розробки конституцій, базуючись на положеннях теорії установчої влади. Однак у зв'язку з подіями 1814 і 1815 рр., коли в Європі під впливом відродження принципів божественного права теорія писаних конституцій з вираженням національного суверенітету стала втрачати свій вплив, її поширення було на певний час зупинено. Напрямок розроблення писаних конституцій почав відроджуватися в Європі під формою конституцій, октройованих монархами, а іноді, як, наприклад, у Бельгії в 1831 р. і в Швейцарії в 1848 р. – у формі конституцій, затверджених від імені національного суверенітету установчими зборами. В Америці в міру того, як центральні та південні колонії, позбавлені іспанської або португальської експансії, ставали незалежними націями, вони так само приймали писані конституції, зазвичай республіканські, розроблені за взірцем Конституції Сполучених Штатів. Таке поступове поширення ідеї писаної конституції привело до того, що всі вільні країни стали існувати під режимом писаних конституцій.

Так, заснована на ідеях теорії установчої влади практика прийняття писаних конституцій стала звичайною практикою існування будь-якої сучасної держави. А зміст теорії установчої влади згодом трансформувався в її вузьке розуміння, а саме: як необхідності прийняти конституцію держави й оформити її в письмовій формі.

З часом у процесі розробки, прийняття або внесення змін до конституцій з метою спрощення процедури, скорочення часу чи економії державних коштів народ як основний і пріоритетний носій установчої влади стали замінювати його надзвичайними представниками – установчими зборами або органом законодавчої влади. І поступово більшість основних принципів теорії Е.Ж. Сьєєса були загублені та забуті, а зміст теорії установчої влади стали зводити до процесу прийняття або зміни від імені народу конституції держави.

Такі зміни, вважає М.В. Єленін, пов'язані з тим, що проблеми організації державної влади, взаємовідносин держави та особи, тобто все те, що становить конституцію в матеріальному значенні слова, виходячи із сутності демократії, не можуть перебувати поза рамками вирішального впливу й контролю народу. І оскільки організація законодавчої влади в демократичній країні ґрунтується на принципі участі більшості громадян у її здійсненні, відмінність народу-засновника від народу-законодавця втрачає свій сенс. Народ-засновник і народ-законодавець у демократичній державі розглядаються зазвичай як тотожні поняття. Однак в уявленнях левелерів це були різні поняття (парламент – законодавець, народ безпосередньо – засновник). У демократичній державі формальний аспект конституції втрачає значення основної гарантії захисту особистості й суспільства від державної влади, бо сам народ проголошується джерелом державної влади і носієм всіх її повноважень, у тому числі й тих, які за своїм змістом можуть бути названі установчими. Втративши свою “містичну силу”, яку в ній намагалися знайти політики XVII–XVIII ст., конституція стає актом державної влади, який лише в деяких відношеннях, що стосуються порядку її зміни, відрізняється від звичайного закону⁷⁰.

А.Л. Лоуелль звертав увагу на те, що процес зближення установчої влади із законодавчою в деяких державах був прискорений у другій половині XIX ст. через процес ускладнення умов здійснення законодавчої влади⁷¹. Так, у Швейцарії народіві належить влада установча, яку народ, як і в штатах Америки, здійснює безпосередньо; але йому ж належить також здійснювана ним безпосередньо шляхом референдумів законодавча влада. Подібний процес ускладнення умов здійснення законодавчої влади, за словами А.Л. Лоуелля, відбувається наприкінці XIX ст. в Англії, де все більше міцніє переконання, що “неможливо здійснювати жодного суттєвого і такого, що мав би вели-

⁷⁰ Єленін Н.В. Учредительное собрание: политико-правовая природа : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Н.В. Єленін ; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – М., 1998. – 189 с. – С. 37.

⁷¹ Лоуелль А.Л. Государственный строй Англии / А.Л. Лоуелль. – М. : Сабашниковы, 1915. – Т. 1. – 513 с. – С. 4.

кі наслідки, внесення змін до законодавства без того, щоб парламент не отримав на це повноваження від народу у вигляді певного результату загальних виборів”⁷².

Усе сказане вище, підсумовує М.В. Єленін, свідчить про те, що протягом ХІХ ст. еволюція як теоретичних уявлень, так і практики конституційної нормотворчості в питаннях стосовно природи установчої влади відбувалася в одному напрямі – розвитку поняття конституції у формальному розумінні⁷³. Якщо при своєму зародженні установча влада ґрунтувалася на загальній згоді всіх людей, які створювали державу, тобто на “народному договорі”, а її завданням була охорона свободи особистості від державної влади, то в процесі розвитку установча влада “... підпала під дію норм права, втративши тим самим свою “метаюридичну” основу – народний договір. Влада, що встановлює конституцію, стала владою, яка діє у формах, передбачених цією конституцією, подібно до того як влада, що видає закони, – законодавча влада – діє у формах, що встановлені не лише конституцією, а й виданими нею самою законами. Підкоривши себе праву, ставши в цьому сенсі поряд із владою законодавчою, установча влада в багатьох державах стала зближуватися і навіть зливатися з останньою у формах свого здійснення”⁷⁴.

У державах з розвинутими демократичними установами, стверджував Е.Е. Понтович, установча влада народу як носій первісної своєї функції – гарантії народної свободи стає дедалі все більш непотрібною. Для того, щоб ця функція установчої влади припинила існування, немає необхідності здійснювати ідеал “суспільного договору” Ж.-Ж. Руссо, оскільки зайвою її робить сучасна демократична держава. У тих сучасних державах, де ще панує доктрина установчої влади народу, її існування означає лише те, що “народ здійснює деякі свої права в особливому порядку, обмежуючи існуючу, і передусім законодавчу, владу, яка розглядається вже не як чужий народу порядок, а як орган волі того самого народу. Саме для того, щоб можливість встановлювати і переглядати конституцію стала твердою для народу,

⁷² Лоуелль А.Л. Государственный строй Англии / А.Л. Лоуелль. – М. : Сабашниковы, 1915. – Т. 1. – 513 с. – С. 82.

⁷³ Еленин Н.В. Учредительное собрание: политико-правовая природа : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Н.В. Еленин ; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – М., 1998. – 189 с. – С. 38.

⁷⁴ Понтович Э.Э. Развитие конституции и учредительная власть / Э.Э. Понтович. – Петроград : Огни, 1918. – 91 с. – С. 86–87.

його установча влада має бути визнана правом, стати правовим інститутом”⁷⁵.

Таким чином, процес формування та розвитку теорії установчої влади виявився суперечливим і неоднозначним, внаслідок чого ця теорія досі не отримала міцного фундаменту, залишається заплутаною і непереконливою, містить багато проблемних питань, що не мають наукового вирішення. На нашу думку, у розвитку теорії установчої влади зараз постала потреба сформулювати ці проблемні питання та визначити шляхи їх вирішення.

1.1.3. Проблемні питання теорії установчої влади

Коли ми аналізуємо ключові поняття класичної теорії установчої влади або її сучасних модифікацій, то перш за все привертає увагу те, що за термінами “установча влада”, “влада народу” або “народовладдя” фактично стоїть один і той самий предмет. Цим предметом є суспільні відносини відповідного територіального колективу, спрямовані на встановлення або визначення основоположних засад управління конкретною територією та її населенням, або запровадження системи органів, які на таких основоположних засадах мають здійснювати вказане управління. Тим самим термін “установча влада” однозначно не позначає одне певне поняття, а тому позбавлена переконливості й теорія установчої влади.

Відтак, проблемою номер один для теорії установчої влади є визначення *природи* цієї влади як суспільного феномену. Адже ця теорія навіть не вказує на найближче *родове поняття*, щодо якого є *видовим* поняттям “установча влада”. А без такого визначення залишається невідомою природа вказаної влади, її власний зміст, відмінний від змісту інших різновидів влади. Не випадково ми бачимо в різних дослідників неоднакове розуміння співвідношення установчої та законодавчої влади, різні підходи до поділу установчої влади на види тощо.

Це неминуче веде до змішування уявлень про установчу та законодавчу влади, що негативно позначається на практиці. Останнє красномовно підтверджує правова позиція органу конституційної юрисдикції України.

Так, прийняття конституції уже традиційно розглядається як реалізація установчої влади; з цього виходить і правова позиція Конституційного Суду України, який у своєму Рішенні від 3 жовтня 1997 р. № 4-зп (справа про набуття чинності Конституцією України) визна-

⁷⁵ Понтович Э.Э. Развитие конституции и учредительная власть / Э.Э. Понтович. – Петроград : Огни, 1918. – 91 с. – С. 87–89.

чив, що Конституція України, як Основний Закон держави, за своєю юридичною природою є актом установчої влади, яка належить народові. Натомість закони є актами встановленої Конституцією України законодавчої влади і, більше того, актами єдиного органу законодавчої влади – Верховної Ради України. Це зумовлює їх субординацію відносно Конституції України⁷⁶.

Таким чином, за логікою вказаного рішення, Основний Закон держави не належить до категорії законів держави, що не можна визнати логічним.

В іншому Рішенні Конституційного Суду України від 11 липня 1997 р. (у справі щодо конституційності тлумачення Верховною Радою України ст. 98 Конституції України) зазначено, що прийняття Верховною Радою України Конституції України було безпосереднім актом реалізації суверенітету народу, який тільки одноразово уповноважив Верховну Раду України на її прийняття. Це підтверджується п. 1 ст. 85 Конституції України, яка не передбачає права Верховної Ради України на прийняття Конституції, та ст. 156 Конституції України, згідно з якою, законопроект про внесення змін до розділів, що встановлюють засади конституційного ладу в Україні, після його прийняття у Верховній Раді України має затверджуватися всеукраїнським референдумом (п. 4 зазначеного Рішення)⁷⁷.

При цьому постає питання: хто визначає і формує встановлені влади у разі, коли немає *прямого волевиявлення народу* щодо прийняття конституції від його імені законодавчим органом? За логікою Рішення Конституційного Суду України, таким суб'єктом є первинна влада, тобто установча влада народу. Але за відсутності народного волевиявлення з приводу Конституції це питання залишається без відповіді; на практиці ж формує визначені Конституцією встановлені влади не народ, а сама встановлена влада. Жодного акта народного волевиявлення щодо “одноразового уповноваження” Верховної Ради України на прийняття Конституції України насправді не було, і положення п. 1 ст. 85 та ст. 156 чинної Конституції не підтверджують вказане “уповноваження”, оскільки вони стали юридично значущими тільки *після* прийняття Конституції, а не до нього.

Згідно з Рішенням Конституційного Суду України, прийняття Конституції є виключним повноваженням установчої влади, а внесення змін до чинної Конституції – це повноваження законодавчої влади (Верховної Ради України), тобто встановленої влади. Тому внесення змін до Конституції розглядають, як правило, в аспекті реалізації за-

⁷⁶ Офіційний вісник України. – 1997. – № 42. – С. 59.

⁷⁷ Там само. – С. 85.

конодавчої влади, здійснення законодавчого процесу. Хоча треба звернути увагу, що законопроект про внесення змін до розділів Конституції, які встановлюють засади конституційного ладу в Україні, після його прийняття Верховною Радою України повинен затверджуватися на всеукраїнському референдумі. Відтак, виявляється, що одні зміни Основного Закону потребують їх подальшого затвердження установчою владою, оскільки вони стосуються визначення засад конституційного ладу в Україні (тобто закріплення *статики* необхідного правопорядку в суспільстві, що є виключною прерогативою установчої влади), а інші зміни здійснює орган законодавчої влади без участі установчої влади.

Подальша суперечлива практика вирішення Конституційним Судом України справ, пов'язаних із проблемою здійснення установчої влади в Україні, свідчить про *недостатню теоретичну розробку* зазначеної проблеми, зокрема, щодо визначення природи установчої влади, розмежування поняття установчої влади та поняття законодавчої влади, форм реалізації однієї та іншої. На підтвердження цього висновку можна вказати на Рішення Конституційного Суду України від 27 березня 2000 р. у відомій справі про всеукраїнський референдум і загалом обґрунтовану, з нашої точки зору, критику вказаного Рішення в науковій літературі⁷⁸.

Ще одна принципова проблема сучасного розуміння поняття установчої влади, на нашу думку, полягає у визначенні *дійсного суб'єкта установчої влади*, насамперед, в аспекті поняття “демократії”⁷⁹. Адже, як зауважує професор кафедри гуманітарних наук Колумбійського університету Дж. Сарторі, засновок “демократія – це влада народу” не тільки дає лише невеличку вигоду, а й незрозумілий із самого початку⁸⁰.

Передусім, ставить питання автор, яким є значення слова *demos*? Навіть у грецькій мові це слово не було позбавлене двозначності. Римське поняття народу дуже своєрідне, і його можна зрозуміти тільки в межах структури того, що ми називаємо римським конституціоналізмом. Проте його не можна відкинути як недоречне, бо латина

⁷⁸ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу: монографія / О.І. Ющик. – К.: Парламентське вид-во, 2004. – 519 с. – С. 270–271.

⁷⁹ Максакова Р.М. Проблема визначення дійсного суб'єкта установчої влади в аспекті значення поняття “демократія” / Р.М. Максакова // Державотворення та правотворення в період реформ: питання теорії та практики: матер. щорічної всеукр. наук.-практ. конф. (19–20 квітня 2012 р.); за заг. ред. проф. В.В. Коваленка; у 2 ч. – К.: НАВС, 2012. – Ч. 1. – 300 с. – С. 107–109.

⁸⁰ Сарторі Дж. Основи теорії демократії: народ і врядування / Дж. Сарторі // Демократія: антологія / [упоряд. О. Проценко]. – К.: Смолоскип, 2005. – 1108 с. – С. 25–29.

була мовою середньовіччя. Протягом приблизно 15 сторіч це поняття передавали словом *populus*, тож звідси випливає, що доктрина “суверенітету народу” (*popular sovereignty*), що є складовою нашого концепту демократії, не грецького походження, і висновування її безпосередньо від *demos*’у – результат непорозуміння.

І нарешті, головна відмінність виявилася з формуванням сучасних європейських мов, оскільки італійське слово *popolo*, так само як і його французький та німецький еквіваленти, передають ідею одиничної єдності, тоді як англійське слово *people* означає множину: незважаючи на те, що це збірний іменник, він має форму множини. У першому випадку ми легко доходимо думки, що *popolo*, *peuple* і *Volk* позначають якусь органічну цілість, “єдиносутність” (*allbody*), яку може виражати неподільна загальна воля, натомість у другому випадку сказати “демократія” – однаково, що сказати “полікратія” (*polycrasy*), окрема множина, що складається з одиниць “кожен”. Отже, підсумовує автор, це не просто збіг, що холістичні інтерпретації концепту [демократія] походять від учених, які мислили німецькою, французькою або італійською мовами.

Зважаючи на зазначене, Дж. Сарторі вказує шість інтерпретацій “народу”: 1. Народ означає буквально *кожного*. 2. Народ означає невизначену велику частину, *дуже багато*. 3. Народ означає *нижчий клас*. 4. Народ – неподільна єдність, певна *органічна цілісність*. 5. Народ – це більша частина, виражена принципом *абсолютної більшості*. 6. Народ – це більша частина, виражена принципом *обмеженої більшості*.

Перша інтерпретація, пояснює автор, є “інтуїтивно найочевиднішою”. Проте народ, тобто громадяни демократії, не може буквально охоплювати кожного. З такою вимогою ще не існувало жодної демократії й навряд чи існуватиме. Сьогодні ми й досі відкидаємо неповнолітніх, психічно нездорових, злочинців, що відбувають покарання, негромадян і тимчасових жителів. Яким повним має бути “народ”? Те, що народ означає “кожного”, – це, за словами автора, “концепція, яка тримається силою своєї денотативної невизначеності”. Народ як “дуже багато” або “багато” не можна використовувати як критерій, – це уявлення, яке ставить неможливу процедурну вимогу, бо в кожному окремому випадку треба визначити, *як багато* людей становлять народ або є достатньою кількістю, щоб становити народ.

Може видатися, стверджує далі Дж. Сарторі, що дуже багато – це представники нижчого класу, а особливо незаможного й робітничого класу. Проте в постіндустріальних суспільствах “голодна біднота” і пролетаріат становлять незначні меншості. Крім того, навіть не

беручи до уваги нинішньої застарілості цієї процедури, ототожнення народу з нижчим класом у принципі породжує багато заперечень. Того, хто не належить до нижчого класу, відкинуто назавжди. Четвертій інтерпретації – органічній та холистичній концепції – властива та головна вада, що вона нітрохи не веде до демократії, дає змогу виправдати будь-який політичний режим. Передусім “народ” не слід розуміти індивідуалістично; це колективне уявлення, а не загальна сума окремих індивідів, про яких вважають, що вони здатні самі вирішувати за себе. Згідно з колективною концепцією життя, індивід перебуває в лоні влади, церкви, традиції і механізмів, які приписують йому певну поведінку. Ж.-Ж. Руссо апелював до неподільної загальної волі, однак та воля не була цілковито неподільна. Отже, засторога полягає в тому, щоб ми не плутали колективне з “органічно цілим” щодо уявлення про народ. З народу як органічної цілості можна легко зробити висновок, що жоден індивід не має ніякого значення і в ім’я цілого всіх і кожного можна одразу знищити, а за формулою “всі як один” ми бачимо виправдання тоталітарних автократій, а не демократій. Демократія не може навіть зародитись, якщо не розбити цієї формули.

Отже, робить висновок Дж. Сарторі, ми лишаємось із народом, який визначають на основі принципу абсолютної більшості або обмеженої більшості. Абсолютна більшість означає в цьому контексті, що рахуються тільки з більшістю: більша частина будь-якої сукупності людей посідає місце всіх і має необмежене (тобто абсолютне) право вирішувати за всіх. І навпаки, згідно з принципом обмеженої більшості, ніякі права ніякої більшості не можуть бути “абсолютними” (тобто безмежними). Перший критерій веде до демократії, визначеної як система чистого і простого врядування більшості; натомість другий критерій – до демократії, визначеної як система врядування більшості, обмеженого правами меншості.

На перший погляд, вказує далі автор, може видатись, ніби трактування “народу” як права більшості на абсолютне врядування репрезентує прямий і простий розв’язок. Але це не так. Утвердження абсолютного права більшості диктувати свою волю меншості або меншостям означає утвердження робочого правила, яке в далекій перспективі спрямоване проти самого принципу, який воно підносить. Якщо перший переможець демократичного змагання набуває абсолютної влади, тоді цей перший переможець може утвердити себе як постійний переможець. Відтак, демократія не має демократичного майбутнього і припиняє бути демократією із самого початку. З іншого боку, якщо уявлення про народ слід розуміти як таке, що вимагає обмежити врядування більшості правами меншості, тоді постає запитання: як мож-

на обмежити владу тих, хто в принципі має цілковите право на неї? Очевидно, народ згідно з принципом урядування більшості здійснює свою владу в певних межах тільки тому, що з'являються чинники, цілковито чужі народній волі.

“Природним наслідком демократії в етимологічному значенні цього слова, як підсумовує Дж. Сарторі, є *демолатрія*, тобто веломовні балачки про народ, насправді абсолютно не цікавлячись ним... Демолатр справді розводиться про “реальний народ”, а зрештою фактично робить фетиш із якогось ідеального народу, ховаючи його так, щоб не бачити.

Ще гірше, що демолатрія – не конче *демофілія*, реальна любов і реальне співчуття до бідних, знедолених, незабезпечених. Фетишизація ідеального народу часто йде пліч-о-пліч з цілковитою зневагою до реального, живого народу”⁸¹.

Наведені тут критичні зауваження не можна залишити поза увагою при визначенні поняття влади народу взагалі і поняття установчої влади зокрема. Адже відсутність певного розуміння поняття “народ” як суб’єкта влади створює велику проблему в науковому визначенні поняття установчої влади як *влади народу*, призводить до ототожнення поняття установчої влади з демократією взагалі. Не випадково, що у поняття установчої влади автори вкладають різний зміст.

Аналізуючи сучасні наукові підходи до визначення досліджуваного нами поняття, не можна не відзначити, що розуміння установчої влади як влади, яка приймає або змінює конституцію, залишає поза увагою такі форми прояву влади, як загальнодержавні та місцеві вибори і референдуми, здійснення ряду установчих повноважень главою держави, парламентом та органами місцевого самоврядування, такі форми прямого волевиявлення громадян, як збори громадян за місцем проживання, місцеві ініціативи тощо. До якої влади належать ці форми? Очевидно, що це не законодавча або судова влада. Класична теорія установчої влади не дає відповіді на це питання, не пов’язуючи зміст цього поняття з іншими формами, крім конституційного процесу. Отже, зміст загального поняття установчої влади фактично відривається від форм її реалізації. Як правило, питання реалізації установчої влади пов’язують із демократичними процесами, а будь-які прояви установчої влади вважають проявами тієї чи іншої форми демократії. Разом з тим багато критиків нарікають, що слово “демократія”

⁸¹ Сарторі Дж. Основи теорії демократії: народ і врядування / Дж. Сарторі // Демократія : антологія / [упоряд. О. Проценко]. – К. : Смолоскип, 2005. – 1108 с. – С. 25–29.

використовується так часто, що воно втратило будь-яке певне значення.

Знавці політичних наук Університету штату Арізона Т. Болл і Р. Деггер у праці “Демократичний ідеал: історія становлення”⁸² виклали своє дослідження виникнення слова “демократія” та підходи різних ідеологів до розуміння цього слова. Як відомо, слово “демократія” і демократія як форма політичного життя зародилися в Стародавній Греції. Ця інформація не є новою, бо її містить будь-який підручник з права, енциклопедичний словник тощо. Проте всі ці джерела, стверджують автори, містять неповну інформацію щодо походження зазначеного слова.

Загальноживаним є словосполучення “демократія – це влада народу”. Однак розуміння народу як суб’єкта або носія влади викликає багато запитань. Кого слід вважати народом? Яку спільноту? Як правило, під народом сучасні теорії демократії розуміють сукупність громадян певної країни, яким належить право голосу, оскільки саме вони мають реальне право брати участь у здійсненні як прямої, так і представницької демократії. У зв’язку з цим автори звертають увагу, що за своїм походженням слово “демократія” означало інше розуміння категорії “народ”. Т. Болл і Р. Деггер пишуть, що “слово “демократія” походить від поєднання грецького іменника *demos*, що означає “народ” (“*people*”), або “простолюд” (“*common people*”), і дієслова *kratein*, “урядувати” (“*to rule*”). Для греків *demokratia* означала “правління чи врядування простолюду”, тобто людей неосвічених, немудрих і бідних. Оскільки такі люди становили більшість громадян, демократію ототожнювали, як часто роблять і зараз, із урядуванням більшості. Проте важливо зазначити, що та більшість складалася переважно з представників одного класу – демосу (*demos*). Отож чимало греків розуміли демократію як певну форму класового врядування – врядування, яке здійснює нижчий, або трудящий клас, і задля інтересів цього класу. У такому значенні демократія становить контраст з аристократією, врядуванням *aristoi* – “найкращих”, тих, хто начебто найспроможніший урядувати”⁸³.

Демократія як форма політичного життя в античній Греції (друга половина V ст. до н. е., відома як “золота доба” Афіні) мала риси суттєво відмінні від сучасного розуміння демократичного режиму. Так, на багато політичних посад афіняни призначали громадян не голосуванням, а шляхом жеребкування. Громадянином міг бути лише

⁸² Болл Т. Демократичний ідеал: історія становлення / Т. Болл. Р. Деггер // Демократія : антологія / [упоряд. О. Проценко]. – К. : Смолоскип, 2005. – 1108 с. – С. 3–24.

⁸³ Там само. – С. 4.

вільний афінянин чоловічої статі. Жінок, чужинців, які постійно проживали в місті, рабів (що становили, напевно, більшість населення) – не брали до уваги. Афінська демократія майже не передбачала захисту прав меншин. Не кожний громадянин мав свободу висловлювати свої думки, хоча громадяни вважалися рівними перед законом. Зокрема, саме через обстоювання свободи слова і думки був засуджений афінський філософ Сократ (469–399 до н. е.) як “перший мученик першої демократії”⁸⁴.

Виявляється, констатують автори, витоки самого слова “демократія” і демократичного режиму йдуть врозріз із сучасним їх розумінням.

Теорія установчої влади нерозривно пов’язана з визначенням такої ознаки, як *суверенність* установчої влади, з проблемою її юридичної необмеженості чи обмеженості⁸⁵.

О.Є. Шишкіна в дисертаційній роботі “Конституційні збори Російської Федерації як орган установчої влади” зазначає, що в юридичній літературі з конституційного права Росії відсутня єдність поглядів щодо поняття, сутності та змісту установчої влади. При цьому дослідниця наголошує: всі ці погляди об’єднує спільна позиція стосовно того, що установлення конституції як у республіках, так і в монархіях пов’язується з установчою владою⁸⁶. Крім цього, продовжує О.Є. Шишкіна, більшість учених також дотримується єдиної позиції стосовно поділу установчої влади на первісну та установлену. Але зміст і спосіб реалізації цих різновидів установчої влади залишаються проблемним питанням юридичної науки.

Так, наприклад, вважають, що первісну установчу владу здійснив Б.М. Єльцин, який, не маючи, згідно з чинною до грудня 1993 р. Конституцією РФ, повноважень на прийняття нової Конституції, зміг за допомогою створеної за його ініціативою Конституційної наради підготувати, а пізніше через референдум прийняти Конституцію Російської Федерації, встановивши (запровадивши) таким чином принципово нову порівняно з попередньою систему влади⁸⁷.

⁸⁴ Болл Т. Демократичний ідеал: історія становлення / Т. Болл. Р. Дегер // Демократія : антологія / [упоряд. О. Проценко]. – К. : Смолоскип, 2005. – 1108 с. – С. 6.

⁸⁵ Максакова Р.М. Проблема визначення суверенності установчої влади та її меж / Р.М. Максакова // Наука і правоохорона. – 2012. – № 3. – С. 252–258.

⁸⁶ Шишкіна О.Е. Конституционное собрание Российской Федерации как орган учредительной власти : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / О.Е. Шишкіна. – М. : РГБ, 2005. – 238 с. – С. 27–28.

⁸⁷ Что такое Учредительное собрание? // Российская юстиция. – 2002. – № 7. – С. 36–37.

Але такий підхід, на думку О.Є. Шишкіної, не відповідає сучасному розумінню принципу народного суверенітету й розумінню вимог конституціоналізму⁸⁸. На підтвердження своєї думки авторка посилається на А. Шайо, який зазначав: “Демократія в цьому конституційному, тобто обмежуючому владу тлумаченні передбачає: саме тому, що народ є суверенним, будь-хто та жоден орган не може вимагати для себе суверенну владу. Влади у нього може бути лише стільки, скільки йому передав народ”⁸⁹.

Викладені позиції вказують на існування виділеної нами проблеми суверенності установчої влади, причому не лише в теоретичному плані, а й у практичній площині.

У літературі прийняття конституції розглядається, з одного боку, як акт реалізації установчої влади, а з іншого – як акт реалізації суверенітету народу. Установчу владу визначають як *суверенну* владу народу. Така позиція знайшла втілення і в правовій практиці Конституційного Суду України (Рішення від 3 жовтня 1997 р. та від 11 липня 1997 р.). Це свідчить про наявність зв’язку між поняттям установчої влади і поняттям суверенітету.

У чому ж полягає *суверенність* установчої влади та які її межі?

Для того, щоб відповісти на це запитання, потрібно насамперед з’ясувати, що означають терміни “суверен”, “суверенний”.

Сучасний тлумачний словник визначає слово “суверен” (франц. *souverain*) як носій верховної влади, а слово “суверенний” – як: 1) такий, що здійснює верховну владу; 2) такий, що має суверенітет, незалежний, самостійний⁹⁰.

Юридична думка поняття суверенітету, як правило, пов’язує з державою. Зокрема, *суверенітет* (нім. *souveränität*, від франц. *souveraineté*, первісно – вершина, верховна влада, з лат. *superus* – верхній) визначається як повнота влади *держави*; самостійність держави, її незалежність від інших держав у внутрішній і зовнішній політиці⁹¹.

В енциклопедичній юридичній літературі зазначається, що вперше термін “суверенітет” використав для загальної оцінки владарювання Ж. Боден, який у праці “Шість книг про республіку” (1576 р.)

⁸⁸ Шишкіна О.Є. Конституционное собрание Российской Федерации как орган учредительной власти : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / О.Є. Шишкіна. – М. : РГБ, 2005. – 238 с. – С. 29.

⁸⁹ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) : [пер. с венг.] / А. Шайо. – М. : Юрист, 2001. – 292 с. – С. 62.

⁹⁰ Современный словарь иностранных слов : ок. 20000 слов. – [2-е изд., стер.]. – М. : Рус. яз., 1999. – 742 с. – С. 586.

⁹¹ Зяблюк М.П. Суверенітет / М.П. Зяблюк // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 5: П–С. – 2003. – 736 с. – С. 684.

позначив цим терміном абсолютну і неподільну владу, що належала *монарху*. Ж. Боден виключав наявність будь-якої іншої влади в державі або поза нею, яка б могла бути вищою від влади монарха. Суверенітет розглядався як якість такої влади, а питання про її носія певний час залишалося поза увагою.

Разом з тим В.М. Шаповал відзначає, що ідею *народного суверенітету* (найвідомішим adeptом якої він називає Ж.-Ж. Руссо) сформульовано у XVII–XVIII ст. Якщо ідея державного суверенітету характеризує державну владу загалом, то про народний суверенітет ідеться у зв'язку з визначенням її носія. Отже, за словами автора, державний суверенітет і народний суверенітет – це поняття, пов'язані з явищем державного владарювання. Вони об'єктивно взаємодоповнюються, але різняться між собою⁹². Крім цих понять, автор дає визначення також терміна “суверенітет національний” – *суверенітет народу* як політичної *нації*. Спочатку цей термін був синонімом народного суверенітету. Згодом національний суверенітет почали характеризувати в контексті права нації на політичне самовизначення⁹³.

Натомість в енциклопедичному словнику 1989 р. видання поняття “суверенітет” визначено лише щодо верховної та незалежної влади держави⁹⁴. Жодного слова про народний та національний суверенітет він не містить, хоча цікавим видається формулювання поняття “суверенний”. Так, *суверенний* (від франц. *souverain* – вищий, верховний) – це 1) той, що здійснює верховну владу; 2) той, що має *суверенітет*, незалежний, самостійний. Як бачимо, поняття суверенний безпосередньо пов'язано з поняттям того, хто має суверенітет. А має суверенітет, як зазначалося в цьому словнику, лише держава. Таким чином, радянська наукова думка будь-які прояви суверенної влади пов'язувала лише з державною владою.

Якщо поняття “суверенний” використовується для характеристики якостей того, хто здійснює *верховну владу*, то для визначення того, хто має *верховну владу*, вживається поняття “суверен”.

Суверен, відзначає в юридичній енциклопедії В.П. Горбатенко, (від франц. *souverain* – монарх; найвищий, верховний; від лат. *super* – угорі, наверху) – носій верховної влади (особа чи група осіб), уповноважений приймати в межах певної політико-правової ієрархії остато-

⁹² Шаповал В.М. Суверенітет державний / В.М. Шаповал // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 5: П–С. – 2003. – 736 с. – С. 684.

⁹³ Там само. – С. 685–686.

⁹⁴ Суверенитет. Суверенный // Советский энциклопедический словарь / [гл. ред. А.М. Прохоров]. – [4-изд.]. – М. : Сов. энциклопедия, 1989. – 1632 с. – С. 1297.

чні рішення⁹⁵. Влада суверена, зазначає автор, характеризується як найвища в існуючій політико-правовій системі, остання інстанція у сенсі прийняття владних рішень, всезагальна в розумінні ступеня впливу на певні події, автономна у взаєминах з внутрішніми чи зовнішніми суб'єктами політико-владних відносин. В умовах демократичної держави влади суверена в її елементарному розумінні (як втіленої в образі одноособового правителя) вже не існує. Сучасне розуміння суверенності, продовжує В.П. Горбатенко, виключає претензії на цілковиту, необмежену, довічну і неподільну владу. Водночас поділ суверенної влади між численними суб'єктами не применшує значення остаточності рішення, яке приймається в межах певної держави.

Досліджуючи питання виникнення та розвитку ідей суверенітету, український правознавець В.Д. Гапотій дійшов висновку, що з моменту свого виникнення термін “суверенітет” пов'язується насамперед із державною владою, характеризує її особливі якості⁹⁶. Перші теорії суверенітету, зазначає автор, були теократичними, в їх основу покладался принцип божественного походження влади. Теорія божественного походження монархії існувала за часів Людовіка XIV і була розвинута в працях Фоми Аквінського. Поступово суверенітет сприймається не як теологічне, а як світське явище. Цьому сприяли праці Т. Гоббса, який стверджував, що держава є абсолютною незалежною корпорацією, а всі інші корпорації підвладні верховній владі держави. Т. Гоббс наголошував на наявності в державі вищої влади, яка стоїть над усіма організаціями й особами і самостійно визначає норми поведінки держави зовні та сприймається як історична і логічна необхідність⁹⁷. Як вказує В.Д. Гапотій, в епоху абсолютизму відбувається секуляризація права, його визволення з пут релігії⁹⁸. Принцип суверенітету розглядається передусім як принцип вільної правотворчості держави, котра не зв'язана надприродним законом. Відтепер можливість влади на власний розсуд створювати загальнообов'язкові правила поведінки вважається основною умовою її верховенства. Саме в цьому,

⁹⁵ Горбатенко В.П. Суверен / В.П. Горбатенко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 5: П–С. – 2003. – 736 с. – С. 684.

⁹⁶ Гапотій В.Д. Теоретичні і практичні аспекти суверенітету народу, нації та держави : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В.Д. Гапотій. – Х. : Нац. ун-т внутр. справ, 2005. – 200 с. – С. 12.

⁹⁷ Гоббс Т. Левиафан или материя, форма и власть государства церковного и гражданского / Т. Гоббс ; [предисл. и ред. А. Ческиса]. – М. : Соцэкгиз, “Образцовая” тип., 1936. – 503 с. – С. 146–147, 179.

⁹⁸ Гапотій В.Д. Теоретичні і практичні аспекти суверенітету народу, нації та держави : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В.Д. Гапотій. – Х. : Нац. ун-т внутр. справ, 2005. – 200 с. – С. 16.

на думку В.Д. Гапотія, слід шукати витoki юридичного позитивізму, який базується на тому переконанні, що право є витвором державної влади. Зокрема, ці висновки автора знаходить підтвердження в працях І. Бентама, Г. Гегеля, Г. Гроція, Г. Кельзена, Дж. Остіна, Л. Фейєрбаха, К. Шмітта.

Подальший розвиток ідеї суверенітету, пише В.Д. Гапотій, знаменується зміщенням акценту від суверенітету монарха як носія верховної влади до суверенітету держави як безособової організації влади⁹⁹. Вже Г. Гроцій вказує на те, що слід розрізняти такі категорії, як “загальний суб’єкт” і “власний суб’єкт” суверенітету: “Носій [верховної влади] може бути або у загальному, або у власному сенсі; подібно до того, як загальним носієм зору є тіло, власним же є око, так загальним носієм верховної влади є держава... Носій же влади у власному сенсі – це або одна особа, або декілька згідно із законами і звичаями того чи іншого народу”¹⁰⁰. Поступово відбувається деперсоніфікація та інституціоналізація політичної влади, відокремлення здійснення влади від власності на неї. Верховна влада починає асоціюватися не з конкретною особою, а з абстрактним за своїм характером інститутом – державою. Саме з цього моменту, на погляд В.Д. Гапотія, слід говорити про суверенітет держави, оскільки раніше мова могла йти лише про суверенітет правителя. Поступовий розвиток державно-правових відносин, зміни та здобутки правової думки вплинули на появу, крім поняття “державний суверенітет”, понять “народний суверенітет” і “національний суверенітет”.

Концепція народного суверенітету вперше була висловлена депутатом від Бургундії Ф. По у 1484 р. на зібранні Генеральних штатів у м. Тур (Франція). У XVII ст. під час англійської буржуазної революції ця концепція була закріплена в програмному документі партії левелерів “Основні закони та вольності Англії”, що задекларував народ єдиним джерелом влади за своєю природою. Найвідомішим ідеологом концепції народного суверенітету вважають Ж.-Ж. Руссо, який визначав народний суверенітет як невідчужувану та неподільну владу народу, керовану його спільною волею¹⁰¹. Ж.-Ж. Руссо обстоював

⁹⁹ Гапотій В.Д. Теоретичні і практичні аспекти суверенітету народу, нації та держави : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В.Д. Гапотій. – Х. : Нац. ун-т внутр. справ, 2005. – 200 с. – С. 17.

¹⁰⁰ Гроций Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права / Г. Гроций. – М. : Ладомир, 1994. – 868 с. – С. 127–128.

¹⁰¹ Федоренко В.Л. Народний суверенітет / В.Л. Федоренко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 4: Н–П. – 2002. – 720 с. – С. 61–62.

пріоритет безпосередніх форм реалізації народного суверенітету. Його ідеї було закріплено в Конституції Франції 1848 р. Подальшого свого розвитку ідеї народного суверенітету здобули в працях Ф. Енгельса, Е. Канта, В. Леніна, К. Маркса, Ф. Савіньї та багатьох інших мислителів. Як відомо, на сьогодні принцип народного суверенітету зафіксовано в конституціях усіх держав світу.

Досліджуючи історію створення та розвитку поняття “суверенітет”, на початку ХХ ст. відомий український правознавець М.І. Палиєнко зазначав, що розвиток ідей суверенітету був тісно пов’язаний з розвитком державного життя й самого уявлення про державу, з утвердженням державної влади, об’єднанням та монополізацією нею всіх прав володіння, зі звільненням державної влади від всіх перепон, що були на шляху до її безумовного територіального верховенства¹⁰². Суверенітет є не лише історичною категорією, а й характеризує юридичну природу державного володарювання, а також є тим необхідним критерієм, що дає можливість відрізнити державу від інших публічно-правових союзів та відмежувати сферу володарювання кожної держави як суб’єкта суверенної влади в межах своєї території від сфери влади інших держав¹⁰³. Висновком праці М.І. Палиєнка стали такі положення: “Суверенітет не має нічого спільного ані з деспотизмом, ані з всепоглинаючою безмежною владою суспільного союзу, яка поглинає будь-яке індивідуальне життя, права особистості та нижчих спілок; він не заперечує самостійність таких самих суверенних союзів та прогресивного розвитку спілкування держав і народів на ґрунті їх національних та загальнолюдських інтересів, але значить собою лише вище правове володарювання суспільного союзу над своїми членами, володарювання, що визначене правом та з ним узгоджуване. Доки на землі будуть існувати суспільні союзи, влада і право, буде існувати і суверенітет. Та навіть якщо б збулася колись мрія деяких мислителів про об’єднання людства під верховною владою вищого загальнолюдського союзу, який керує культурним правовим життям всієї маси інших суспільних союзів, то такий всесвітній суверенний союз лише і буде державою, якою б відносною самостійністю не володіли підкорені йому союзи...”

Сама ідея, що суверенітет становить необхідну ознаку держави, не створює перешкод такому розвитку, а скоріше сприяє йому, бо як і сама ідея суверенітету стала результатом згуртування суспільних

¹⁰² Палиєнко Н.И. Суверенитетъ. Историческое развитие идеи суверенитета и ея правовое значение / Николай Иванович Палиєнко. – Ярославль : Типографія Губернскаго Правленія, 1903. – 567 с. – С. 283.

¹⁰³ Там само. – С. 566.

елементів та об'єднання і зміцнення публічно-правової влади в різноманітних суспільних союзах. Та чим більше роз'яснювалася в її історичному розвитку істинна сутність цієї ідеї, тим менше вона, залишаючись у своїй повній силі та дії, слугувала перепорою для розвитку в самій державі принципів права, індивідуальної та політичної свободи та самоуправління, а у сфері міжнародних відносин – для зближення держав на ґрунті узгодження їх місцевих та національних інтересів із загальнолюдськими культурними завданнями.... Союзна держава може бути перехідною стадією не лише на шляху до створення єдиної держави, а й на шляху до повного її розпаду”¹⁰⁴.

У дисертаційній роботі В.А. Пашневої “Державно-правові погляди М.І. Палієнка” зазначено, що “М.І. Палієнко виступав проти ототожнення суверенітету з державною владою. Він стверджував, що носієм державного суверенітету, а отже, і суверенних прав і обов’язків, є не державна влада чи будь-який державний орган, а держава (“Суверенітет є якістю самої держави”). Саме держава, як носій суверенних прав і обов’язків, формує і здійснює всередині країни свою вищу верховну владу, яка є й “правовою владою”, бо “не може бути юридично обмежена правом іншої держави”. Особливість теорії державного суверенітету, розробленої М.І. Палієнком, полягає й у тому, що він уперше виокремлює й обґрунтовує дві концепції суверенітету: 1) як надзаконної абсолютної влади (в абсолютній монархії); 2) як влади законної або суверенної у формах і межах права (в конституційній державі). Узагальнюючи історичну практику, М.І. Палієнко констатує, що державний суверенітет може існувати й в умовах недемократичного режиму”¹⁰⁵.

Кожна епоха має свої особливі уявлення та концептуальні підходи до осмислення ідеї суверенітету. Сучасні умови глобалізації суспільно-політичного життя, розширення та поглиблення інтеграційних процесів, створення великої кількості міждержавних структур, регіональних і міжнародних організацій зі своїми специфічними цілями та завданнями свідчать про невичерпність та актуальність проведення досліджень сутності суверенітету в різних його проявах.

Сучасні науковці продовжують дослідження ідей суверенітету, їх впливу та реалізації в теперішніх умовах. Серед них можна назвати пра-

¹⁰⁴ Палиенко Н.И. Суверенитетъ. Историческое развитие идеи суверенитета и ея правовое значение / Николай Иванович Палиенко. – Ярославль : Типографія Губернскаго Правленія, 1903. – 567 с. – С. 566–567.

¹⁰⁵ Пашнева В.А. Державно-правові погляди М.І. Палієнка : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В.А. Пашнева ; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2009. – 20 с. – С. 11.

вознавців О.Л. Бредіхіна¹⁰⁶, А.Ш. Галімову¹⁰⁷, В.Д. Гапотій¹⁰⁸, М.І. Грачова¹⁰⁹, О.В. Єраклінцеву¹¹⁰, І.А. Куян¹¹¹, В.Д. Людвіг¹¹², О.О. Моїсєєва¹¹³, Л.М. Романову¹¹⁴, Г.М. Федущак-Паславську¹¹⁵, політолога А.Ю. Баграмяна¹¹⁶.

Зумовлені різними критеріями підходи до концепції суверенітету дають підставу виділити три домінанти: суверенітет державної влади, суверенітет народу, суверенітет нації, – стверджується в дисертації Г.М. Федущак-Паславської¹¹⁷. Дослідниця дійшла висновку, що в Україні був реалізований інституційний суверенітет (суверенітет князя) у Київській Русі, народний суверенітет в Українській Козацькій державі, суверенітет нації у Західноукраїнській Народній Республіці. Суверенітет державної влади, відзначає авторка, реалізується в межах установчих, нормативних та організаційних обмежень.

¹⁰⁶ Бредихин А.Л. Суверенитет как политико-правовой феномен : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / А.Л. Бредихин. – Белгород, 2011. – 25 с.

¹⁰⁷ Галимова А.Ш. Учение о суверенитете в трудах ученых-юристов “школы естественного права” и политических мыслителей XVII–XVIII вв. : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / А.Ш. Галимова. – М., 2011. – 28 с.

¹⁰⁸ Гапотій В.Д. Теоретичні та практичні аспекти суверенітету народу, нації, держави : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В.Д. Гапотій. – Х., 2005. – 18 с.

¹⁰⁹ Грачев Н.И. Государственное устройство и суверенитет в современном мире: вопросы теории и практики : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 / Н.И. Грачев. – М., 2009. – 43 с.

¹¹⁰ Ераклинцева Е.В. Суверенитет и демократия как конституционные ценности современной России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Е.В. Ераклинцева. – Челябинск, 2010. – 26 с.

¹¹¹ Куян І.А. Проблема співвідношення принципів міжнародного права і національного суверенітету / І.А. Куян // Публічне право. – 2011. – № 3. – С. 27–34.

¹¹² Людвіг В.Д. Принцип народного суверенітету в історії політико-правової думки, теорії права та політичній практиці : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В.Д. Людвіг. – Х., 2009. – 18 с.

¹¹³ Моисеев А.А. Соотношение суверенитета и надгосударственности в современном международном праве (в контексте глобализации) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.10 / А.А. Моисеев. – М., 2007. – 45 с.

¹¹⁴ Романова Л.М. Национальный суверенитет в условиях глобализации: институционально-правовой анализ : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 23.00.02 / Л.М. Романова. – Ростов н/Д, 2009. – 41 с.

¹¹⁵ Федущак-Паславська Г.М. Політико-правова ідея суверенітету державної влади та її реалізація в державотворенні України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Г.М. Федущак-Паславська. – Л., 2000. – 20 с.

¹¹⁶ Баграмян А.Ю. Проблема государственного суверенитета в условиях современных интеграционных процессов (на материалах Республики Армения) : автореф. дис. ... канд. полит. наук : спец. 23.00.02 / А.Ю. Баграмян. – Ереван, 2009. – 18 с.

¹¹⁷ Федущак-Паславська Г.М. Політико-правова ідея суверенітету державної влади та її реалізація в державотворенні України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Г.М. Федущак-Паславська. – Л., 2000. – 20 с. – С. 6.

Ще один український дослідник В.Д. Гапотій також зазначає, що ідея суверенітету діяхронно розгортається за схемою “суверенітет держави” – “суверенітет народу” – “суверенітет нації”. Ці уособлення суверенітету в сучасних умовах розвиваються синхронно, взаємозумовлюючи та взаємостримуючи один одного¹¹⁸. Автор наголошує, що суверенітет не слід розглядати як невід’ємну ознаку держави на всіх етапах її розвитку, оскільки історично держава виникає не як суверенна організація влади; суверенітет – це історично зумовлена політико-юридична властивість сучасної держави¹¹⁹. Правознавець відстоює ту позицію, що суверенітет – це не саме право, а певна властивість суб’єкта, яка є умовою, підставою виникнення відповідних прав. Існує безпосередній зв’язок між юридичною категорією “правосуб’єктність” і політико-правовою категорією “суверенність”, вважає В.Д. Гапотій. Щодо таких специфічних суб’єктів права, як народ, нація та держава, можна сказати, що уособленням їхньої правосуб’єктності є саме суверенітет¹²⁰. Досліджуючи питання перспектив суверенітету держави в умовах загальносвітових процесів глобалізації, автор переконує, що за сучасних умов відстоювати ослаблення суверенітету держави є небезпечним і передчасним. Приклад України та інших країн пострадянського простору показує, до чого призводять спроби зменшення ролі держави в суспільстві, скорочення обсягу та характеру виконуваних нею функцій. Вакуум, що утворюється зі згортанням діяльності держави, заповнює активність суб’єктів з корпоративними інтересами й цілями¹²¹.

У дисертаційній роботі В.Д. Людвіг стверджується, що принцип народного суверенітету проголошений Конституцією України як фундаментальний принцип демократичної правової держави. “Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ” означає право народу вирішувати найважливіші питання державного та суспільного життя, формувати вищі органи державної влади та органи місцевого самоврядування, контролювати їх діяльність¹²². Історичний аналіз теорій народного суверенітету, зазначає автор, дає змогу виявити такі особливості виникнення й розвитку ідеї: по-перше, поняття

¹¹⁸ Гапотій В.Д. Теоретичні та практичні аспекти суверенітету народу, нації, держави : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В.Д. Гапотій. – Х., 2005. – 18 с. – С. 15.

¹¹⁹ Там само. – С. 6.

¹²⁰ Там само. – С. 12.

¹²¹ Там само. – С. 11.

¹²² Людвіг В.Д. Принцип народного суверенітету в історії політико-правової думки, теорії права та політичній практиці : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В.Д. Людвіг. – Х., 2009. – 18 с. – С. 1.

“державний суверенітет”, “народний суверенітет”, “національний суверенітет”, “суверенітет монарха” є самостійними і водночас історично взаємопов’язаними; впродовж тривалого часу вони не розмежовувалися, а предметом дослідження був суверенітет як такий, суверенітет як принцип. По-друге, розглядаючи суверенітет в історичній ретроспективі, слід розрізняти суверенітет-явище і суверенітет-поняття, оскільки перше існує з моменту виникнення держави (державний суверенітет), заснування демократичних інститутів (народний суверенітет), а друге було сформульоване набагато пізніше; по-третє, вчення про народний суверенітет мало не стільки теоретичне, скільки практичне значення, оскільки кожна з політичних сил, обґрунтовуючи свої претензії на владу, використовувала цю ідею, посиляючись на волю народу. Отже, резюмує дослідник, принцип народного суверенітету був, перш за все, полемічною зброєю проти влади, права якої оспорювалися¹²³.

Досить важко вести мову про сутність, особливості та межі суверенітету в умовах сьогодення і багаторівневих інтеграційних процесів. Так, у дисертації сучасного російського політолога А.Ю. Баграмяна відзначається, що в процесі історичного розвитку суспільно-політичного життя одним із ключових регіонів світу став Південний Кавказ, де стикаються інтереси різних держав – Російської Федерації, Сполучених Штатів Америки, європейських країн, Ірану, міжнародних і регіональних організацій – Співдружності Незалежних Держав, Ради Європи, Європейського Союзу, Організації Північноатлантичного договору, а також різних наднаціональних утворень – Світового банку, Міжнародного валютного фонду, Світової організації торгівлі та ін. Саме в цьому регіоні виникає ряд найбільш важливих проблем геополітичного, економічного, національно-етнічного та воєнного характеру¹²⁴. Автор робить висновок, що державна влада і державний суверенітет, як взаємопов’язані компоненти політичної організації, являють собою різні за значенням та виразом форми єдиних владних відносин. На відміну від державного суверенітету, державна влада є подільною та залежною від статусу і повноважень органів державної влади може змінюватися: розширюватися, скорочуватися, припиняти-

¹²³ Людвіг В.Д. Принцип народного суверенітету в історії політико-правової думки, теорії права та політичній практиці : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В.Д. Людвіг. – Х., 2009. – 18 с. – С. 8–9.

¹²⁴ Баграмян А.Ю. Проблема государственного суверенитета в условиях современных интеграционных процессов (на материалах Республики Армения) : автореф. дис. ... канд. полит. наук : спец. 23.00.02 / А.Ю. Баграмян. – Ереван, 2009. – 18 с. – С. 3.

ся¹²⁵. А.Ю. Баграмян підкреслює тісний взаємозв'язок народного та державного суверенітету і зазначає, що, з одного боку, суверенітет народу, його повновладдя є основою державного суверенітету, а з іншого – державний суверенітет виступає як найважливіший виразник народного суверенітету, як верховне, невідчужуване право народу визначати свою долю, бути єдиним, ні від кого не залежним носієм верховної влади в державі та суспільстві¹²⁶.

Автор підкреслює, що сутність демократичних принципів народного і державного суверенітету полягає в тому, що державна влада походить від народу, належить йому та здійснюється ним як безпосередньо (загальні вибори, референдум, плебісцит, народна ініціатива), так і опосередковано (через своїх представників)¹²⁷. А.Ю. Баграмян наголошує, що в процесі інтеграції та глобалізації для будь-якої держави першочергового значення набувають питання збереження та укріплення національно-державного суверенітету, основою якого є суттєві інтереси народу, нації і держави, що містять у собі такі елементи: військова безпека, що передбачає захист державного суверенітету, конституційного ладу та системи цінностей; благополуччя країни та її населення, забезпечення економічного розвитку; безпечне та сприятливе міжнародне оточення, що передбачає вільні контакти, взаємовигідний обмін та ефективне співробітництво в регіоні та за його межами¹²⁸.

Специфікою визначення змісту і меж суверенітету в умовах глобалізації є те, що з метою вирішення глобальних проблем, інтегруючись у різні міжнародні та регіональні організації, суверенна держава, виходячи із власних національно-державних інтересів і свого суверенного рішення, добровільно передає здійснення частини своїх повноважень на наддержавний рівень (у цьому випадку мова йде не про обмеження суверенітету, а лише про функціональне обмеження сфери державної влади), але ця передача не може бути критерієм втрати суверенітету¹²⁹.

Схожі думки містяться в дисертаційній роботі О.О. Моїсєєва “Співвідношення суверенітету та наддержавності в сучасному міжна-

¹²⁵ Баграмян А.Ю. Проблема государственного суверенитета в условиях современных интеграционных процессов (на материалах Республики Армения) : автореф. дис. ... канд. полит. наук : спец. 23.00.02 / А.Ю. Баграмян. – Ереван, 2009. – 18 с. – С. 7.

¹²⁶ Там само. – С. 10.

¹²⁷ Там само. – С. 11.

¹²⁸ Там само. – С. 12–13.

¹²⁹ Там само. – С. 16.

родному праві (в контексті глобалізації)»¹³⁰. Ведучи мову про необхідність розмежування влади суверенної держави і державного суверенітету, науковець зазначає, що влада держави і її міжнародна правосуб'єктність, на відміну від суверенітету та міжнародної правосуб'єктності первинного суб'єкта міжнародного права (мається на увазі суверенна держава), мають відносний характер і межі своєї реалізації, обумовлені внутрішнім законодавством і міжнародним правом¹³¹.

Наголошуючи на існуванні суперечностей між принципами міжнародного права і національного суверенітету І.А. Куян вважає, що їх розв'язання можливе шляхом вироблення міжнародно-правової доктрини механізму запобігання конфліктності. Це, на її думку, передбачає необхідність юридичного опрацювання принципів через чітке формулювання, визначення умов й механізмів їх реалізації, правил поєднання (взаємодії), визначення ієрархії у процесі застосування і довільного тлумачення. При цьому необхідно виходити з того, зазначає авторка, що принцип суверенітету є основою верховенства національних правових систем і системи міжнародного права, відмова від якого неминуче потягне за собою верховенство «права сили»¹³².

У дисертації М.І. Грачова суверенітет розглядається як найголовніша якісна політична і правова характеристика держави. Автор стверджує, що суверенітет у державно-правових відносинах виступає як визнана державотворчим народом (легітимна), зовні непохідна, постійна, юридично необмежена верховна влада, що володіє універсальним повноваженням на управління державою в цілому та концентроване монопольне право на прийняття остаточних рішень з усіх питань загальнодержавного значення. Юридичний зміст суверенітету становлять функції та повноваження верховної влади, які в сукупності можуть бути визначені як виключна компетенція держави. Основними функціями автор вважає установчу функцію, організації й управління державним життям, підтримання та охорони політико-правового порядку, стабілізації й розвитку суспільно-політичного устрою держави¹³³.

¹³⁰ Моисеев А.А. Соотношение суверенитета и надгосударственности в современном международном праве (в контексте глобализации): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.10 / А.А. Моисеев. – М., 2007. – 45 с. – С. 3.

¹³¹ Там само. – С. 9.

¹³² Куян І.А. Проблема співвідношення принципів міжнародного права і національного суверенітету / І.А. Куян // Публічне право. – 2011. – № 3. – С. 32.

¹³³ Грачев Н.И. Государственное устройство и суверенитет в современном мире: вопросы теории и практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.01 / Н.И. Грачев. – М., 2009. – 43 с. – С. 10–11.

На відміну від О.О. Моїсєєва, М.І. Грачов вважає, що процеси глобалізації є фактором, який руйнує суверенну національну державність й істотно трансформує класичні форми державного устрою. Це веде до загальної трансформації державності в сучасному світі, видимими ознаками якої є реновація імперських моделей державного устрою і виникнення нового виду імперського суверенітету. У зв'язку з цим визначилися дві суперечливі тенденції: одна – це розширення виняткових правомочностей верховної влади відносно територіальних підрозділів, що добре видно на прикладі збільшення обсягу компетенції федеральної влади у ряді федеративних держав; а інша тенденція – регіональна децентралізація й автономізація, федералізація і конфедералізація сучасних держав, які відбуваються паралельно з передачею їхніх суверенних прав на вищий рівень – різним міжнародним організаціям і спілкам або супроводжуються їх добровільним обмеженням на користь потужніших з економічного і політичного погляду держав і союзів конфедеративного типу, еволюціонують у напрямі федеративних імперій.

Нова форма мирного співіснування може бути формою рівноваги великих державних (імперських) утворень. На сьогодні вагома роль і значення у великій політиці, а також привілеї фактичного суверенітету стають монополією дуже небагатьох макрорегіональних і світових держав імперського типу зі складним територіальним устроєм. Решту становлять формально суверенні держави, які перестають по суті бути такими. Вони стають фактично і юридично підконтрольні цим супердержавам, хоча, можливо, і не будуть зазнавати значної зміни свого статусу у сферах внутрішньої організації та управління¹³⁴.

Подібно до позиції М.І. Грачова, російська дослідниця Л.М. Романова також вважає, що загальним політико-правовим вектором глобалізації є обмеження суверенітету особистості, суспільства і держави¹³⁵. При цьому вона вважає Європейський Союз інтеграційною національно-державною формою, яку слід розглядати як закономірний етап суверенізації в умовах глобалізації, особливий спосіб політико-правового захисту національних інтересів групи країн, що передбачає передачу частини їх суверенітету наддержавним інституцій-

¹³⁴ Грачев Н.И. Государственное устройство и суверенитет в современном мире: вопросы теории и практики : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 / Н.И. Грачев. – М., 2009. – 43 с. – С. 13–14.

¹³⁵ Романова Л.М. Национальный суверенитет в условиях глобализации: институционально-правовой анализ : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 23.00.02 / Л.М. Романова. – Ростов н/Д, 2009. – 41 с. – С. 14.

ним суб'єктам¹³⁶. Вона стверджує, що ототожнення суверенітету як політико-правового явища з функціонуванням державної влади, традиційне для політико-правової науки, не відповідає його інституційно-правовій сутності, звужуючи його до одного виміру. Суверенітет набагато ширше і багатше в інституційно-правовому плані, включає нормативно-правові групи забезпечення відповідних правових статусів не тільки держави, а й суспільства та особистості. Авторка вважає, що таке розуміння суверенітету відповідає політико-правовій практиці сучасності, коли легітимація прав особистості, суспільства і держави на інституціональному рівні реалізується як еквівалентність їх ціннісного та нормативно-правового значення в системі нормативно-правового регулювання. Тому незалежність і самостійність як головні властивості суверенітету, притаманні і державі, і названим суб'єктам у контексті захисту та реалізації прав і свобод людини і громадянина, як правило, мають конституційне закріплення в національних правових системах.

Відносини суверенітету – це не що інше, як сукупність зв'язків між людьми, які виникають з приводу реалізації інтересів особистості, суспільства і держави в рамках історично сформованих політичної і правової систем. Відносини суверенітету є частиною системи суспільних відносин – економічних, політичних, правових і культурних, що характеризують суспільну і державну системи. Суб'єктом відносин суверенітету є особистість, суспільство і держава, об'єктом – права і свободи людини, стабільність державної влади і стійкість соціально-економічного розвитку.

Звертаючись до генезису інституту суверенітету, розглядаючи підходи, сформульовані у працях Ж. Бодена, Т. Гоббса, Ж. Марітена, Ж. де Местра, Ж.-Ж. Руссо, К. Шмітта, й історичні колізії, пов'язані з формуванням інституту суверенітету в країнах Західної Європи і Росії, Л.М. Романова показує, що правова інституціоналізація суверенітету – це процес політико-правової легітимації життєво важливих інтересів особистості, суспільства і держави, заснована на цінностях державної політики інституційно-правова форма реалізації свободи особистості, народовладдя, незалежності і стабільності державної влади, територіальної цілісності держави. Авторка виходить з того, що історія людства є історією розвитку людської свободи. Відтак, процес суверенізації інститутів державної влади відбувається в просторі відносин влади і примусу.

¹³⁶ Романова Л.М. Национальный суверенитет в условиях глобализации: институционально-правовой анализ : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 23.00.02 / Л.М. Романова. – Ростов н/Д, 2009. – 41 с. – С. 16–17.

У цьому контексті відмінність між суспільством і державою полягає в характері національної суверенної влади, де сама держава є завершенням суспільства й основною інституційною умовою забезпечення свободи в ньому. Так, суверенну державу слід розглядати як вищу форму співжиття, оскільки вона формує інституціональні умови для інтеграції суспільного цілого, коли верховна влада трактується як представник громадської волі. Таке підпорядкування приватних воľ громадській волі є основою суверенітету і правового порядку в суспільстві, де право – це юридична форма вираження суспільного блага¹³⁷.

У дисертаційній роботі О.Л. Бредіхіна зазначається, що представники юридичних наук проводять дослідження суверенітету в рамках конституційних положень, визначаючи предметом розгляду нормативну конструкцію, не деталізуючи реальні засади верховної влади; натомість представники політичних наук досліджують суверенітет з позиції засад і ресурсів верховної влади, при цьому не розглядають (або розглядають фрагментарно) питання юридичної легітимації і формалізації суверенітету в нормативних документах національного та міжнародного рівнів¹³⁸. Проте суверенітет слід розглядати як комплексне явище, якому притаманні політичні та юридичні ознаки. У результаті проведеного дослідження автор доводить, що походження й реалізація державного суверенітету пов'язані з його джерелом і носієм. Джерелом суверенітету О.Л. Бредіхін визначає волюві дії політично організованого суб'єкта, які привели до утворення держави і правового закріплення у відповідному установчому юридичному акті властивостей суверенітету. Носієм суверенітету він називає консолідовану за певними ознаками соціальну групу, яка має можливість здійснювати верховну владу в суспільстві і реалізує її через систему законодавства і структуру органів державної влади.

Політичний зміст суверенітету, або “політичний суверенітет”, на думку автора, означає реальну забезпеченість політичної влади, панівної в межах певної держави, матеріальними та ідеальними ресурсами, що дає змогу самостійно формувати свою волю і виражати її в правових нормах. Політичний суверенітет, пише автор, виник разом з державою і зумовлений такими факторами, як спільна територія проживання, єдина національність і спільна мова, культурна спільність населення, необхідність організації життя суспільства.

¹³⁷ Романова Л.М. Национальный суверенитет в условиях глобализации: институционально-правовой анализ : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 23.00.02 / Л.М. Романова. – Ростов н/Д, 2009. – 41 с. – С. 22–26.

¹³⁸ Бредихин А.Л. Суверенитет как политико-правовой феномен : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / А.Л. Бредихин. – Белгород, 2011. – 25 с. – С. 3.

Юридична форма суверенітету, або “юридичний суверенітет”, на думку автора, являє собою зовнішнє формальне закріплення властивостей суверенітету в системі законодавства, структурі та компетенції органів державної влади. Юридичний суверенітет бере початок у юридичних документах, таких як конституція, що проголошує суверенітет, акти про визнання суверенітету іншими державами, декларація незалежності та інші юридичні документи, у яких фіксується й обґрунтовується суверенітет конкретної держави. О.Л. Бредіхін доводить, що політичний і юридичний суверенітет як зміст і форма перебувають у діалектичній єдності і взаємодії¹³⁹.

У сучасній юридичній енциклопедії суверенітет розглядається в трьох формах: народного, державного і національного суверенітету.

Так, В.Л. Федоренко визначає *народний суверенітет* (франц. *souveraineté*, первісно – вершина, верховна влада, з лат. *superus* – верхній) як один із принципів міжнародного та конституційного права, що передбачає визнання *народу єдиним джерелом влади в державі* та його виключного права на зміну конституційного ладу. Народ здійснює свою владу безпосередньо (референдуми, вибори та інші форми безпосередньої демократії) та через представницькі органи та посадових осіб держави і місцевого самоврядування¹⁴⁰.

Надаючи визначення національного суверенітету в згаданій юридичній енциклопедії, В.М. Шаповал зазначає, що в чинній Конституції України суб’єктом здійснення права на самовизначення названі як українська нація, так і Український народ – громадяни України всіх національностей¹⁴¹.

Отже, поняття “суверен” з часом пройшло суттєву трансформацію. Сувереном вважався спочатку Бог, потім монарх або будь-який правитель, група осіб (наприклад, керівний склад політичної партії в державах з однопартійною політичною системою), з розвитком економічних відносин сувереном можуть виступати транснаціональні корпорації та фінансово-промислові групи, а в теоріях демократії – народ.

Спеціальне дослідження поняття суверенітету запропонував Й.Д. Левін, який пов’язує це поняття із поняттям верховної влади, а

¹³⁹ Бредихин А.Л. Суверенитет как политико-правовой феномен : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / А.Л. Бредихин. – Белгород, 2011. – 25 с. – С. 8–9.

¹⁴⁰ Федоренко В.Л. Народний суверенітет / В.Л. Федоренко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 4: Н–П. – 2002. – 720 с. – С. 61–62.

¹⁴¹ Шаповал В.М. Суверенітет національний / В.М. Шаповал // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 5: П–С. – 2003. – 736 с. – С. 685–686.

останню визначає як безсумнівну ознаку поняття суверенітету, що неможливий без верховної влади. Елементами, що конституують верховну владу, на його думку, є її усталеність, самостійність, необмежена компетенція. Не є верховною владою в державі влада тимчасова (наприклад, тимчасовий уряд або установчі збори з наперед обмеженим терміном повноважень), влада, делегована на певних умовах іншим органом, а також влада, компетенція якої встановлюється, обмежується або контролюється іншим органом держави.

З часів падіння абсолютизму, відзначає Й.Д. Левін, верховна влада якогось одного органу, юридично та фактично не існує в жодній державі з більш або менш розвинутим правовим регулюванням влади. Поняття верховної влади в буржуазній державі, вказує автор, не можна віднести ані до органу держави, ані до народу, ані навіть до виборчого корпусу. Стара юридична школа віднесла суверенітет до самої держави, а не до якогось її органу чи до народу. Але таке вирішення питання залишилося формальним і абсолютно безплідним, оскільки державу розуміли формально-юридично й абстрактно. На абстракції держави – юридичної особи або держави-правопорядку неможливо побудувати таке вчення про суверенітет, яке пояснить реальні факти державного й суспільного життя¹⁴².

Й.Д. Левін вважає реальним носієм суверенітету держави ту соціальну силу, той суспільний клас, який тримає в руках державу як знаряддя свого панування. Парадокси суверенітету, пише він, виникають тому, що форма суверенітету, тобто його юридичне вираження, береться не у зв'язку із змістом суверенітету, а саме реальним політичним пануванням класу в державі. За його словами, суверенітет не може розглядатися і ніколи насправді не розглядався як суто юридичне поняття. Юридичною є тільки форма суверенітету, тоді як його зміст знаходиться у більш глибокій сфері відносин. Від юридичного вираження суверенітету потрібно перейти до його “метаюридичної”, соціально-політичної сутності, щоб правильно вирішити проблему суверенітету.

Логічні труднощі проблеми суверенітету, стверджує автор, здобувають своє вирішення в діалектиці форми та змісту суверенітету. Вирішення питання про співвідношення між змістом суверенітету і його юридичним вираженням є ключем до побудови наукової теорії суверенітету. Й.Д. Левін зазначає, що форма (державно-правове вираження) суверенітету (“юридичний суверенітет”) – це вища влада органів держави, зафіксована в законі, врегульована правом влада, що

¹⁴² Левин И.Д. Суверенитет / И.Д. Левин ; [предисл. С.А. Авакьяна]. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. – 373 с. – С. 58–61.

здійснюється у правових формах. Змістом суверенітету є вища влада класу, який панує в державі, здійснюючи політичний суверенітет – реальне, таке, що виявляється як у юридичних, так і в позаюридичних формах, політичне панування класу, який спирається на свою економічну міць. Носієм суверенітету в єдності політичного змісту і юридичної форми є держава як політична організація класу, що діє через свої органи влади¹⁴³. Оскільки реальний політичний суверенітет, вказує автор, завжди належить класу, що володіє власністю на засоби виробництва, то в умовах буржуазної держави неможливий політичний суверенітет народу, якими б не були зовнішньо демократичними юридичні форми суверенітету. Юридичне вираження суверенітету належить до форми держави, політичний суверенітет – до типу держави.

У рамках одного й того самого політичного суверенітету можливі різні юридичні форми суверенітету. Зміна політичної форми суверенітету зумовлює зміни юридичної форми суверенітету. Разом з тим політичний суверенітет не можна зводити лише до юридичної форми діяльності держави. Суверен за визначенням стоїть вище законів, а тому на ґрунті права ідея суверенітету як дійсного верховенства влади не може бути повністю розкрита. Будь-яка влада, заснована на праві, тією чи іншою мірою обмежена та підкорена. Юридично навіть установча влада є завжди з того чи іншого погляду також і установленою владою. Тільки за межами юридичного можна підійти до справжнього верховенства і справжнього його носія – панівного класу¹⁴⁴.

У свою чергу, критикуючи традиційне поняття держави, В.В. Іванов пише, що три обов'язкових її елементи (народонаселення, відокремлена територія, публічна влада, якій підпорядковується це населення і яка поширюється на дану територію) вимагають принципового доповнення. Регіон чи муніципалітет також можна описати як сукупність населення, території і публічної влади. При цьому вони не є державами, оскільки їх жителі – громадяни (піддані) держави, їх території – складові території держави, а їх влади підпорядковані так чи інакше державній владі. Постає об'єктивна необхідність доповнити опис держави згадкою про її *суверенітет*, тобто, за класичним визначенням, *незалежність держави, її самостійність у зовнішніх та внутрішніх справах і верховенство у власних межах*. На відміну від

¹⁴³ Левин И.Д. Суверенитет / И.Д. Левин ; [предисл. С.А. Авакьяна]. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. – 373 с. – С. 61–63.

¹⁴⁴ Там само. – С. 64–66.

інших влад, державна влада є суверенною. Отже, суверенітет робить державу державою¹⁴⁵.

На думку В.В. Іванова, класичні визначення суверенітету треба уточнювати. Він, зокрема, вважає, що суверенним є тільки той суб'єкт, який приймає рішення про надзвичайний стан і до компетенції якого належить випадок, для якого не передбачена жодна компетенція. Той, хто встановлює норми, повинен мати повноваження змінювати і порушувати їх, оскільки без цього справжньої незалежності, повновладдя, верховенства немає. Однак коли суверен кимось обмежений, хоч би і самим собою, він *a priori* перестає бути сувереном у повному сенсі цього слова. Суверен не може бути нікому й ніяк "підкорений". Зважаючи на це, стверджує автор, теорія народного суверенітету перебуває у непримиренній суперечності з поняттями влади і держави.

Крім того, відзначає автор, вступ у міжнародне спілкування – укладення договорів, участь у діяльності міжнародних організацій – автоматично зумовлює обмеження суверенітету зобов'язаннями перед іншими суверенами, що теж обмежують свої суверенітети. Тому не лише нація, а й держава не може бути суверенною, і слід або вважати суверенітет фікцією, або виокремлювати *формальний* суверенітет як декларацію, що відповідає теоретичному поняттю, нормативно закріплена, оформлена і визнана міжнародним співтовариством, і *фактичний* суверенітет.

Фактичний суверенітет означає *претензію* політичної організації на незалежність, самостійність у зовнішніх і внутрішніх справах і територіальне верховенство, яку визнають інші політичні організації з такими самими претензіями. Претензію, яка підтверджена наявністю влади, котру підтримує населення, вона контролює заявлену територію й ефективно управляє нею. Ця претензія в повному (або теоретичному) обсязі ніколи не реалізується, але вона все одно має відстоюватися можливими і допустимими способами. Вказана претензія виражається також у проголошенні формального суверенітету і дає змогу досягти його офіційного визнання; вона у підсумку дає той чи інший ступінь автономії, тобто обмеженої незалежності, самостійності й верховенства¹⁴⁶.

На важливий аспект у дослідженні поняття державного суверенітету також вказує Р.В. Енгібарян, а саме на співвідношення державного суверенітету та єдності державної влади. Єдність державної вла-

¹⁴⁵ Іванов В. К критике современной теории государства / В. Иванов. – М. : Территория будущего, 2008. – 160 с. – С. 11–12.

¹⁴⁶ Там само. – С. 13–17.

ди в її законодавчому та особливо практичному аспектах була відома задовго до виникнення теорії поділу влад. У пам'ятках давньосхідних деспотій проголошувалася виключна влада монарха, як правило, не лише політична, а й духовна. Відповідні закони виключали будь-який поділ влад. Крім індивідуалістичної концепції єдності влади є й інше трактування – колективістське. Ж.-Ж. Руссо розглядав законодавчу, виконавчу та судову влади, лише як особливі прояви єдиної верховної влади народу. Цей підхід був сприйнятий буржуазно-ліберальною та марксистською традицією, хоча й у зміненому вигляді. У першому випадку в конституціях лише проголошувалися влада, суверенітет народу, а в другому поряд із суверенітетом народу (трудящих класів) були здійснені пошуки того органу, якому була б повністю надана державна влада.

З цього випливає, що ідея єдності влади є неоднозначною, вона має три різних аспекти: соціальна єдність влади, що має впливати з єдиної природи панівних у суспільстві соціальних груп; єдність принципів цілей і напрямів діяльності всіх державних органів, що зумовлено необхідністю узгодженого управління суспільством; організаційно-правова єдність, коли відкидається поділ влад і органами державної влади визнається тільки певний вид органів. Однак, пише автор, єдність влади як зосередження всієї повноти державної влади в руках якогось органу чи органів (чи то ради, чи президент) у принципі не є продуктивною ідеєю. Така ситуація припустима лише на певний період (наприклад, на час дії надзвичайного стану) і має мало спільного з концепцією єдності влади як постійного єдиновладдя певного виду органів.

Водночас єдність державної влади не виключає пошуку оптимального розмежування повноважень між рівнями та гілками влади¹⁴⁷.

Усе вищесказане стосовно поняття суверенітету ставить під сумнів принципові положення класичної теорії установчої влади, переконливість *методологічних засад* цієї теорії, що зобов'язує нас визначитися в методологічних підходах до вивчення феномену установчої влади.

¹⁴⁷ Енгибарян Р.В. Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции / Р.В. Енгибарян. – М. : Норма, 2007. – 496 с. – С. 247–251.

1.2. Теоретико-методологічні основи визначення поняття установчої влади

1.2.1. Публічна влада – вихідне поняття у визначенні установчої влади

При дослідженні поняття установчої влади не можна обійти увагою поняття влади *взагалі*, оскільки установча влада уявляється як більш конкретне (вузьке) поняття відносно влади як такої¹⁴⁸.

Розвиток суспільно-політичної думки свідчить, що дослідження природи влади завжди становило великий інтерес для суспільствознавців, які намагалися відповісти на запитання: що таке влада як суспільне явище? Влада в їх уявленні поставала як багатогранне суспільне явище, пов'язане з багатьма іншими явищами, внаслідок чого було запропоновано чимало визначень її поняття, а слово “влада” набуло багатозначності.

Так, зокрема, В.І. Даль наводить у своєму словнику таке тлумачення: “**Влада** – право, сила, і воля над чим, свобода дій і розпоряджень; начальствування; управління; начальство, начальник або начальники”¹⁴⁹.

В Енциклопедичному словнику Ф.Ф. Павленкова зазначено таке: “Влада – панування; розпорядження по своїй волі якимись об'єктами; може бути повна й безумовна, або умовна та обмежена. Державна влада на практиці – панування особи або групи осіб над населенням країни, більш-менш обмежене, що регулюється та спрямовується інтересами найбільш впливових класів; у теорії здійснення верховної (суверенної, ні від кого незалежної) волі монарха його агентами (в абсолютних монархіях), або народу його представниками (у республіках), або народу та монарха (в конституційних монархіях)...”¹⁵⁰.

У Сучасному тлумачному словнику наведено такі тлумачення слова “влада”: “1. Право керувати державою, політичне панування.

¹⁴⁸ Дет. див.: Максакова Р.Н. Место категории учредительная власть в системе соотношения категорий власть, публичная власть, власть народа как общественно-политических и правовых понятий / Р.Н. Максакова // Вестник Казанского юридического ин-та МВД России. – 2012. – № 12. – С. 14–21.

¹⁴⁹ Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка : в 4 т. / Владимир Иванович Даль. – М. : Рус. яз. – Медиа, 2005. – Т. 1: А–З. – 699 с. – С. 213.

¹⁵⁰ Энциклопедический словарь Ф. Павленкова. – [5-е изд.]. – СПб. : Труд. Кавалергардская, 1913. – 3104 с. – С. 410.

2. Керівні державні органи; уряд; начальство. 3. Право та можливість керувати, підкоряти власній волі. 4. Могутність, сила”¹⁵¹.

В енциклопедичній юридичній літературі слово “влада” розуміється як: 1) відносини між людьми, коли одні командують, а інші підкоряються; 2) здатність досягати поставленої мети; 3) спроможність соціально-політичної системи забезпечувати виконання прийнятих нею рішень; 4) спосіб самоорганізації людської спільноти, заснованої на розподілі функцій управління і виконання; 5) можливість і здатність проводити свою волю. На думку Ю.С. Шемшученка, “влада завжди передбачає взаємодію її агентів, що ґрунтується на підлеглості одного іншому. Якщо така підлеглість відсутня, тоді немає і влади... Як складне суспільне явище, влада класифікується на різні види залежно від тих чи інших критеріїв.

Зокрема, за суб’єктами її поділяють на владу державну, владу народну, владу партійну, владу громадських організацій, владу трудових колективів, владу ЗМІ тощо. За функціями визначено основні види влади – законодавчу, виконавчу і судову. За часом здійснення розрізняють владу постійну і владу тимчасову. За територією здійснення виділяють владу загальнодержавну, регіональну і місцеву. За способами взаємодії суб’єкта і об’єкта – демократичну, ліберальну, авторитарну, тоталітарну тощо.

З усіх видів влади за її суб’єктами найбільш впливовою у суспільному процесі є державна влада. Вона здійснюється спеціально створюваними для цього державними органами і в порядку, передбаченому конституцією та іншими законодавчими актами”¹⁵².

Варто відзначити, що в цій класифікації не згадується “установча влада”, на неї не вказує і жодний з названих вище критеріїв. Таким чином, перед нами постає необхідність більш повно проаналізувати поняття влади взагалі й дати відповідь на запитання: що означає і яким чином визначається такий вид влади, як *установча влада*.

Питання влади турбували дослідників ще у давні часи, проте їх погляди на визначення і зміст влади не є однозначними. Справа в тому, що, досліджуючи владу, представники різних наук використовують один і той самий термін “влада” для відображення різних явищ, що мають лише деякі з притаманних владі ознак. Так, наприклад, філософи ведуть мову про владу об’єктивних законів суспільства, соці-

¹⁵¹ Сучасний тлумачний словник української мови : 65000 слів / [за заг. ред. д-ра філол. наук, проф. В.В. Дубічинського]. – Х. : ШКОЛА, 2006. – 1008 с. – С. 155.

¹⁵² Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 1: А–Г. – С. 489–490.

ологи – про владу соціальну, політологи – про владу політичну, економісти – про владу економічну тощо. Іноді терміном “влада” позначаються явища, які не є владою однієї людини чи групи людей над іншими людьми; зокрема, богослови говорять про владу Бога, психологи – про владу людини над собою, а представники природничих наук – про владу над природою¹⁵³.

У класичних філософських концепціях влада розглядається як особливі відносини між людьми, можливість здійснювати свою волю¹⁵⁴. При цьому воля виступає як феномен саморегуляції суб’єктом своєї поведінки, що забезпечує векторну орієнтацію іманентних станів свідомості на об’єктивовану мету та концентрацію зусиль на досягнення останньої¹⁵⁵.

Через різні філософсько-методологічні підходи до розуміння влади відсутнє єдине розуміння влади також у політико-юридичній літературі. Як зазначає В.Г. Графський, проблема влади і права виявилася настільки фундаментальною для царської Росії на початку перших десятиліть минулого століття, що стосовно неї так чи інакше висловилися представники всіх основних напрямів філософського та юридико-догматичного правознавства і державознавства. За словами цього автора, “спроби висвітлити еволюцію влади, держави і права з урахуванням впливу переходу від магічного мислення до “позитивного”, ролі техніки, розширення міжнародних контактів, впливу переходу від натурального господарства до ринкового помітно конкретизували уявлення про окремі періоди історії, однак у цілому тема влади отримала лише поверхове позитивістське та функціональне висвітлення, яке інколи доповнювалося еkleктичним міждисциплінарним підходом”¹⁵⁶.

На думку Г.В. Чапали, різні підходи лише доповнюють один одного, бо всі вони обмежують розуміння влади тільки одним із її проявів; а спроби дати всеохоплююче визначення влади повинні поєднувати всі сторони влади як багатоаспектного суспільного явища. Що ж до формування суто юридичного поняття влади – потрібно обмежити

¹⁵³ Краснов Б.И. Власть как явление общественной жизни / Б.И. Краснов // Социально-политические науки. – 1991. – № 11. – С. 27.

¹⁵⁴ Горных А.А. Власть / А.А. Горных // Новейший философский словарь / [гл. ред. А.А. Грицанов]. – [3-е изд., испр.] – Минск : Книжный Дом, 2003. – 1280 с. – С. 176. – (Мир энциклопедий).

¹⁵⁵ Мажейко М.А. Воля / М.А. Мажейко // Новейший философский словарь / [гл. ред. А.А. Грицанов]. – [3-е изд., испр.] – Минск : Книжный Дом, 2003. – 1280 с. – С. 184. – (Мир энциклопедий).

¹⁵⁶ История политических и правовых учений. XX в. – М. : Наука, 1995. – 347 с. – С. 9.

це поняття рядом ознак, перш за все такими, як легальність і легітимність влади¹⁵⁷.

Водночас більшість учених одноголосні в тому, що влада є складним, багатобічним явищем, яке виявляється в різних організаційних формах, методах та способах її здійснення, знаходить свій прояв у системі відносин, визначеннях, цілях тощо.

При аналізі різних підходів до розуміння влади можна помітити, що для всіх них спільним є погляд на владу як *спосіб панування однієї сили над іншою* (влада природи над людиною, влада людини над природою, влада людини над людиною). Якщо вести мову про владу в суспільстві, то вона є *способом підкорення поведінки людини* або силам природи, або іншим людям.

Отже, перше визначення, яке ми можемо констатувати, конкретизуючи поняття влади взагалі, полягає в тому, що коли поведінка людини підкоряється силам природи, ця влада виступає як *природна* влада, а коли її поведінка підкоряється іншим людям, то влада виступає як *соціальна* влада. Через це, розглядаючи поняття влади, потрібно зазначати, про яку саме владу йде мова – природну чи соціальну, оскільки дію природних сил вивчають природничі науки, а дію соціальних сил – суспільні науки.

При аналізі влади як *соціального* явища сучасні дослідники розглядають політичну, економічну, державну, сімейну владу, враховують різні її форми (панування, керівництво, управління, організація, контроль), а також методи (авторитет, право, насильство)¹⁵⁸.

Поняття влади, пише Ф.І. Шамхалов, дає ключ до розуміння соціальних, релігійних, політичних та інших інститутів, соціально-політичних рухів та суспільства в цілому. Само слово “влада” вживається в дуже широкому значенні. Говорять про батьківську, хазяйську, воєнну владу, про владу підприємця над своїми працівниками, владу вчителя над учнями. Філософи кажуть про владу духа, розуму, культури, природознавці – про владу над природою, політики – про політичну владу, психологи – про владу людини над собою.

Науковий підхід до визначення влади, на думку автора, вимагає врахування багатьох форм її виявлення в суспільстві, а отже, з’ясування специфічних особливостей окремих її видів – економічної, політичної (у тому числі державної, суспільної), сімейної; розмежування класової, групової, особистої влад, що переплітаються між со-

¹⁵⁷ Чапала Г.В. Місцеве самоврядування в системі публічної влади: теоретико-правовий аналіз : монографія / Г.В. Чапала. – Х. : Право, 2006. – С. 10.

¹⁵⁸ Новейший философский словарь / [сост. А.А. Грицанов]. – Мн. : Изд. В.М. Скакун, 1998. – 896 с. – С. 124.

бою, однак не зводяться одне до одного; розмежування особливостей, форм і методів прояву влади в різних соціальних, економічних і політичних системах. Природно, що й зміст усіх видів влади, у тому числі політичної та економічної, виявляється у суворо певних формах, до яких автор відносить панування, керівництво, управління, організацію та контроль¹⁵⁹. Визначаючи призначення в суспільстві та сутнісні характеристики влади, Ф.І. Шамхалов відзначає, що влада виникла разом із людським суспільством і разом з ним пройшла довгий шлях становлення та розвитку. Вона коріниться в самій природі людини як суспільної істоти.

У розвитку та функціонуванні суспільства влада завжди відігравала і продовжує відігравати незамінну роль; неможливо будь-яке суспільство уявити без тієї чи іншої влади, з цим феноменом у тій чи іншій формі ми стикаємося в усіх сферах життя. Інакше кажучи, влада становить базову характеристику суспільства, вона виконує багато різноманітних завдань управління суспільством і регулювання соціально-економічних, політичних та інших процесів і явищ. Це, стверджує автор, цілком зрозуміло, коли врахувати, що саме влада є тим стрижнем, який об'єднує людей в одне ціле, робить з хаотичної множинності людей єдине співтовариство, котре має свої особливі інтереси та волю до спільного життя. Без влади не може бути і самої людини та людського суспільства, оскільки само виникнення людини, її вихід з тваринного або стадного стану найтісніше пов'язані з приборканням окремих природних задатків, підкоренням індивідуалістичних і агресивних устремлінь окремо взятого індивіда інтересам соціального життя, що сформувалося, інтересам общини. Влада – давня, універсальна властивість будь-якої соціальної організації, в якій в обов'язковому порядку наявні як елемент панування, так і елемент підкорення.

Під владою в найширшому значенні цього слова, вказує Ф. Шамхалов, як правило, розуміють здатність її суб'єкта – окремої людини, групи, керівництва профспілкової організації, великої корпорації або зацікавленої групи – нав'язати свою волю іншим людям, колективам, організаціям, розпоряджатися та управляти їх діями, використовуючи різні насильницькі та ненасильницькі засоби й методи для того, щоб пристосувати їх поведінку до своїх власних інтересів. Влада – насамперед система суспільних відносин між тими, хто її має, і тими, на кого вона поширюється (підвладними). У цьому сенсі влада являє собою притаманне суспільству вольове відношення між людь-

¹⁵⁹ Шамхалов Ф. Собственность и власть / Феликс Шамхалов. – М. : Экономика, 2007. – 412 с. – С. 102–107.

ми. Влада необхідна, вказував Арістотель, перш за все, для організації суспільства, яке немислиме без підкорення всіх учасників єдиній волі, для підтримання його цілісності та єдності. Тут маються на увазі ті, хто веде, та ведені, мова йде про відношення суб'єкта й об'єкта влади. Першорядна значущість суб'єкта виражається в поширеному ототожненні влади з її носієм. Відношення об'єкта до суб'єкта владарювання змінюються від рішучого супротиву до добровільної покори. Взагалі підкорення, що може базуватися на страху, звичці, переконанні, так само властиве людині, як прагнення до панування¹⁶⁰.

Як багатофакторне поняття розглядає владу і В.Є. Чиркін, вказуючи, що владу досліджують як *явище* або як *відносини*, або як *якість*, або як *функцію*. Влада розглядається в науці під кутом зору різних концепцій (психологічних, соціальних, історичних тощо). Серед концепцій, що пояснюють природу влади, зазначає автор, певною популярністю користується *колективістська концепція влади*. Вона враховує соціальність, колективізм людини як соціобіологічної істоти, але це не є вирішальним при проведенні аналізу влади в людському суспільстві. Головне, стверджує автор, полягає в природі людського колективу, тих зв'язків, на підставі яких він виникає та існує¹⁶¹.

У вітчизняній науці в останні роки феномен влади також розглядається як багатогранне явище, що пронизує різні сфери людського буття. У науковій літературі, відзначає, зокрема, М.О. Теплюк, запропоновані різні підходи до розуміння влади, причин її виникнення. На думку автора, виходячи з наукової методології пізнання, витoki влади варто шукати в матеріальних умовах життя суспільства. Природа влади, її значення стануть більш зрозумілими, якщо пізнати її сутність і призначення в суспільстві. Найбільш продуктивним названий автор вважає уявлення, що пов'язує владу з умовами здійснення суспільного виробництва як матеріальної основи існування людей, з тим, що феномен влади виявляється в процесі соціального управління. М.О. Теплюк визначає владу як спрямовуючу основу для соціального управління. Характер управління суспільними процесами залежить від характеру влади, реалізації якої управління завжди підпорядковується¹⁶².

¹⁶⁰ Шамхалов Ф. Собственность и власть / Феликс Шамхалов. – М. : Экономика, 2007. – 412 с.

¹⁶¹ Чиркин В.Е. Контрольная власть / В.Е. Чиркин. – М. : Юрист, 2008. – 213 с. – С. 15.

¹⁶² Теплюк М.О. Конституційно-правові проблеми організації публічної влади в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / М.О. Теплюк ; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2008. – 20 с. – С. 6–7.

Досліджуючи теоретичні основи законодавчого процесу, О.І. Ющик запропонував власне розуміння суспільної природи влади, яке він пов'язує безпосередньо з поняттям власності, посиляючись, зокрема, на праці А.Г. Анікевича та В.Ф. Сіренка. Враховуючи двоїстий характер праці, на який свого часу вказав К. Маркс (абстрактна праця і конкретна праця), автор відзначає, що в первісному суспільстві робочі сили членів колективу як складові сукупної сили власності “мали в абстрактно людській праці єдине спрямування, діяли як одна загальноколективна сила власника, що знаходила концентроване вираження в інституті *в л а д и*”. Як підкреслює автор, влада зводилася, по суті до *панування в первісному колективі загальноколективного інтересу власника над окремими інтересами його членів як трудящих*; панування, що вимагало *підкорення* індивідуальної волі кожного члена колективу єдиній волі даного колективу, волі, яка виражала його інтерес як власника. Природну передумову такого підкорення становило *привласнення* первісним колективом як цілим індивідуальної волі кожного з його членів, в основі якого (привласнення) була повна залежність існування окремого індивіда від загальних умов первісноколективного виробництва та родових зв'язків, які об'єктивно склалися в первісному родовому суспільстві.

Отже, вказує О.І. Ющик, “у первісному колективі відбувалося *подвійне* привласнення: з одного боку, привласнення *пануючих* над ним зовнішніх природних сил (власність), а з іншого – привласнення *підкорюваних* ним, як цілим, індивідуальних сил його членів (влада). Інакше кажучи, *суспільне виробництво із самого початку постає перед нами як загальне відношення, на одній стороні якого виступають власність і влада, на другій – праця і підкорення*; відношення, у якому панування владного суб'єкта спирається на залежність трудящого індивіда від суб'єкта власності”¹⁶³.

Якщо ґрунтуватися на наведених вище положеннях про зміст поняття влади і форми прояву влади в суспільстві, то можна відзначити, що владний вплив на поведінку людей у суспільстві відбувається *об'єктивно*, незалежно від свідомого впливу на поведінку конкретної особи з боку інших людей чи організацій, тобто як результат перехреснування різноманітних сил, численних стихійних актів поведінки людей (зокрема, внаслідок революцій, переворотів, ринкових відносин в умовах капіталізму тощо), або *суб'єктивно*, тобто як *свідомий* цілеспрямований вплив на поведінку людини в суспільстві (такий

¹⁶³ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу : монографія / О.І. Ющик. – К. : Парламентське вид-во, 2004. – 519 с. – С. 91–92.

вплив здійснює держава, інші суспільні інститути, транснаціональні корпорації, засоби інформації тощо).

Зважаючи на це, можна виділити дві *форми* прояву суспільної влади: 1) *стихійна влада в суспільстві*, що діє незалежно від суспільного усвідомлення, і 2) *свідома влада*, яку визначають встановлені суспільством закони і яка реалізується за допомогою різноманітних видів керівного впливу.

Управління, вказує В.Г. Афанасьєв, – неодмінна, іманентна властивість людського суспільства на будь-якому щаблі розвитку останнього, зумовлена його системною природою. Разом із становленням суспільства в ньому склалися та діють два типи керівного впливу на суспільну систему – стихійний і свідомий. Стихійний механізм діє як загальна тенденція, як результат зіткнення, сплетіння різних, часто протилежних сил, численних випадкових одиничних актів. Разом з тим у будь-якому суспільстві діють свідомі фактори управління, пов'язані з доцільною діяльністю людей, спрямованою на забезпечення належного порядку суспільного життя. Тут поступово формуються специфічні суспільні інститути – суб'єкти управління, які здійснюють *свідомий вплив* на систему з метою досягнення певних результатів її функціонування, протидіючи стихійним факторам управління¹⁶⁴.

Управління в суспільстві, пише В.Є. Чиркін, має багато різних сторін. Застосування батьківської влади в сім'ї для управління поведінкою дітей (сім'я існує в суспільстві) відмінне від управління суспільно необхідними технічними системами (транспорт, зв'язок та ін.), управління державою відрізняється від управління в муніципальному утворенні, а в політичній партії – від релігійної організації. Не кожне управління в суспільстві є соціальним управлінням. Управління поведінкою дітей у сім'ї – сфера батьківського впливу, управління діями віруючих здійснюється під впливом релігійних заповідей. Управління транспортною системою має переважно технічний характер, хоча діяльність цієї системи становить велике значення для суспільства. Існують також антисоціальні угруповання (наприклад, банди злочинців або екстремістські угруповання), очолювані "авторитетами". У них існує своє, деструктивне для суспільства управління, яке суперечить його цілям, воно не є соціальним управлінням.

Соціальне управління – це управління в *суспільному колективі*. Такий колектив може мати різний характер. Колектив потребує управління, яке створюється врешті-решт самим колективом, діє від його імені (держава також діє від імені суспільства) і в певних суспі-

¹⁶⁴ Афанасьєв В.Г. Общество: системность, познание и управление / В.Г. Афанасьев. – М. : Политиздат, 1981. – 432 с. – С. 28–30.

льних (тобто конкретного колективу) цілях. Соціальне управління – це процес *вольової дії* суб'єкта на об'єкт з наперед визначеною, *усвідомленою суспільно значущою метою*, який підтримує або змінює становище, поведінку, властивості об'єкта та його зв'язки із суб'єктом у суспільному колективі¹⁶⁵.

В.В. Цветков у сучасній юридичній енциклопедії зазначав: “Соціальне управління відрізняється від інших видів управління (технічного і біологічного) тим, що здійснюється через вплив на свідомість і волю, а отже, на інтереси людини щодо досягнення поставлених цілей.

Цілеспрямована діяльність людей пов'язана з реалізацією їхнього інтересу як усвідомленої потреби, зумовленої їхнім матеріальним буттям, об'єктивною соціально-економічною структурою суспільства. Складні системи управління в суспільстві у процесі свого розвитку переходять від одного якісного стану до іншого, підтримують динамічну рівновагу з оточенням, забезпечують сучасне й ефективне приведення суспільства у відповідність з притаманними йому об'єктивними закономірностями і тенденціями поступального розвитку. Управління може бути як свідомим, так і стихійним, а вплив на об'єкт за своїм характером – об'єктивним і суб'єктивним”¹⁶⁶.

Дещо з інших позицій розглядає соціальне управління О.І. Ющик, який вбачає владні витoki соціального управління у внутрішньо суперечливому характері *реалізації влади* через працю індивідів. Автор, зокрема, стверджує: “Усунення цього суперечливого характеру реалізації влади, утвердження її як *дійсної* влади, як беззаперечного владного панування власника, якому підкоряються воля і робоча сила трудящого індивіда, вимагало *заперечення* особливого характеру інтересу індивіда, як трудящого, та *утвердження* цього інтересу як тотожного з іншими, як загального інтересу”. На його думку, це завдання вирішувалося через особливу діяльність, якою стало в суспільстві *соціальне управління*¹⁶⁷.

Разом з тим автор звертає увагу на відмінності понять “управління” та “соціальне управління”. Соціальне управління є продуктом життєдіяльності людей з метою свідомої саморегуляції цієї жит-

¹⁶⁵ Чиркин В.Е. Публичное управление : учебник / В.Е. Чиркин. – М. : Юристъ, 2004. – 475 с.

¹⁶⁶ Цветков В.В. Управление / В.В. Цветков // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 6: Т–Я. – 2004. – 768 с. – С. 218.

¹⁶⁷ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу : монографія / О.І. Ющик. – К. : Парламентське вид-во, 2004. – 519 с. – С. 92.

тедіяльності¹⁶⁸. О.І. Ющик зробив висновок, що навіть у первісному суспільстві *управління виступало як спосіб реалізації влади*. З одного боку, управління виступало як діяльність об'єднаної сили членів цього колективу як власників, а отже, представляло діяльність їх *власної* сили як сили загальноколективного інтересу, у якому *безпосередньо* виявлялась первісна колективна власність. З іншого боку, названа об'єднана сила уявлялась членам первісного колективу як сила *чужого* об'єднання, як *влада*, що стояла над трудящими індивідами, панувала над їх робочою силою, привласнюючи індивідуальну волю кожного з них у процесі праці, підкоряючи їх трудову діяльність¹⁶⁹.

Остання форма прояву влади як свідомо здійснювана влада в літературі визначається, на відміну від влади природи і стихійної суспільної влади, як *публічна влада*, що діє на поведінку членів суспільства через здійснення *соціального управління*. Вказана владна дія відбувається шляхом підкорення методами соціального управління волі членів суспільства встановленим цією владою вимогам.

Публічна влада у вітчизняній енциклопедичній літературі визначається як суспільно-політична влада, народовладдя¹⁷⁰.

Разом з тим варто відзначити, що з приводу визначення поняття *публічної влади*, як пише Р.М. Усманова, вчені виробили декілька підходів до цього поняття. Деякі з них ототожнюють публічну владу і соціальну владу¹⁷¹. Наприклад, Л.А. Григорян писав, що термін “публічна влада” означає всього лише “суспільна влада”. А суспільна влада існує в будь-якому суспільстві¹⁷². Аналогічно М.І. Байтін вважав, що “політична, державна влада є різновидом суспільної, публічної влади”¹⁷³. Л.І. Каск стверджував, що “публічною владою” була також влада в родовому суспільстві. Так само можна назвати державну владу “суспільною владою”¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу: монографія / О.І. Ющик. – К.: Парламентське вид-во, 2004. – 519 с. – С. 508.

¹⁶⁹ Там само. – С. 102.

¹⁷⁰ Юридична енциклопедія: в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К.: Укр. енцикл., 1998. – Т. 5: П–С. – С. 196.

¹⁷¹ Конституционное (государственное) право зарубежных стран: учебник для юрид. вузов и факультетов: в 4 т. / [рук. авт. коллект. и отв. ред. Б.А. Страшун]. – М., 1993. – Т. 1. – 245 с. – С. 161.

¹⁷² Григорян Л.А. Народовластие в СССР / Л.А. Григорян. – М., 1972. – 186 с. – С. 16–21.

¹⁷³ Байтин М.И. Государство и политическая власть / М.И. Байтин. – Саратов, 1972. – 239 с. – С. 134.

¹⁷⁴ Каск Л.И. О признаках государства / Л.И. Каск // Правоведение. – 1963. – № 1. – С. 26–37.

Другий підхід пов'язаний з тим, що публічна влада розглядається як синонім державної та політичної влади. Свого часу В.Ф. Сіренко ототожнював публічну владу з державною і називав її державною публічною владою¹⁷⁵. А.І. Кім стверджував: "...Суспільна і публічна влада не тотожні; тотожними ж є публічна та державна влади, народжені політичними відносинами"¹⁷⁶.

Однак, на відміну від державної влади, завдання публічної влади полягає не в тому, щоб регулювати все, а в тому, щоб якнайкраще поєднати управління "зверху" із саморегулюванням "знизу".

У радянський час, пише Р.М. Усманова, поняття публічної влади не несло особливого смислового навантаження. Практично єдиним соціально значущим видом влади в суспільстві була державна влада, яка розглядалася і як основний засіб упорядкування суспільних відносин, і як інструмент формування нового суспільства. У науковій літературі радянського періоду виділялася суспільна влада первісного суспільства, що сприймалася як деякий давно втрачений ідеал, хоча при побудові нового суспільства деякі принципи дії такої влади можуть бути використані. Інші види влади якоїсь помітної ролі в суспільному житті не відігравали і тому не були предметом наукового аналізу. Ті види влади, які за сучасних поглядів охоплюються поняттям публічної влади, включалися до складу єдиної державної влади. Для глибокого осмислення терміна "публічна влада" і відмежування його від суміжних не було об'єктивних передумов.

Як відзначає П.А. Мінаков, після прийняття Конституції Російської Федерації термін "публічна влада" став використовуватися як родове, узагальнююче поняття, що об'єднує поняття "державна влада РФ", "державна влада суб'єктів РФ" та "міське самоуправління"¹⁷⁷.

У сучасній науковій літературі, вказує далі Р.М. Усманова, відсутнє єдине розуміння природи публічної влади. В.Ф. Халіпов пропонує таке визначення: "Публічна влада – влада (у присутності публіки), відкрита народу <...>, суспільна за характером, не приватна, що залучає в управління широкі верстви населення"¹⁷⁸. На думку А.А. Югова, публічною владою "є система загальної участі населення у вирішенні

¹⁷⁵ Сіренко В.Ф. Проблемы интереса в государственном управлении / В.Ф. Сіренко. – К., 1980. – 180 с. – С. 69–70.

¹⁷⁶ Кім А.И. Государственная власть и народное представительство в СССР / А.И. Кім. – Томск, 1975. – 216 с. – С. 65.

¹⁷⁷ Мінаков П.А. Публичная власть: политологический аспект: монография / П.А. Мінаков. – Уфа, 2008. – 200 с. – С. 5.

¹⁷⁸ Халіпов В.Ф. Власть. Основы кратологии / В.Ф. Халіпов. – М., 1995. – 300 с. – С. 134.

спільних справ”¹⁷⁹. Автор дає такі характеристики публічної влади. Публічна влада – це усяка політична влада, здійснювана громадянами в колективних формах. Це особлива й самостійна влада, що не збігається за своїм змістом і обсягом із владою державною. У певному сенсі, публічна влада, коли ми розуміємо її як владу народу в цілому, є вищою формою влади¹⁸⁰.

Р.М. Усманова вважає, що автор по суті ототожнює народо-владдя і публічну владу, коли пише: “У найбільш укрупненому вигляді система влади російського народу (публічної влади) являє собою тріаду: 1) суб’єкти публічної влади; 2) об’єкти публічної влади; 3) механізм публічної влади”¹⁸¹. Суб’єктами публічної влади автор називає російський народ у цілому, виборчий корпус, державу та її органи, муніципальні утворення й органи місцевого самоуправління, громадян в особистій якості, групи виборців, територіальні колективи громадян, громадські об’єднання.

Об’єктами публічної влади названі такі суспільні явища, як людина та її різні соціальні, політичні і правові модуси; групи людей, сфери суспільного життя¹⁸². А механізм публічної влади становлять: стан влади, форма влади, вид влади, структура влади, інфраструктура влади, організаційно-правові способи реалізації влади¹⁸³.

Публічна влада, зазначає далі Р.М. Усманова, має свою форму прояву – управління. Але в юридичній літературі з цього приводу немає єдності думок. Зокрема, одні вчені вважають, що управління є процесом реалізації влади, її динамікою¹⁸⁴. “Управлінський процес являє собою здійснення публічної влади”, – пише В.Є. Чиркін¹⁸⁵. Інші вважають управління більш широким поняттям, ніж влада, що є особливою формою, засобом управління людьми¹⁸⁶. Свого часу В.М. Горшенев писав, що “термін “управління” як змістовний елемент перед-

¹⁷⁹ Югов А.А. Правовые основы публичной власти в Российской Федерации : монография / А.А. Югов. – Екатеринбург, 1999. – 124 с. – С. 12.

¹⁸⁰ Там само. – С. 52–53.

¹⁸¹ Там само. – С. 60.

¹⁸² Там само. – С. 69.

¹⁸³ Усманова Р.М. О соотношении понятий публичное регулирование, публичное управление и публичная власть [Электронный ресурс] / Р.М. Усманова // Общество: политика, экономика, право. – 2001. – № 3. – Режим доступа: <http://dom-hors.ru/issue/perp/2011-3/usmanova.pdf>.

¹⁸⁴ Азовкин И.А. Демократический характер государственной власти в СССР и механизм ее осуществления / И.А. Азовкин // Советское государство и право. – 1968. – № 9. – С. 11–16.

¹⁸⁵ Чиркин В.Е. Публичная власть / В.Е. Чиркин. – М., 2005. – 175 с. – С. 52.

¹⁸⁶ Кейзеров Н.М. Власть и авторитет. Критика буржуазных теорий / Н.М. Кейзеров. – М., 1973. – 264 с. – С. 38–45.

бачає здатність владарювання»¹⁸⁷. На думку видатного німецького правознавця Р. Ієринга, управління – вільне досягнення мети засобами суспільства в межах, встановлених нормами¹⁸⁸.

Треті розглядають владу не просто як засіб управління, а і як його неодмінну умову. Управління як процес упорядкування й узгодження поведінки людей неможливе без переважання чиеїсь керівної волі, чи то волі більшості, чи того, хто краще аргументує своє рішення¹⁸⁹. А.А. Югов відзначає, що публічна влада є процесом впливу, управління, дії на поведінку індивідів¹⁹⁰.

Категорія влади така багатопланова, що з однаковою підставою може розглядатися і як передумова управління або самоуправління, і як здатність до підкорення або саме підкорення. Справа лише в тому, з якої точки зору підходити до розгляду цієї проблеми, стверджує І.М. Степанов¹⁹¹.

Р.М. Усманова, в цілому погоджуючись з думками вказаних авторів, незважаючи на відмінності їх позицій, називає кожну з них виправданою і стверджує, що управління як зовнішній прояв влади пов'язане з наявністю організаційних засобів та відповідних методів здійснення влади.

На наш погляд, варто звернути увагу на характеристики ознак публічної влади, яку запропонував А.А. Югов. Зокрема, розглядаючи конституційні основи сучасної публічної влади в Росії і визначаючи публічну владу як масову соціальну владу за участю великих груп населення, яку вирізняють легітимність виникнення і правовий характер функціонування і яка має специфічні ознаки, що дають конкретне уявлення про її зміст, автор називає такі ознаки публічної влади.

По-перше, публічна влада є різновидом соціальної влади, оскільки об'єктивно являє собою суспільні відносини з участю людини, що прагне утвердити свою волю всупереч вольовому спротиву інших.

По-друге, це не просто соціальна влада, а масова соціальна влада, що здійснюється великими групами населення. Саме макросоціальний характер публічної влади принципово відрізняє її від різних форм соціальної влади, які реалізуються в середніх і малих групах

¹⁸⁷ Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе / В.М. Горшенев. – М., 1972. – 258 с. – С. 11.

¹⁸⁸ Иеринг Р. Цель в праве / Р. Иеринг. – СПб., 1881. – 412 с. – С. 218.

¹⁸⁹ Скуратов Ю.И. Система социалистического самоуправления советского народа (проблемы конституционной теории и практики) / Ю.И. Скуратов. – Свердловск, 1987. – 224 с. – С. 46.

¹⁹⁰ Югов А.А. Правовые основы публичной власти в Российской Федерации : монография / А.А. Югов. – Екатеринбург, 1999. – 124 с. – С. 60.

¹⁹¹ Степанов И.М. Советская государственная власть / И.М. Степанов. – М., 1970. – 123 с. – С. 9.

людей (зокрема, державна влада як різновид публічної влади цим істотно відрізняється від батьківської влади в сім'ї, яка також є соціальною владою).

По-третє, публічна влада – це легітимна влада, оскільки виникає на правовій основі і має моральну природу.

По-четверте, публічна влада – це влада, що реалізується на основі принципу представництва і базується на довірі людей.

По-п'яте, публічна влада – це соціальна влада, що здійснюється на благо суспільства і не на шкоду іншим учасникам суспільного життя¹⁹².

На невизначеність поняття публічної влади в сучасній російській літературі через його неоднакові трактування вказує також В.Є. Чиркін. За його словами, публічну владу характеризують і як державну, і як суспільну, а іноді залишають слово “публічна” без перекладу. Ще складніше справа з виявленням і класифікацією різновидів публічної влади, “в цьому разі сфера фантазії може не мати меж”¹⁹³.

Влада, на думку В.Є. Чиркіна, – це привласнення чужої волі тим, хто діє як суб'єкт влади (не має значення, чи є для цього формальні повноваження) та відмова від свободи волі об'єкта владарювання. Привласнення чужої волі повинно бути цілеспрямованим. Примус або в певних ситуаціях насильство становлять поряд з вольовим елементом другий необхідний елемент відношення влади. Найбільш важливим фактором для виникнення та існування влади в суспільстві є колектив – організоване об'єднання людей для виконання певних завдань (“загальних справ”). Залежно від типу колективу автор розрізняє такі види влади, як *особиста* влада (наприклад, у сім'ї, родовій общині); *приватна корпоративна* влада (влада у приватних колективах: товариствах, релігійних групах і організаціях тощо); *суспільна* влада. Остання може бути *суспільною корпоративною* владою (деякі види добровільних об'єднань) або *суспільною публічною* владою. Особливу роль серед багатьох видів колективів відіграють *територіальні публічні колективи*. Метою суспільного колективу є не задоволення приватних інтересів його членів і колективу в цілому (хоча і це може бути), не отримання особистої вигоди, не лише дії в інтересах певної соціальної групи населення (чий представником виступає суспільне об'єднання, а також і вирішення (участь у вирішенні) завдань,

¹⁹² Югов А.А. Конституционные начала публичной власти: российское измерение / А.А. Югов // Российский юридический журнал. – 2005. – № 1. – С. 43–53.

¹⁹³ Чиркин В.Е. Публичная власть / В.Е. Чиркин. – М., 2005. – 175 с. – С. 7–8.

спільних для суспільства в цілому¹⁹⁴. Публічна влада як явище *статична*, вказує далі В.Є. Чиркін. Вона притаманна територіальному публічному колективу, проте може і не виявлятися як динамічна сила. Однак повною мірою реальну силу публічної влади можна оцінити, коли вона починає діяти. Управлінський процес і являє собою *поточне, нормальне здійснення публічної влади*. Це – частина політичного процесу в сучасному асиметричному суспільстві, хоча далеко не всякі управлінські дії мають політичний характер. При цьому автор поділяє форми здійснення публічної влади на безпосередні й опосередковані¹⁹⁵.

Таким чином В.Є. Чиркін поняття публічної влади та її реальність пов'язує із здійсненням управлінського процесу. У цьому його позиція близька до позиції Р.М. Усманової, яка розглядає управління як зовнішній прояв влади, пов'язаний з організаційними засобами та певними методами здійснення влади.

Разом з тим вказаний зв'язок влади та управління розкривається неповно, лише вказівкою на форми здійснення публічної влади, без визначення змісту цього процесу, організаційних форм і методів здійснення влади.

З цієї точки зору більш повно характеризує соціальне управління О.І. Ющик, який зазначає, що “управління здійснювалося в суспільстві із самого початку як дещо двоїсте, як діяльність, у якій втілюється сила суб'єкта, що є одночасно і *власною* об'єднаною силою членів первісного колективу, і *чужою* для них владною силою, яка панує над ними, підкоряє індивідуальну волю кожного з них загальноколективній волі. Як діяльність власної об'єднаної сили індивідів (сили власності) управління являє собою особливий вид праці, *позитивну* самодіяльність... Змістом вказаної самодіяльності є упорядкування трудової самодіяльності індивідів у процесі суспільного виробництва *на основі утвердження єдності індивідуальних інтересів*”. Цю позитивну упорядковуючу самодіяльність індивідів автор називає “*самоуправління*”. З іншого боку, вказує автор, “як втілення чужої владної сили, що панує над трудящими індивідами, управління являло собою діяльність особливої сили, яка протистояла окремим індивідуальним силам членів колективу, представляючи концентровану *негативну* самодіяльність індивідів, змістом якої є упорядкування їх трудової самодіяльності *на основі заперечення відмінності особливих інтересів*”.

¹⁹⁴ Чиркин В.Е. Публичная власть / В.Е. Чиркин. – М., 2005. – 175 с. – С. 10–18.

¹⁹⁵ Там само. – С. 51–54.

даних індивідів”. Цю негативну самодіяльність членів первісного колективу він називає “*владарювання (авторитет)*”¹⁹⁶.

На перших етапах історії людства в суспільстві ще не існувало окремої верстви владарюючих, які нав’язали б людському суспільству свої закони життєдіяльності. Запровадження нових суспільних інститутів, нових правил і порядку управління в первісному суспільстві було справою самого суспільства в особі загальних зборів його членів. Ті органи родової публічної влади (вожді, ради старійшин тощо), які існували в цьому суспільстві, забезпечували головним чином існування наявних суспільних інститутів і підтримання встановленого в ньому суспільного порядку.

З виникненням відносин приватної власності “суспільна влада набуває *політичного* характеру. Суб’єктом політичної влади стає панівна верства або суспільний клас, який реалізує свою владу через ряд класових організацій (носіїв політичної влади), головною з яких стає *державна*. Лише на основі державної влади утверджується реальна політична влада тієї чи іншої суспільної верстви.

Державна влада, – відзначає також М.О. Теплюк, – є способом реалізації політичної влади”¹⁹⁷. Критикуючи висловлені в літературі точки зору щодо природи державної влади, він зауважує, що “не всяка загальносуспільна влада має політичний характер, але всяка політична влада прагне набути *публічної* форми, виступати, найперше, як державна влада. Це відбувається тому, що політична влада, належить лише певній частині соціально розшарованого суспільства і тому не може виконати функцію управління ним у загальносуспільних інтересах”.

Іманентною функцією публічної влади є, як стверджує автор, виконання “загальних справ”, зумовлених інтересами суспільства як цілісності. Публічна влада, зазначає він, є необхідним способом реалізації загальних інтересів усіх членів суспільства, незалежно від їх соціального становища. Разом з тим, вказує далі М.О. Теплюк, публічна влада в сучасному суспільстві має суто політичний характер; тому будь-який апарат публічної влади, зрештою, реалізує владу суб’єкта політичної влади, а загальні інтереси реалізуються публічною владою лише тією мірою, якою вони збігаються з інтересами останнього. При цьому прагнення політичної влади набуті публічної

¹⁹⁶ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу: монографія / О.І. Ющик. – К.: Парламентське вид-во, 2004. – 519 с. – С. 102.

¹⁹⁷ Теплюк М.О. Конституційно-правові проблеми організації публічної влади в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 / М.О. Теплюк; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2008. – 20 с. – С. 6–7.

форми виявляє себе не лише на рівні суспільства в цілому, а й на рівні територіальних складових країни.

Публічна форма політичної влади забезпечує стійкість влади панівної верстви шляхом легітимації (ідеологічної, структурної, персональної) влади, завдяки якій (легітимації) реалізація політичної влади спирається на її визнання більшістю суспільства. Процесу легітимізації політичної влади слугують політичні партії як організації, що формують політичну волю певних класів і забезпечують її втілення в діяльності публічно-владних інститутів.

Конституювання політичної влади якоїсь окремої частини суспільства як публічної влади дає можливість використовувати монополію публічної влади на застосування примусу до членів суспільства від імені всього суспільства. Основними формами здійснення публічної влади в сучасному демократичному суспільстві М.О. Теплюк називає державну та муніципальну або комунальну владу (владу місцевого самоврядування)¹⁹⁸.

Характеризуючи конституційно-правові проблеми організації публічної влади в Україні, автор дійшов висновку, що публічна влада – це безпосередньо суспільна влада, яку здійснюють в інтересах підвладних органи чи організації, що уособлюють суспільну владу, уповноважені останніми на реалізацію соціального управління¹⁹⁹.

Зважаючи на це, публічна влада, залежно від критеріїв, поділяється на різні види і форми, але їх об'єднує те, що реалізація будь-якої публічної влади здійснюється через соціальне управління.

Слід сказати, що приблизно в такому самому розумінні розглядає феномен публічної влади А.Р. Крусян, зазначаючи: “Влада, що поширюється на всіх членів суспільства (“publicum”), а не на окрему особу, що володіє такою властивістю, як загальність, має суспільний характер, тобто є публічною”²⁰⁰. Публічна влада здійснюється не тільки державою, а й іншими недержавними самоврядними системами. Державна влада та самоврядна (муніципальна) влада є різновидами публічної влади й у своїй сукупності є публічною владою²⁰¹.

¹⁹⁸ Теплюк М.О. Конституційно-правові проблеми організації публічної влади в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / М.О. Теплюк ; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2008. – 20 с. – С. 7.

¹⁹⁹ Там само. – С. 20.

²⁰⁰ Крусян А.Р. Взаимодействие местных органов исполнительной власти и органов местного самоуправления в Украине : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / А.Р. Крусян. – Одесса, 1999. – 250 с. – С. 15.

²⁰¹ Бальцій Ю.Ю. Правовий статус міського голови в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Ю.Ю. Бальцій. – О., 2006. – 210 с. – С. 81.

На думку О.В. Батанова, в основу сучасного вчення про публічну владу варто покласти ідею щодо форм, видів та рівнів публічної влади, зокрема наявності її трьох форм (безпосереднє народовладдя, народне представництво, непередставницькі форми функціонування публічної влади, або так зване “професійне владарювання”), трьох видів (публічна влада Українського народу, державна влада та муніципальна влада) та трьох рівнів її здійснення (загальнодержавна, регіональна та локальна).²⁰²

Варто зазначити разом з тим, що, характеризуючи *державне управління* як один із видів соціального управління, О.І. Ющик наголошував, що здійснення державного управління, державних функцій “пов’язується з *правовою формою*, яка є *дійсною* формою діяльності державного апарату. Це означає, що держава тільки на основі права функціонує як *дійсна публічна влада*, оскільки діяльність державного апарату, охоплена правовою формою, утворює дещо цілісне, деяку єдність, цементується в певну тотальність, котра як субстанція несе в собі *владну міць* держави. Цим моментом єдності є *нормативність* як спосіб координації названих діяльностей, що здійснюється у співвідношенні діяльностей окремих представників державного апарату з їх єдністю, з підпорядкуванням цих діяльностей *принципу законності*, втіленням чого стає *юридичний закон*. Відтак, державний апарат фігурує перед нами як *єдиний суб’єкт* державного управління, мета діяльності якого необхідно має *загальне* визначення, якому підпорядковуються конкретні визначення цілі діяльності окремих представників зазначеного апарату. Це загальне визначення цілі діяльності державного апарату – врегульований законом, тобто *правовий* стан існуючого суспільства як об’єкта державного управління – *правопорядок*”²⁰³.

На наш погляд, ці висновки щодо державного управління можуть бути використані для поглиблення розуміння *соціального управління взагалі*. Адже не тільки державне управління, а й соціальне управління взагалі не може здійснюватися без нормативного регулювання поведінки людей, воно також ґрунтується на певних суспільних законах, спрямоване на встановлення певного суспільного порядку. Крім того, якщо виходити з того, що право існувало до виникнення держави, то є підстави вважати, що соціальне управління із самого початку здійснювалося *в правовій формі* і що воно було спрямоване на встановлення та підтримання певного *правового порядку в суспільстві*.

²⁰² Батанов О.В. Муніципальна влада в Україні: конституційно-правові проблеми організації та функціонування : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.02 / Олександр Васильович Батанов. – К., 2011. – 39 с. – С. 10.

²⁰³ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу : монографія / О.І. Ющик. – К. : Парламентське вид-во, 2004. – 519 с. – С. 17.

Поділяючи викладене вище розуміння поняття влади та публічної влади як безпосередньої основи соціального управління, ми надалі в роботі будемо розглядати *публічну владу як суспільне відношення панування-підкорення між суб'єктами, що реалізується в процесі соціального управління у формах самоуправління та владарювання*.

Якщо зіставити основні положення класичної теорії установчої влади з таким розумінням влади, соціальної влади та публічної влади, то можна відзначити, що поняття “установча влада” найбільше корелює з поняттям *публічної влади*, яке ми і повинні розглядати як *вихідне* поняття для формування поняття установчої влади.

А оскільки публічну владу розглядаємо як *найближче родове поняття* відносно установчої влади, то останню логічно вважати одним із видів публічної влади. Для визначення специфіки установчої влади як виду публічної влади, потрібно знайти той критерій класифікації, ту ознаку, за якою установча влада відрізняється від інших видів публічної влади²⁰⁴.

1.2.2. Установча влада як вид публічної влади

У літературі наводяться різні варіанти класифікацій публічної влади. Про деякі з них згадано вище, зокрема, в юридичній енциклопедії, в якій видами публічної влади названі безпосередня влада народу, державна влада і місцеве самоврядування²⁰⁵. Отже, в цьому випадку публічна влада класифікується на види за її суб'єктом (народ, держава, територіальна громада), але, як і в більшості класифікацій публічної влади, узагалі не згадується такий вид публічної влади, як “установча влада”.

Наприклад, П.А. Мінаков, розглядаючи публічну владу в політологічному аспекті, наголошує, що влада як політологічна категорія багатоманітна, однак саме публічна влада несе основне навантаження в розвитку соціуму і має реальні можливості управляти діями та відносинами людей, узгоджувати протилежні приватні (особисті, корпоративні) та публічні інтереси, підкорюючи їх переважаючій волі за допомогою методів примусу і переконання. Автор пише, що публічна влада виконує ряд функцій: реалізацію публічного інтересу, консолідацію суспільства, управління, захист існуючої системи суспільних відносин (охоронну), нормотворчості, забезпечення прав і свобод людини і громадянина. П.А. Мінаков поділяє публічну владу за *форма-*

²⁰⁴ Максакова Р.М. Природа і загальні умови існування установчої влади в системі публічної влади / Р.М. Максакова // Право та державне управління. – 2012. – № 3. – С. 41–45.

²⁰⁵ Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 5: П–С. – С. 196.

ми (залежно від виду організаційно-правових підстав здійснення владовідносин) – на безпосереднє народовладдя, народне представництво та непередставницьке народовладдя (професійне управління); *за джерелом влади* – на наддержавну, державну, муніципальну публічну владу і публічну владу суспільних об'єднань²⁰⁶.

Чи не єдину класифікацію публічної влади, у якій виділяється такий її вид, як “установча влада”, ми знаходимо у згаданій вище праці А.А. Югова. За *організаційно-правовими формами функціонування* публічна влада, на думку автора, поділяється на: 1) пряму публічну владу; 2) публічну державну владу; 3) публічну муніципальну владу; 4) публічну корпоративну владу; 5) наддержавну (міжнародно-правову) публічну владу. А залежно від *сфери дії* (сфери суспільного життя) публічна влада поділяється на: 1) установчу (виборча та плебісцитна влада); 2) політичну владу – система здійснення публічної влади у сфері політики; 3) економічну владу; 4) духовну владу; 5) воєнну владу тощо²⁰⁷.

Як видно з цього, поділ публічної влади за критерієм “організаційно-правових форм функціонування” у А.А. Югова частково збігається з поділом публічної влади П.А. Мінаковим за критерієм “джерела влади”. Це свідчить про невизначеність обох названих критеріїв. Фактично мова йде про класифікацію публічної влади за критерієм (або ознакою) суб'єкта влади (народ, держава, територіальні громади, корпоративні та міжнародні організації).

Разом з тим треба сказати, що той критерій, за яким А.А. Югов визначає *установчу владу* як вид публічної влади, потребує додаткового трактування. Зокрема, сфера дії влади (сфера суспільного життя) – це не та ознака, за якою можна розрізнити установчу владу (виборчу і плебісцитну) та політичну, адже вибори і плебісцит у суспільстві здійснюються *у сфері політики*, вони є в сучасному суспільстві реалізацією *політичної* влади.

З методологічної точки зору, якщо говорити про критерії класифікації публічної влади, такими критеріями мають бути визначені ознаки, які включає в себе *поняття* публічної влади. Згідно з визначенням А.А. Югова, публічна влада – це масова соціальна влада за участю великих груп населення, яку вирізняють легітимність виникнення і правовий характер функціонування, яка реалізується на основі принципу представництва, базується на довірі людей і здійснюється

²⁰⁶ Мінаков П.А. Публичная власть: политологический аспект : автореф. дис. ... канд. полит. наук : спец. 23.00.01 / П.А. Мінаков. – Уфа, 2007. – 20 с.

²⁰⁷ Югов А.А. Конституционные начала публичной власти: российское измерение / А.А. Югов // Российский юридический журнал. – 2005. – № 1. – С. 43–53.

на благо суспільства і не на шкоду іншим учасникам суспільного життя. Які з цих ознак публічної влади треба вважати специфічною ознакою саме *установчої* влади, на відміну, зокрема, від судової влади, контрольної або законодавчої влади, сказати важко, адже цим владам належать перелічені у наведеному визначенні всі ознаки публічної влади.

Не міститься досить певного та чіткого критерію визначення установчої влади і в працях інших авторів, які пропонують багато ознак установчої влади, проте набір цих ознак у кожного автора свій.

На основі аналізу природи та функцій публічного права Ю.О. Тихомиров вказує на такі ознаки установчої влади. По-перше, установча влада завжди скеровує свій вплив на правовідносини, у яких обов'язково бере участь держава. По-друге, специфіка юридичної техніки установчої влади полягає в тому, що прийняті установчою владою публічно-правові норми є авторитарними актами односторонньої дії. Мається на увазі обов'язковість і незворотність їх дії лише для певного суспільства або держави, основними суб'єктами якої вони були прийняті. По-третє, телеологічна ознака, яка визначає головною метою норм установчої влади загальний інтерес (*intérêt général*). По-четверте, за змістом норми установчої влади є загальними, безособистісними, об'єктивними правилами, які застосовуються до будь-якої особи в певних випадках.

Головними сутнісними характеристиками установчої влади є те, що вона здійснює функції, які встановлюють напрями забезпечення життєдіяльності суспільства і його громадян, з одного боку, держави та її інститутів – з іншого. Серед функцій установчої влади автор виділяє встановлення і забезпечення системного устрою й розвитку суспільства, створення умов для сполучення різних сфер суспільного життя й основних соціальних інститутів; вираження публічного інтересу. Багатоманітність інтересів у суспільстві передбачає офіційне визнання публічного (загального) інтересу як пріоритетного і загальнообов'язкового для діяльності установчої влади. А це, насамперед, природні потреби та інтереси, які відображають їх, народу, націй, народностей та інших соціальних груп, інтереси суспільства як самоврядної системи та інтереси суверенної держави як політико-управлінської системи. У зв'язку з цим Ю.О. Тихомиров робить застереження, що пріоритет публічних інтересів не повинен обмежувати особистих і корпоративних інтересів.

Системною функцією установчої влади є встановлення статусності в суспільстві. Мається на увазі визначення в актах установчої влади статусу: а) державних інститутів і органів; б) народу, націй та

інших соціальних спільнот; в) суспільних інститутів, у тому числі інститутів прямої демократії і місцевого самоврядування; г) громадян держави, іноземців і осіб без громадянства; д) міжнародних інститутів. Такі статусні характеристики мають конституційні норми, що визначають місце кожного елемента в суспільстві і немовби надають старт їх життєдіяльності в поєднанні з іншими елементами суспільства.

Найважливішою функцією установчої влади є встановлення устрою держави в цілому, державної влади і форм її здійснення. Нормам установчої влади притаманні риси владності та імперативності. Отже, установча влада конституціоналізує законодавчу, виконавчу, судову владу, інформаційну, контрольну і виборчу влади в державі. Установча влада є першоосновою будь-якої законодавчої влади і займає пріоритетне місце щодо останньої.

Деякі дослідники виділяють функцію установлення також у системі здійснення законодавчої та контрольної влади²⁰⁸. Реалізацію цієї функції не слід ототожнювати з реалізацією власне установчої влади, оскільки вона, на відміну від контрольної та законодавчої влади, має іншу природу.

В установчій владі як такій, що має публічну природу, особливу роль відіграє політичний контекст. Намагання “погасити факел політичності” і надати праву абсолютно незалежний, нейтральний характер, стверджує Ю.О. Тихомиров, не відображає витоки праворозуміння, адже вияв базових інтересів і надання їм характеру публічних офіційно-пріоритетних, обов’язкових завжди відбувається у вогні суперечностей, наголошує автор.

Вищезазначені функції установчої влади впливають на встановлення і визначення загальних цілей, змісту і меж правового регулювання суспільно-політичних відносин. Мається на увазі встановлення установчою владою правової системи, її джерел і принципів, базового співвідношення видів нормативно-правових актів, а також інших правових актів, співвідношення національно-правових і міжнародно-правових актів²⁰⁹.

Установча влада здійснює конституціоналізацію всіх влад у державі. За визначенням автора “Енциклопедії влади” В.Ф. Халіпова, конституціоналізація влади (від лат. *constituo* – засновувати, установлювати, формувати, улаштовувати) – це встановлення і закріплення

²⁰⁸ Тароева В.В. Інститути контрольної влади в сучасній Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В.В. Тароева. – О., 2010. – 26 с. – С. 12–13.

²⁰⁹ Тихомиров Ю.А. Современное публичное право : монографический учебник / Ю.А. Тихомиров. – М. : Эксмо, 2008. – 448 с. – С. 10, 64–67. – (Российское юридическое образование).

положень, що стосуються устрою влади (державної, суб'єктів федерації, адміністративної, судової, службової, місцевої), визначення її ролі, характеристик, ознак, регулювання її повноважень, прав, обов'язків, відповідальності, що формулюється в текстах конкретних статей, надання їм законної, конституційної сили²¹⁰.

Тут ми бачимо змішування законодавчої та установчої влади, яке досить часто допускається при характеристиці поняття установчої влади. Наприклад, *прийняття Конституції розглядається традиційно як реалізація установчої влади*, про що свідчить зокрема правова позиція Конституційного Суду України, який у п. 2 Рішення від 3 жовтня 1997 р. № 4-зп (справа про набуття чинності Конституцією України)²¹¹ встановив, що Конституція України як Основний Закон держави за своєю юридичною природою є актом установчої влади, що належить народу. Установча влада відносно так званих “встановлених влад” є первинною: саме в Конституції України закріплено принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову (ч. 1 ст. 6) та визначено засади організації встановлених влад, законодавчої включно.

Прийняття Конституції України Верховною Радою України означало, що в цьому випадку установча влада була здійснена парламентом. Закони є актами встановленої Конституцією України законодавчої влади і, більше того, актами єдиного органу законодавчої влади – Верховної Ради України. Це зумовлює їх субординацію відносно Конституції України.

Коментуючи зміст положень згадуваного вище Рішення Конституційного Суду від 3 жовтня 1997 р. № 4-зп, В.М. Шаповал наголошував, що тим самим уперше на офіційному рівні було засвідчено сприйняття концепції установчої влади і відмову від радянської концепції конституції, яку повинен приймати “найвищий орган державної влади” на підтвердження ідеї нібито повновладдя рад. Проявом радянської концепції конституції було й те, зазначав В.М. Шаповал, що після конституційного визначення Верховної Ради УРСР ще й “єдиним законодавчим органом УРСР” акти про внесення змін до конституції набули назви і форми закону²¹².

²¹⁰ Халипов В.Ф. Энциклопедия власти / В.Ф. Халипов. – М. : Академический проект : Культура, 2005. – 1056 с. – С. 180.

²¹¹ Офіційний вісник України. – 1997. – № 42. – С. 59.

²¹² Окрема думка судді Конституційного Суду України Шаповала В.М. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 73 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) здійсненого Президентом України права вето стосовно прийнятого Верховною Радою України Закону України “Про внесення змін до статті 98 Конституції України” та пропозицій до нього (справа щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 16. – С. 55. – Ст. 710.

З правових позицій Конституційного Суду, викладених у Рішенні від 3 жовтня 1997 р. № 4-зп, випливає, що: 1) установча влада в державі є первинною; 2) основним суб'єктом установчої влади є народ; 3) актом установчої влади є Конституція держави; 4) законодавча влада є встановленою владою (делегованою, вторинною або похідною); 5) актами законодавчої влади є закони держави.

Але тут же виникає запитання: хто визначає і формує встановлені влади? Логічно випливає з положень згаданого Рішення Конституційного Суду, що цим суб'єктом є первинна влада, тобто установча влада. Отже, ще однією ознакою установчої влади є та, що установча влада визначає перелік і засади організації встановлених влад.

Багатоманітність і водночас недостатність вказаних ознак для виділення установчої влади вимагає конкретизувати поняття публічної влади, розкривши наведені вище визначення її функцій і форм.

На наш погляд, запропонований П.А. Мінаковим перелік функцій публічної влади викликає заперечення. Якщо ми розглядаємо управління як спосіб реалізації публічної влади, а нормотворчість – як один із аспектів управління, то обидва вказані поняття не можуть бути *одночасно* визначені як “функції” публічної влади. Взагалі соціальне управління не можна вважати “функцією” влади, воно виступає як *спосіб здійснення* публічної влади, про що уже сказано. Що стосується інших функцій, то вони не узгоджуються між собою. Так, функція реалізації публічного інтересу може передбачати як *захист* існуючої системи суспільних відносин, так і зміну, *реформування* вказаних відносин.

Класифікація П.А. Мінаковим публічної влади залежно від виду організаційно-правових підстав здійснення владовідносин на три *форми* – “безпосереднє народовладдя”, “народне представництво” та “непредставницьке народовладдя (професійне управління)”, на нашу думку, є більш продуктивною для пошуку *критерію* виділення установчої влади. Але і в цьому разі потрібно уточнити термін “непредставницьке народовладдя”, оскільки і безпосереднє народовладдя теж є “непредставницьким народовладдям”, а також розкрити поняття “професійне управління” та показати його відмінність від “народного представництва” (що, напевно, також включає в себе “професійне управління”). Крім того, варто було б розкрити зміст того, що саме автор розуміє під виразом “вид організаційно-правових підстав здійснення владовідносин”, оскільки в таке формулювання можна вкласти різний зміст.

Що може означати такий критерій класифікації публічної влади, як “вид організаційно-правових підстав здійснення владовідносин”? Очевидно, що це поняття логічно розглядати в контексті *соціального управління*, оскільки мова йде про *здійснення владовідносин*, тобто публічної влади, а останнє наявне, як уже сказано, тільки в процесі управління.

Для відповіді на поставлене запитання звернемося до однієї з ґрунтовних праць, присвячених цим проблемам. Як зазначає Ю.О. Тихомиров, у науковий обіг увійшло твердження про тотожність управління та самоуправління на тій підставі, що процеси управління притаманні будь-якій системі. Але чи є будь-яка система самокерованою? Стосовно суспільства в цілому це твердження припустиме з деяким застереженням, враховуючи дію інших систем – інших держав, громадських організацій, міжнародних структур тощо²¹³. Особливе значення, стверджує автор, має положення про те, що в системах управління суб’єкту притаманні, як правило, певні властивості об’єкта, а об’єкт виконує функції суб’єкта. Народ, якому належить повнота влади, визначає порядок і способи її здійснення. Той, який складається, поділ суспільної праці щодо управління виходить з принципового положення про зближення в основному понять суб’єкта й об’єкта управління в соціальному аспекті. Як слід розуміти це положення? При його трактуванні варто уникати спрощення і недооцінки діалектично складного і поступового процесу розширення участі громадян в управлінні. Відбувається еволюція суб’єкта політики й управління. Водночас на кожному етапі історичного розвитку змінюються характер і масштаби участі громадян в управлінні, а звідси – й співвідношення між формами безпосереднього, представницького та професійного управління²¹⁴.

Характеризуючи механізм взаємодії суб’єктів і об’єктів управління, Ю.О. Тихомиров пов’язує його з характером влади. Як відомо, пише він, у класовому суспільстві соціальна влада набуває рис публічної влади. Розвиток наукової думки призвів до намагання розробити загальносоціологічну категорію влади, покликану відобразити її загальносоціальні функції та найбільш типові ознаки. За словами автора, вольова дія, що розкривається у відношеннях влади як відношеннях залежності, підлеглості, виділяється як найбільш загальна ознака влади. Для характеристики влади в будь-якій людській спільноті – вели-

²¹³ Тихомиров Ю.А. Управление делами общества: (Субъекты и объекты управления в соц. общ-ве / Ю.А. Тихомиров. – М. : Мысль, 1984. – 223 с. – С. 9.

²¹⁴ Там само. – С. 49–51.

кій чи малій – цього, мабуть, цілком достатньо. Але при оцінюванні влади в суспільстві треба підкреслити не лише змістовний момент, а й засоби, форми реалізації владарюючої волі. Без цього важко уявити владу як організуючий фактор найважливіших видів діяльності людей, зокрема управління. Тому владу в соціальному сенсі можна охарактеризувати, на думку автора, як організований спосіб спрямовуваної поведінки людей.

Звідси – постійне посилення управлінського потенціалу влади, яка організовує цілеспрямовану дію на суспільні процеси. При цьому змінюються знаряддя та засоби влади, уже не тільки державний апарат, правові норми, а й усе більшою мірою недержавні організації, інші соціальні норми вплітаються в загальний механізм влади²¹⁵.

Разом з тим зрозуміти природу відносин влади, пише Ю.О. Тихомиров, можна тільки на основі розкриття характеру суспільного поділу праці. Виокремлюють чотири види відношень влади, які опосередковують основні види зв'язків суб'єктів та об'єктів управління: відношення безпосередньо народного владарювання; відношення між народом і державою та її органами; відношення між громадянами і створеними ними громадськими організаціями; відношення між органами держави, державними та громадськими організаціями.

Важливий елемент механізму здійснення влади становлять соціально-політичні норми. Норми опосередковують усі політичні та владні відносини, влада використовує їх у своїх цілях. І суб'єкти, і об'єкти влади підпорядковані вираженій у законі загальнообов'язковій волі народу, але реалізують її у відношеннях супідлеглості з набором прав та обов'язків сторін.

Нарешті, усі елементи механізму здійснення влади опосередковуються політичними відносинами. Політична влада як вираження соціальної влади є засобом ефективного управління суспільними і державними справами²¹⁶.

У цих міркуваннях автора слушно наголошується на важливості поняття публічної влади як організуючого фактора управління, однак не вказується та ознака, за якою ця влада визначається як “установча”.

Якщо звернутися до нашого визначення поняття публічної влади, то здійснення владовідносин публічної влади також означає суспільне відношення панування-підкорення між суб'єктами, що реалізу-

²¹⁵ Тихомиров Ю.А. Управление делами общества: (Субъекты и объекты управления в соц. общ-ве / Ю.А. Тихомиров. – М. : Мысль, 1984. – 223 с. – С. 55–57, 60.

²¹⁶ Там само. – С. 68–71.

ється в процесі соціального управління. Разом з тим при дослідженні організаційно-правових підстав реалізації владовідносин у процесі соціального управління треба враховувати, що цей процес здійснюється у двох формах – самоуправління та владарювання, кожна з яких передбачає особливі “організаційно-правові підстави”, зумовлені специфікою названих форм, до чого ми звернемося пізніше.

Водночас соціальне управління має *організаційно-правові основи*, спільні для обох цих форм. Насамперед, мова йде про те, що процес управління, як відзначають більшість авторів, є процесом прийняття й реалізації управлінських рішень. Однак з цього робляться різні висновки. Зокрема, Ю.О. Тихомиров розглядає дії, що пов’язані з прийняттям і реалізацією рішень, як *функції управління*, до яких він відносить прогнозування, планування, збирання та аналіз інформації, підготовку і прийняття рішення, організацію, регулювання і координацію, контроль та оцінювання результатів управлінських дій²¹⁷. Такий підхід викликав у літературі критику²¹⁸.

Як видається, більш послідовно підходить до визначення необхідних моментів управління О.І. Ющик, зазначаючи, зокрема, що функції управління здійснюються через три фази управлінського циклу у формах: а) планування – на етапі прийняття рішення; б) організаційно-виконавчого регулювання – при виконанні рішення і в) контролю – у фазі приведення у відповідність рішення та його виконання. Він зазначає, що “жодна управлінська функція не здійснюється поза цими формами”²¹⁹.

На наш погляд, ці три моменти охоплюють увесь *зміст* управлінського процесу в цілому, є його організаційною основою. А оскільки управління виступає як процес здійснення публічної влади, то ця організаційна основа набуває *правової форми*, про яку вже було сказано вище. Таким чином, через соціальне управління, як загальний спосіб здійснення публічної влади, ця влада реалізується трьома специфічними способами або у трьох організаційно-правових формах: *установчо-законодавчій, регульовально-розпорядчій та контрольно-правоохоронній*. Таке розуміння організаційно-правових форм публічної влади дає змогу пояснити витоки організації державної влади з процесу первісного соціального управління, поділ її на три “гілки”

²¹⁷ Тихомиров Ю.А. Управленческое решение / Ю.А. Тихомиров. – М., 1972. – С. 15.

²¹⁸ Ющик О.І. Правова реформа: загальне поняття, проблеми здійснення в Україні / О.І. Ющик. – К., 1997. – 192 с. – С. 11.

²¹⁹ Там само. – С. 10–11.

влади та розвиває погляд на загальні функції держави, що зумовлені правовою формою її діяльності²²⁰.

Виходячи з цього підходу, *установчо-законодавча* форма здійснення публічної влади покликана визначати та узаконювати певні суспільні інститути й відносини як елементи необхідного суспільного порядку, тобто визначати (організувати, спланувати) певний суспільний порядок у вигляді основоположних правових норм. Так само, *регульовально-розпорядча* форма здійснення публічної влади повинна забезпечувати втілення в життя, виконання основоположних норм, що установлені в процесі реалізації влади, здійснювати оперативне правове регулювання відносин, які складаються в цьому процесі. Нарешті, *контрольно-правоохоронна* форма забезпечує відповідність фактичних відносин встановленому правовому порядку шляхом порівняння їх із встановленими нормами та приведення у відповідність до основоположних норм, до закону. Водночас вказані відмінності трьох форм здійснення публічної влади не розділяють їх між собою непрорізними межами, оскільки вони належать до єдиного процесу здійснення публічної влади²²¹. Так, втілення основоположних норм у життя не виключає, а навпаки, передбачає і *законодавче регулювання* відносин, що опосередковують реалізацію цих норм.

Це розрізнення форм здійснення публічної влади дає змогу краще уявити місце та роль установчо-законодавчої форми реалізації влади й визначити на цій основі *ознаки установчої влади*²²², яка реалізується в цій формі. Це означає, що *організаційно-правова форма здійснення публічної влади* виявляється тим критерієм, за яким визначається установча влада як вид публічної влади. Тому для формування поняття про установчу владу як вид публічної влади слід розглянути установчо-законодавчу форму її здійснення.

*** **

Витоки формування вчення про установчу владу народу пов'язують із різними історичними періодами. Зокрема, погляди більшості дослідників збігаються на трьох можливих варіантах формування вчення про установчу владу: перший варіант пов'язують з появою теорії “суспільного договору” на початку Нового часу (кінець XVI – перша половина XVII ст.); другий – з англійською буржуазною

²²⁰ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу: монографія / О.І. Ющик. – К.: Парламентське вид-во, 2004. – 519 с. – С. 16–20.

²²¹ Ющик О.І. Правова реформа: загальне поняття, проблеми здійснення в Україні / О.І. Ющик. – К., 1997. – 192 с. – С. 11.

²²² Максакова Р.М. Специфічні ознаки установчої влади / Р.М. Максакова // Вісник Академії муніципального управління. – 2012. – № 1. – С. 154–164.

революцією XVII ст. (період Нового часу); третій варіант – з епохою зародження нових ідей про право і державу (XVI ст. – століття Реформації, що поклало початок зародженню природно-правових теорій та правових вчень), які ознаменували собою розвиток Нового часу.

Процес формування та розвитку теорії установчої влади виявився досить суперечливим і неоднозначним, внаслідок чого ця теорія до наших днів не отримала міцного фундаменту, залишається досить заплутаною і непереконливою, містить багато проблемних питань, що не мають наукового вирішення. Істинне пізнання теорії установчої влади та вироблення її наукового поняття, що відображає об'єктивну істину, має рухатися від вихідного уявлення про установчу владу через осягнення її сутності до виявлення цієї сутності в конкретно-історичних умовах сучасної України.

У результаті проведеного нами аналізу ключових понять класичної теорії установчої влади або її сучасних модифікацій, перш за все, звертає на себе увагу те, що за термінами “установча влада”, “влада народу” або “народовладдя” фактично стоїть один і той самий предмет. Відтак, проблемою номер один для теорії установчої влади нами було зазначено визначення природи цієї влади як суспільного феномену та визначення дійсного суб'єкта установчої влади, насамперед, в аспекті поняття “демократії”. Її невирішеність неминуче призводить до змішування уявлень про установчу і законодавчу влади, що негативним чином позначається на практиці.

Суперечлива практика вирішення Конституційним Судом України справ, пов'язаних із проблемою здійснення установчої влади в Україні, свідчить про недостатню теоретичну розробку зазначеної проблеми, зокрема, щодо визначення природи установчої влади, розмежування поняття установчої влади та поняття законодавчої влади, форм реалізації однієї та іншої. Ще одна принципова проблема сучасного розуміння поняття установчої влади, на нашу думку, полягає у визначенні дійсного суб'єкта установчої влади, насамперед, в аспекті поняття “демократія”. Відсутність певного розуміння поняття “народ” як суб'єкта влади створює велику проблему в науковому визначенні поняття установчої влади як влади народу, призводить до ототожнення поняття установчої влади з демократією взагалі. Не випадково, що у поняття установчої влади автори вкладають різний зміст.

Аналізуючи сучасні наукові підходи до визначення досліджуваного нами поняття, не можна не відзначити, що розуміння установчої влади як влади, яка приймає або змінює конституцію, залишає поза увагою такі форми прояву влади, як загальнодержавні та місцеві вибори і референдуми, здійснення низки установчих повноважень гла-

вою держави, парламентом та органами місцевого самоврядування. Класична теорія установчої влади не пов'язує зміст цього поняття з іншими формами, крім конституційного процесу. Отже, зміст загального поняття установчої влади фактично відривається від форм її реалізації. Як правило, питання реалізації установчої влади пов'язують із демократичними процесами, а будь-які прояви установчої влади вважають проявами тієї чи іншої форми демократії. Разом з тим багато критиків нарікають, що слово “демократія” використовується так часто, що воно втратило будь-яке певне значення.

Теорія установчої влади нерозривно пов'язана з визначенням такої ознаки, як суверенність установчої влади, з проблемою її юридичної необмеженості чи обмеженості.

Влада є складним, багатобічним явищем, яке виявляється в різних організаційних формах, методах та способах її здійснення, знаходить свій прояв у системі відносин, визначеннях, цілях і т. д.

При аналізі різних підходів до розуміння влади можна помітити, що для усіх них спільним є погляд на владу як спосіб панування однієї сили над іншою (влада природи над людиною, влада людини над природою, влада людини над людиною). Якщо вести мову про владу в суспільстві, то вона є способом підкорення поведінки людини або силам природи, або іншим людям.

Конкретизуючи поняття влади взагалі, ми можемо констатувати, що коли поведінка людини підкоряється силам природи, ця влада виступає як природна влада, а коли її поведінка підкоряється іншим людям, то влада виступає як соціальна влада. Через це, розглядаючи поняття влади, потрібно зазначати, про яку саме владу йде мова – природну чи соціальну, оскільки дію природних сил вивчають природничі науки, а дію соціальних сил вивчають суспільні науки.

Владний вплив на поведінку людей у суспільстві відбувається об'єктивно, незалежно від свідомого впливу на поведінку конкретної особи з боку інших людей чи організацій, тобто як результат перехрещування різноманітних сил, численних стихійних актів поведінки людей (зокрема, внаслідок революцій, переворотів, ринкових відносин в умовах капіталізму тощо), або суб'єктивно, тобто як свідомий цілеспрямований вплив на поведінку людини в суспільстві (такий вплив здійснює держава, інші суспільні інститути, транснаціональні корпорації, засоби інформації тощо).

Зважаючи на це, можна виділити дві форми прояву суспільної влади: 1) стихійна влада в суспільстві, що діє незалежно від суспільного усвідомлення, і 2) свідомо влада, яку визначають встановлені су-

спільством закони і яка реалізується за допомогою різноманітних керуючого впливу.

Публічна влада визначається нами як суспільне відношення панування-підкорення між суб'єктами, що реалізується в процесі соціального управління у формах самоуправління та владарювання.

Установлення, як першорядний аспект здійснення публічної влади, означає запровадження, установлення, узаконення чи утвердження певного суспільного стану або порядку речей, правового порядку у суспільстві. Саме таким вбачається зміст здійснення установчої влади.

Установча влада виявляється через утворення інститутів суспільства та основних правил (норм) функціонування і взаємодії цих інститутів. Разом з тим утворення нових інститутів відбувається не лише на підставі існуючих норм права і моралі, а й шляхом революцій, переворотів, збройної боротьби тощо.

Прийнято вважати, що правовою основою здійснення актів установчої влади є діюча в державі конституція. Формальні юридичні визначення конституції не розкривають її сутності, а являють собою лише зовнішній опис того, як робиться конституція і що вона робить; визначають критерії, за якими зовнішньо та за допомогою юридичних поглядів можна розпізнати конституцію. На наш погляд, конституція - це існуюче в країні реальне співвідношення сил. А реальне співвідношення сил, відображене письмово на папері, стає не просто фактичним співвідношенням сил, а правом, правовими установами, і посягання на них карається. Це вже правова конституція.

Правова форма не завжди є передумовою здійснення установчої влади, однак вона завжди є умовою її тривалого стійкого існування як виду публічної влади. В цьому полягає специфіка установчої влади, оскільки для публічної влади взагалі її здійснення у правовій формі є суттєвою ознакою. Усі види публічної влади (законодавча, урядова, судова тощо), крім установчої, передбачають їх здійснення від самого початку виключно на правовій основі.

Позаправові форми створення органів влади та визначення різних інститутів суспільства (шляхом революцій, переворотів тощо) є поширеною практикою в розвитку суспільства, в реформуванні основних політичних інститутів. Разом з тим вони потребують переведення реально існуючих відносин і співвідношення політичних сил у юридичні норми, узаконення цих відносин та співвідношення політичних сил, тобто переходу від фактичної до юридичної конституції.

Отже, установча влада представляє організаційний аспект установчо-законодавчої організаційно-правової форми здійснення публіч-

ної влади, становить її змістовний процес, який необхідно має легітимізуватися і набути юридичного оформлення. Зміна співвідношення політичних сил, що відбувається в суспільстві, рано чи пізно приводить до зміни змістовного аспекту публічної влади, а з ним – до зміни її правової форми.

РОЗДІЛ 2

ПОНЯТТЯ, ВИДИ ТА ФОРМИ РЕАЛІЗАЦІЇ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ

2.1. Визначення поняття установчої влади

2.1.1. Специфічні ознаки установчої влади

В установчо-законодавчій формі здійснення публічної влади *установлення* виступає як *змістовий* аспект, а *узаконення* – як *формальний*. Отже, необхідно з'ясувати, що означає аспект “установлення” в процесі здійснення публічної влади?

Звернемося спочатку до термінології. Згідно зі словником синонімів української мови “установлювати” означає “робити що-небудь законним”. Його синоніми: “утверджувати”, “узаконювати”, “легалізувати”, “канонізувати”, “декретувати”, “настановляти”²²³. (“Легалізувати” – узаконити, визнати законним, надати законної сили. “Канонізувати” – перетворити в непорушне, обов’язкове правило; узаконити. “Декретувати” – узаконити що-небудь, оголосити чи надати чинності шляхом видання декрету²²⁴).

У великому тлумачному словнику сучасної української мови слово “установляти” або встановляти, (“установлювати” або встановлювати) означає “1. Ставити, поміщати десь що-небудь певним чином, *підготовляючи до використання*. *Споруджувати* що-небудь на певному місці. 2. *Організовувати*, здійснювати, налагоджувати. 3. *Визначати*, розпізнавати за певними ознаками. 4. *Створюючи, утверджувати, узаконювати що-небудь*. *Уводити в дію, визначати що-небудь якимись заходами*”. В цьому ж словнику визначено значення слова “установчий” як такий, що “має завданням *організацію чого-небудь*, призначений заснувати що-небудь”²²⁵.

Слово “установлювати” вживається також у значенні “запроваджувати”, якому відповідає російське “учреждать”. За словником В.І. Даля, воно означає “устроить в чреду, ряд или порядок; основать,

²²³ Словник синонімів української мови : в 2 т. / [А.А. Бурячок, Г.М. Гнатюк, С.І. Головащук та ін.]. – К. : Наук. думка, 2001. – Т. 2. – 960 с. – С. 808.

²²⁴ Современный словарь иностранных слов : ок. 20000 слов. – [2-е изд., стер.]. – М. : Рус. яз., 1999. – 742 с. – С. 185, 258, 335.

²²⁵ Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К. : Ірпінь : ВТФ “Перун”, 2002. – 1440 с. – С. 1305.

устроить, установить правилами, порядком. *Учредить правление, порядок...*”. *Учреждатель, учредитель* означає “заводитель, установитель, устроитель. *Учредительный собор*”²²⁶.

Із цього можна зробити висновок, що установлення як першорядний аспект здійснення публічної влади означає запровадження, установлення, узаконення чи утвердження певного суспільного стану або порядку речей, правового порядку в суспільстві. Саме таким вбачається зміст здійснення установчої влади. Тому якщо виходити з пропонованих нами визначень понять “влада” (див. підрозділ 1.2.1) і “установлення” (див. підрозділ 1.2.2), *установчу владу* можна визначити як *спосіб впливу на поведінку людей через запровадження, установлення, узаконення, утвердження певного суспільного стану або порядку речей, у тому числі правового порядку в суспільстві*.

Якщо спиратися на це визначення, то можна сказати, що *установча* влада виявляється через утворення інститутів суспільства й основних правил (норм) їх функціонування та взаємодії.

Разом з тим, утворення нових інститутів відбувається не лише на підставі існуючих норм права та моралі, а й шляхом революцій, переворотів, збройної боротьби тощо. Наприклад, виникнення в 90-х рр. XX ст. двох нових держав – Чехії і Словаччини – відбулося на підставі згоди із суб’єктом владарювання в Чехословаччині, і цей шлях утворення нових держав можна вважати здійсненим у правовій формі. Як приклад неправового способу здійснення установчої влади можна розглядати вихід Бангладеш – Східного Пакистану зі складу Пакистану в результаті збройної боротьби в 70-х рр. XX ст., унаслідок чого влада Пакистану перестала поширюватися на територію Бангладеш.

Це означає, що подане нами вище визначення поняття установчої влади є загальним, а тому потребує його розвитку та конкретизації.

Як бачимо, прояв установчої влади через утворення, установлення суспільних інститутів і норм їх функціонування може мати як правову основу для здійснення актів установчої влади, так і неправову.

Прийнято вважати, що правовою основою здійснення актів установчої влади в державі є чинна конституція. Як відомо, конституція є політико-правовим актом, що фіксує в юридичній формі результат політичного процесу, співвідношення політичних сил у їх боротьбі за державну владу на певний момент розвитку суспільства²²⁷. Коли

²²⁶ Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка : в 4 т. / Владимир Иванович Даль. – М. : Рус. яз. – Медиа, 2005. – Т. 4: Р–В. – 683 с. – С. 529.

²²⁷ Шемшученко Ю.С. Проблеми вдосконалення джерел парламентського права в Україні / Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик // Джерела конституційного права України : монографія / [Ю.С. Шемшученко, Н.М. Пархоменко, О.В. Скрипнюк та ін. ; відп. ред.: Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик]. – К. : Наукова думка, 2010. – 710 с. – С. 477–506.

істотно змінюються конкретно-історичні умови здійснення політичної влади, то разом з ними змінюється й конкретна необхідність правового регулювання суспільних відносин, особливо у сфері організації державної влади, що сприймається в суспільній свідомості через політичну боротьбу. Остання визначає зміст сучасного політичного процесу в Україні, впливаючи на його правову форму та на правосвідомість, *підпорядковуючи право й Конституцію потребам боротьби за владу*²²⁸.

Подібний процес установаження й узаконення нового порядку здійснення влади відбувався на початку 1990-х рр. у період розпаду СРСР, коли формування нових інститутів влади та прийняття правових норм здійснювалося не на основі положень Конституції УРСР 1978 р. Прикладом такого процесу є й події 1995–1996 рр., пов'язані з так званим Конституційним договором між Верховною Радою України та Президентом України щодо організації державної влади, з наступним ухваленням у 1996 р. Конституції України. У цьому ж ряду можна розглядати здійснення в Україні у грудні 2004 р. так званої “конституційної реформи”, яка передбачала внесення змін до Конституції України, що значною мірою ґрунтувалися на обставинах “політичної доцільності”, а не на виключно конституційній законності.

У зв'язку із цим Ю.С. Шемшученко і О.І. Ющик, досліджуючи проблеми вдосконалення джерел парламентського права, наголошують, що “розвиток парламентаризму в Україні визначається не так потребою реалізації програмних конституційних начал (юридичною конституцією), як боротьбою політичних сил за владу (фактичною конституцією), з підпорядкуванням умовам цієї боротьби усієї системи публічної влади і правової системи, в тому числі Конституції України та конституційного процесу”²²⁹.

Свого часу провідні українські конституціоналісти Є.В. Тихонова і Л.П. Юзьков, досліджуючи співвідношення юридичної й фактичної конституції, зауважували, що відродження державності, обґрунтування доцільності та практичне формування конкретних державних інститутів потребують нової філософії державознавства, нетрадиційної наукової інтерпретації соціально-правових процесів, які

²²⁸ Шемшученко Ю.С. Проблеми вдосконалення джерел парламентського права в Україні / Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик // Джерела конституційного права України : монографія / [Ю.С. Шемшученко, Н.М. Пархоменко, О.В. Скрипнюк та ін. ; відп. ред.: Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик]. – К. : Наукова думка, 2010. – 710 с. – С. 478–479.

²²⁹ Там само.

відбуваються в сучасному суспільстві²³⁰. Загальнометодологічну основу формування самостійної держави мають становити: 1) розкриття сутності держави; 2) практичне конституювання її інститутів, що є визначальним при формулюванні загальних засад конституційного ладу. Автори наголошували, що конституційний лад – це фактична конституція держави, тобто ті реальні суспільні відносини, які складаються на основі юридичної конституції або, навпаки, виникають і функціонують у супереч їй. Цей лад, вказували вони, з одного боку, є похідним від юридичної конституції, виступає (звичайно, в ідеалі) як її втілення в життя; з іншого – як реальні й основоположні суспільні відносини впливає на зміст нормативно-правового вираження та забезпеченість або незабезпеченість юридичної конституції. Тобто, розумували автори, конституційний лад (фактична конституція) і юридична конституція, складаючи конституційну систему, у кожній конкретній державі взаємопов'язані та взаємозумовлені, мають більшу або меншу розбіжність за змістом. Якщо вони, по суті, збігаються, то конституційна система є реальною. Якщо ж вони не збігаються – конституційна система вважається фіктивною, не виконує своєї функціональної ролі, працює на деформацію не тільки держави, а й суспільства, призводить до їх занепаду, регресу. За цих умов юридична конституція й реальний конституційний лад надмірно політизуються; виникає атмосфера, в якій слова політиків різночутно розходяться з практикою, а конституціоналізм як наука іде до занепаду.

У контексті проблеми співвідношення юридичної та фактичної конституції значний інтерес становить виступ Ф. Лассалья “Про сутність конституції” під час парламентської передвиборчої кампанії 1862 р. у Пруссії²³¹. Зміст цього виступу зводився до того, що справжню і єдину конституцію країни становить фактичний стан справ і реальне співвідношення сил у суспільстві.

Формальні юридичні визначення конституції не розкривають її сутності, а являють собою лише зовнішній опис процесів її створення та функціонування, відображають критерії, за якими зовнішньо та за допомогою юридичних поглядів можна розпізнати конституцію. Роздуми про сутність конституції треба починати з відповіді на запитання: у чому полягає відмінність між конституцією й законом? Конституція та закон у принципі однорідні, вважав Ф. Лассаль. Конституція повинна мати силу закону, отже, вона також має бути законом. Але не

²³⁰ Тихонова Є. Конституція юридична і фактична / Є. Тихонова, Л. Юзьков // Право України. – 1992. – № 1. – С. 9.

²³¹ Лассаль Ф. О сущности конституции. Съ предисловіемъ Эд. Бернштейна. Книгоиздательство “Буревѣстникъ” / Ф. Лассаль. – Одесса, 1905. – 25 с.

просто законом, а чимось значно більшим. Внесення змін до звичайних законів вважається звичайною функцією всіх урядових установ; але зміна конституції викликає бурхливу негативну реакцію. Це свідчить про всезагальне сприйняття народом конституції як чогось більш священного, твердого та незмінного, ніж звичайний закон. Отже, конституція не просто закон, а основний закон країни.

Конституція як основний закон, продовжує свої роздуми Ф. Лассаль, має бути: 1) законом глибшим, ніж звичайні закони, бо має назву “основний”; 2) як основний закон вона має бути основою інших законів; 3) з основою несумісні зміни. Таким чином, підсумовує Ф. Лассаль, конституція є дієвою силою, яка продовжує всі інші закони та правові установи, *установлює* їх у країні. Спрямовувальною дієвою силою, що впливає на прийняття законів у країні, є реальне співвідношення сил у суспільстві. Уявивши ситуацію, коли всі закони в країні втрачені внаслідок пожежі, Ф. Лассаль доводить, що складовими конституції є: король, якому підкорюються війська; дворянство, що має вплив на короля; великі промисловці; банкіри й біржа; у певних межах – це суспільна совість та рівень культури; у виняткових випадках – народ²³². Отже, конституція – це існуюче в країні реальне співвідношення сил. А реальне співвідношення сил, відображене письмово на папері, стає правом, правовими установами, і посягання на них карається. Це вже правова конституція.

Порівнюючи силу й вплив на владні процеси керівництва країни та нації, Ф. Лассаль доводить пріоритет першого²³³. За конституцією, король призначає на всі посади в армії, і тому армія ставиться до нього по-особливому, цим королю дано в десятки разів більше політичної влади, ніж має вся країна разом узята, навіть у тому випадку, якщо реальна сила країни в десять, двадцять або п’ятдесят разів перевищує силу армії. Пояснення цього дуже просте. Політичне знаряддя влади короля – організована армія; у будь-який час вона зібрана; вона дисциплінована, завжди готова діяти; натомість сила нації, хоча вона й незрівнянно більша, – неорганізована; воля нації та її ступінь рішучості її члени не завжди легко усвідомлюють, тому ніхто не може бути впевненим, скільки народу його підтримає. До того ж нація не має тих механізмів і засобів впливу, які має армія. Наведені факти, на думку Ф. Лассаля, дають підстави зробити такий висновок: *“Конституційні питання – насамперед питання сили, а не права; дійсна конституція країни полягає лише в існуючих у країні реальних, фактичних відносинах; писана конституція*

²³² Лассаль Ф. О сущности конституции. Съ предисловіемъ Эд. Бернштейна. Книгоиздательство “Буревѣстникъ” / Ф. Лассаль. – Одесса, 1905. – 25 с. – С. 5–9.

²³³ Там само. – С. 11.

*тільки тоді має значення та міць, коли вона є точним вираженням дійсного співвідношення сил у суспільстві”, справа стосовно створення конституції робиться не випишуванням папера, а зміною фактичного співвідношення сил*²³⁴.

Коментуючи вказаний виступ, Е. Бернштейн зазначав, що викладені Ф. Лассалем погляди на сутність конституції мали єдину помилку. Ф. Лассаль не міг не знати, пише Е. Бернштейн, що “реальне співвідношення сил” може змінити лише той, хто *сильніший*, або, іншими словами, будь-який уряд, у розпорядженні якого перебувають реальні сили країни – армія, фінанси та увесь механізм управління, лише *сам себе* може скинути”²³⁵.

Роздуми Ф. Лассаля про хід і наслідки революції в Німеччині 18 березня 1848 р.²³⁶ спонукають до висновку, що більшість революцій та переворотів, як підтверджують історичний досвід і практика сьогодення, були лише перетворенням реальної (фактичної) конституції на писану (юридичну). Як правило, після революцій у суспільстві приватне право залишалося незайнятим, проте всі закони публічного права визнавалися недійсними або мали тимчасову дію до прийняття нових. Власність на засоби виробництва і нерухомість, володіння певних верств населення капіталом, навіть за умов відсторонення їх від юридично визнаної влади, зберігають за ними силу та вплив на ту частину населення, яка задіяна в обслуговуванні цих об’єктів власності, а із часом – і на представників юридично визнаної влади. Тому через певний проміжок часу знову відбувається ситуація відокремлення з чинної юридичної конституції фактичної та писаної. Така ситуація (існування двох конституцій) буде тривати до наступної революції або перевороту.

Особливий інтерес для дослідження установчої влади, що здійснювалася через революцію, становить досвід організації влади в процесі соціалістичної революції 1917 р. В.І. Ленін у праці “Основні завдання Радянської влади” в 1918 р. зазначав, що перемога соціалістичної революції буде забезпечена лише тоді, коли буде *створено новий, радянський тип держави*, що відкриває можливості для трудящих та пригнічених мас взяти участь у самостійному *будівництві нового суспільства*²³⁷.

²³⁴ Лассаль Ф. О сущности конституции. Съ предисловіемъ Эд. Бернштейна. Книгоиздательство “Буревѣстникъ” / Ф. Лассаль. – Одесса, 1905. – 25 с. – С. 23.

²³⁵ Там само. – С. VI.

²³⁶ Там само. – С. 9–22.

²³⁷ Ленин В.И. Очередные задачи Советской власти / В.И. Ленин // Классики теории государственного управления: управленческие идеи в России / Факультет государственного управления МГУ им. М.В. Ломоносова; [редкол.: А.В. Сурин (председатель), Ю.Ю. Петрунин (отв. ред.) и др.]. – М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2008. – 799 с. – С. 375–396.

Для створення такої держави треба вирішити ряд завдань. На думку В.І. Леніна, перше завдання будь-якої партії майбутнього – *запевнити більшість народу* в правильності (доцільності) її програми й тактики. Другим завданням є *завоювання політичної влади* та придушення опору експлуататорів. Третє завдання – *організувати управління* Росією. На його думку, для остаточної перемоги соціалізму, з одного боку, необхідне *практичне втілення в життя масою* трудящих лозунгів Радянської влади, що є *єдиною умовою визволення* країни від імперіалістичних хижаків; а з іншого – практичне втілення в життя цих лозунгів має відбуватися на основі *методів і законів* Радянської влади²³⁸.

Із цього випливає, що установча влада, яка здійснюється не на правовій, а на силовій основі, зокрема, революційним способом, спрямовується на створення нового типу держави й суспільства; завоювання для цього політичної влади та прихильності більшості населення та організацію нового управління; здійснення народом основних принципів, визначених провідною політичною силою, яка здійснила революцію на підставі встановлених цією політичною силою законів. Іншими словами, здійснення установчої влади неправовим способом на першому етапі передбачає проголошення певного політичного рішення, що спирається не на право, а на силу, *легітимацію* встановленого вказаним рішенням режиму і як завершальний етап – закріплення проголошеного режиму в конституційно-правових актах, тобто легалізацію установчої влади, набуття нею юридичної форми. Термін “легітимація” (лат. *legitimus* – законний) узагалі означає визнання або підтвердження законності якихось прав, повноважень, організацій²³⁹.

Революція, як зазначав Г. Кельзен, є нелегітимною, тобто не відповідно до визначень конституції здійсненою зміною цієї самої конституції або її заміною іншим основним законом. З юридичної точки зору, не має значення, чи цю зміну правового становища проведено шляхом спрямованого проти законного уряду застосування сили, чи членами самого уряду, рухом мас або групою індивідів. Вирішальне тут те, що чинна конституція певним способом змінюється або ж замінюється новою конституцією, хоча в попередній не було на це припису. Як правило, за допомогою революції скасовуються лише да-

²³⁸ Ленин В.И. Очередные задачи Советской власти / В.И. Ленин // Классики теории государственного управления: управленческие идеи в России / Факультет государственного управления МГУ им. М.В. Ломоносова; [редкол.: А.В. Сурин (председатель), Ю.Ю. Петрунин (отв. ред.) и др.]. – М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2008. – 799 с. – С. 375–396.

²³⁹ Современный словарь иностранных слов: ок. 20000 слов. – [2-е изд., стер.]. – М.: Рус. яз., 1999. – 742 с. – С. 335.

вня конституція та певні політично суттєві закони. Писані конституції, як правило, містять визначення процедури, за якою вони можуть бути змінені. А принцип, що норма правопорядку є чинною доти, доки з її чинністю не покінчать одним із визначених цим правопорядком способів або не замінять чинністю іншої норми, є принципом легітимності²⁴⁰.

Згідно з юридичною енциклопедією, легітимація (франц. *legitimation*, від лат. *legitimus* – законний, правомірний) – процедура громадського визнання певного суб'єкта чи факту, у політиці – пояснення та виправдання якогось політичного рішення. Процедура легітимації полягає у зверненні до традицій, звичаїв країни, посиленні на законність і розумність або це просто віра в справедливість і необхідність того рішення, що прийняте авторитетною особою, лідером, який уособлює сподівання народу. Легітимність політичного рішення означає, що воно відповідає уявленням народу про справедливість, розумність, практичну корисність політики, її доцільність²⁴¹.

Таким чином, можна сказати, що правова форма не завжди є *передумовою* здійснення установчої влади, однак вона завжди є *умовою* її тривалого стійкого існування як *виду* публічної влади. У цьому полягає *специфіка установчої* влади, оскільки для публічної влади взагалі її здійснення в правовій формі є суттєвою ознакою. Усі види публічної влади (законодавча, урядова, судова тощо), крім установчої, передбачають їх здійснення від самого початку виключно на правовій основі.

Позаправові форми створення органів влади та визначення різних інститутів суспільства (шляхом революцій, переворотів тощо) є поширеною практикою в розвитку суспільства, реформуванні основних політичних інститутів. Разом з тим вони потребують надалі переведення реально існуючих відносин і співвідношення політичних сил у юридичні норми, *узаконовлення* цих відносин та співвідношення політичних сил, тобто переходу від фактичної до юридичної конституції.

Із цього випливає, що установча влада представляє *організаційний* аспект установчо-законодавчої організаційно-правової форми здійснення публічної влади, становить її *змістовий* процес, який обов'язково повинен легітимізуватися й набути юридичного оформлення.

²⁴⁰ Кельзен Г. Чисте Правознавство: 3 дод.: Пробл. справедливості / Ганс Кельзен; [пер. з нім. О. Мокровольського]. – К. : Юніверс, 2004. – 496 с. – С. 232–233.

²⁴¹ Тимошенко В.І. Легітимація / В.І. Тимошенко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (гол. редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 2001. – Т. 3: К–М. – С. 467.

Зміна співвідношення політичних сил, що відбувається в суспільстві, рано чи пізно призводить до зміни змістового аспекту публічної влади, а з ним – і її правової форми.

Водночас, розкриваючи в понятті установчої влади зміст складової “установча”, потрібно уточнити й зміст терміна “влада”, на неоднозначність якого звернув увагу, зокрема, О.І. Ющик, характеризуючи поняття *державної влади*. Поняття “державна влада”, на його думку, логічно розглядати як один із видів публічної влади, пов’язувати з владою держави як суб’єкта управління населенням на певній території. Державна влада – це система відносин панування-підкорення в соціальному управлінні, в яких суб’єкти підпорядковують свою поведінку державним велінням, вираженим у правовій формі, для досягнення і підтримання певного порядку в суспільстві.

У такому розумінні державна влада становить функціональну цілісність; саме у *функціональному* аспекті, вважає автор, належить сприймати це поняття в Конституції України. Зокрема, положення щодо заборони узурпації державної влади або її незаконного захоплення означає, що ніхто не може привласнити, підпорядкувати особистим, груповим або іншим частковим інтересам систему публічно-владних відносин управління суспільством. Так само положення Конституції щодо поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову означає поділ її як функціональної цілісності, розподілення державної влади на окремі функціональні сфери з метою запобігання узурпації влади приватними особами чи організаціями та її надмірної концентрації в окремих структурних частинах держави. Аналогічний функціональний аспект означає і поєднання централізації та децентралізації в здійсненні державної влади.

Функціональний підхід до розуміння поняття державної влади, на думку автора, слід відрізнити від *суб’єктного* підходу до розуміння цього поняття, коли “державна влада” розглядається як суб’єкт, як *організація*, що здійснює публічну політичну владу, тобто як *апарат* влади. Як правило, у такому значенні в Конституції України вживається термін “держава”. Так, у Конституції зазначено, що держава “забезпечує всебічний розвиток і функціонування української мови” (ст. 10), “сприяє консолідації та розвиткові української нації” (ст. 11), “забезпечує захист прав усіх суб’єктів права власності і господарювання” (ст. 13) тощо. Як функціональна цілісність, державна влада походить від народу – носія суверенітету та єдиного джерела влади в Україні, *належить* народові, є його власністю, і лише *здійснюється* від його імені єдиним суб’єктом – державним апаратом (у широкому розумінні). Так само право власності Українського народу на природ-

ні ресурси від імені народу здійснюють органи державної влади й органи місцевого самоврядування (ст. 13 Конституції України), але вони не є суб'єктами цього права. Виходячи із цього, у ст. 5 Конституції України записано, що право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народу й не може бути узурповано державою як суб'єктом (тобто державним апаратом), її органами або посадовими особами. Функціональний підхід до поняття “державна влада” узгоджується також з використанням у Конституції України терміна “органи державної влади”, тобто органи єдиного “організму” – державного апарату, які здійснюють функціонування державної влади як системи відносин кожний у межах своєї компетенції та повноважень (ст. 6 і 19 Конституції). Але вони здійснюють не кожний свою окрему владу, а реалізують єдину державну владу всім складом апарату держави в цілому, у рамках державного суверенітету”²⁴².

Враховуючи ці зауваження, при формуванні поняття установчої влади ми будемо розуміти її у функціональному аспекті, тобто як відносини панування-підкорення, в яких владарюючі суб'єкти запроваджують, установлюють, утверджують та узаконюють певні суспільні інститути, основні правила (норми) функціонування й взаємодії цих інститутів, відрізняючи від такого її розуміння, коли термін “установча влада” використовується в значенні суб'єкта, що здійснює цей вид публічної влади (“народ”, “нація” тощо).

Як функціональна цілісність, установча влада походить від народу, який, відповідно до ч. 2 ст. 5 Конституції України, є носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні. Проте сам народ не є “установчою владою”, він виступає як її суб'єкт. У зв'язку із цим пошлемося на рішення Конституційного Суду України № 6-рп/2005 від 5 жовтня 2005 р., у якому зазначено, що згадане положення Конституції треба розуміти так, що в Україні вся влада належить народові; влада народу є первинною, єдиною і невідчужуваною. Народ є первинним суб'єктом установчої влади, але не єдиним її суб'єктом.

Із цього випливає, що суб'єктами здійснення установчої влади в Україні є *народ, органи державної влади, органи місцевого самоврядування*. В інших країнах перелік суб'єктів може бути відмінним від наведеного, однак за умови здійснення установчої влади на правовій основі цей перелік визначається в основному законі країни. Наприклад, ст. 135 Конституції Російської Федерації визначає як суб'єкта здійснення установчої влади Конституційні Збори.

²⁴² Конституційне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / [за заг. ред. Ю.С. Шемшученка]. – К. : Юридична думка, 2008. – Т. 2. – 800 с. – С. 256–258.

За умов реалізації установчої влади *не на правовій основі* суб'єктами її здійснення можуть виявитися як існуючі органи чи структури державної влади (наприклад, армія) чи окремі посадові особи держави, так і тимчасовий уряд, революційний комітет, окремі політичні партії, громадські рухи, озброєні групи повстанців і навіть інші держави. Історія переконливо засвідчує це.

Звернемося, наприклад, до революційних подій 1917 р. Після офіційного оголошення в Києві про падіння монархії в царській Росії та створення нового уряду (Тимчасового уряду) в Україні виник “міцний український рух, почалися мітинги...”, і зрештою 17 березня 1917 р. Товариство українських поступовців заснувало Центральну Раду. Проявом розвитку українського революційного руху стали прийняті Центральною Радою чотири Універсали²⁴³. За існування Центральної Ради саме вони вважалися актами конституційного характеру, так званими “українськими конституціями 1917–1920 рр.”. Конституційний лад цього періоду також визначався “Тимчасовою інструкцією для Генерального Секретаріату” від 17 серпня 1917 р., яка стала конституційним законом, що репрезентував діяльність вищих органів влади України, та “Статутом про державний устрій, права і вольності УНР” від 29 квітня 1918 р., відомим як Конституція УНР²⁴⁴.

Інший приклад. Після Другої світової війни Угорщина, яка брала участь у війні на боці гітлерівської Німеччини, була окупована радянськими військами. Влада в країні перейшла до комуністів, які Законом І про державний лад у країні у 1946 р. встановили нові інститути і сталінський політичний режим²⁴⁵.

Разом з цим, О.В. Скрипнюк звертає увагу на те, що сприйняття деякими авторами установчої функції як такої, що полягає виключно в тому, аби через неї закріплювалися найважливіші політичні та соціально-економічні інститути держави й суспільства, є дещо обмеженим. На його думку, з такого уявлення ми фактично визначаємо установчу функцію як певний одноразовий акт, який, зафіксувавши певний тип суспільних відносин, вважається таким, що виконав своє завдання. Тобто, закріпивши на рівні конституції положення про демократичну, правову, соціальну державу, встановивши основні інститути (Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, Конституційний Суд України, Уповноважений Верховної

²⁴³ Крусан А.Р. Сучасний український конституціоналізм: монографія / А.Р. Крусан. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 560 с. – С. 45–46.

²⁴⁴ Слюсаренко А.Г. Історія української конституції / А.Г. Слюсаренко, М.В. Томенко. – К.: Знання України, 1993. – 192 с. – С. 67–71.

²⁴⁵ Конституционное (государственное) право зарубежных стран: учебник: в 4 т. / [отв. ред. Б.А. Страшун]. – М.: БЕК, 1998. – Т. 3. – 764 с. – С. 550.

Ради України з прав людини тощо), зафіксувавши відповідні принципи (верховенство конституції, можливість прямого застосування конституційних норм, законність тощо), вважається, що конституція тим самим остаточно реалізувала свою установчу функцію. Але таке розуміння установчої функції не є повним, оскільки, на думку О.В. Скрипнюка, її метою є не лише встановлення певних інститутів та принципів, а й підтримання такого стану, коли зазначені інститути та принципи діють у встановленому конституцією порядку²⁴⁶.

Установча функція, зазначає автор, зафіксувавши й визначивши певні інститути та конституційні принципи, реалізується далі через регулятивну функцію конституції²⁴⁷.

Наведені тут міркування вимагають переглянути традиційне сприйняття установчої влади як влади, що належить виключно народові та полягає в прийнятті або зміні конституції. Таке уявлення про установчу владу тільки частково розкриває її реальний зміст. Адже запровадження, встановлення, узаконення чи утвердження певного суспільного стану або порядку речей, правового порядку в суспільстві здійснюється не завжди через легітимну зміну чинної конституції народом. Така зміна може відбуватися не лише народом і легітимним способом; її суб'єктами можуть бути діючі органи державної влади, тимчасовий уряд, революційний комітет, товариства тощо. І актом установчої влади, яким запроваджується, встановлюється, узаконюється чи утверджується новий порядок речей у суспільстві, не завжди є конституція або закон про внесення змін до неї. Цими актами можуть бути універсали, статuti, декларації, маніфести тощо. Нарешті, з встановленням та утворенням основних конституційно-правових інститутів не припиняється функціонування установчої влади в процесі здійснення управлінської діяльності в суспільстві, доки не завершиться процес їх легітимації.

Подана вище характеристика установчої влади як особливого виду публічної влади дає змогу зазначити таке. Установча влада з погляду її *змісту* є владою, яка встановлює та утверджує *фактичну конституцію*, тобто систему здійснення й організації влади, що задовольняє потреби провідних політичних сил у суспільстві. Установча влада з погляду її *форми* полягає в узаконенні, тобто наданні загальнообов'язкової сили встановленим конституційним інститутам як за допомогою правових механізмів перетворення фактичної конституції

²⁴⁶ Скрипнюк О.В. Конституція України та її функції: проблеми теорії та практики реалізації. До десятої річниці прийняття Конституції України / О.В. Скрипнюк. – К. : Академія правових наук України, 2005. – 168 с. – С. 69–70.

²⁴⁷ Там само. – С. 70.

на юридичну, так і за допомогою позаправових механізмів (на початковій стадії її реалізації) з поступовим наданням цим перетворенням правової форми, що відбувається через процес легітимації, надаючи встановленим перетворенням завершеної правової форми.

Виходячи із цих ознак, що характеризують установчу владу, спробуємо сформулювати загальне поняття установчої влади як виду публічної влади або як однієї з організаційно-правових форм здійснення публічної влади.

2.1.2. Загальне поняття установчої влади

Як відомо з логіки, поняття відрізняється від уявлення за такою ознакою, як суттєві властивості предмета. Визначення поняття означає логічну операцію встановлення його суттєвого змісту. Визначити поняття – значить вказати, які суттєві ознаки включаються в його зміст²⁴⁸. Тому для формування поняття установчої влади необхідно з тих ознак, що розглянуті нами вище і створюють уявлення про неї, визначити суттєві.

Перше, без чого неможливо уявити установчу владу, – *суб'єкт* цієї влади. Як було з'ясовано, це можуть бути як суб'єкти, що створені й діють на правовій основі, так і ті, які створені та діють на неправовій основі. Але цього абстрактного визначення мало для того, щоб вважати його ознакою, а тим більше суттєвою ознакою установчої влади. Важливим для всіх суб'єктів установчої влади є те, що вони мають силу та реальну здатність протистояти чинній публічній владі, нав'язати свою волю суспільству й підпорядкувати поведінку його членів своїм владним рішенням установчого характеру. Тобто суб'єктами установчої влади є не будь-які групи осіб чи їх організації, а *політично домінуючі* в суспільстві суб'єкти, які приймають відповідні рішення щодо зміни існуючої системи публічної влади та / або її суб'єктів.

Без урахування всіх названих ознак інколи складно встановити, хто в цьому конкретному випадку є дійсним суб'єктом публічної влади. Особливо зважаючи на те, що в більшості випадків суб'єкти установчої влади не мають відповідної владної правосуб'єктності, оскільки діють спочатку на виключно політичній, неправовій (фактичній) основі, і лише згодом конституують свої рішення як акти установчої влади.

Сказане можна проілюструвати на прикладі вже згаданого утворення наприкінці ХХ ст. Чехії та Словаччини. Поштовхом для станов-

²⁴⁸ Лобастов Г.В. Логика : учебник / Г.В. Лобастов. – [2-е изд., доп.] – М. : Российский государственный институт интеллектуальной собственности (РГИИС), НИИ школьных технологий, 2009. – 208 с. – С. 71.

лення двох окремих держав стали події листопада – грудня 1989 р., коли в тодішній Чехословаччині пройшли масові демонстрації за реформування соціалістичного режиму, так звана “оксамитова революція”. Організований у результаті цих подій Громадський форум виступив з організованою протидією існуючій владі. Наслідком “оксамитової революції” стала відмова комуністів від претензій на абсолютну політичну владу. Під тиском опозиції та масових демонстрацій спочатку пішло у відставку керівництво Комуністичної партії Чехословаччини, а потім (унаслідок прийнятого на зустрічі делегації чинного уряду і правлячого Народного Фронту з представниками опозиційного “Громадського форуму” рішення про утворення нового уряду та вилучення закріпленого в Конституції положення про керівну роль Комуністичної партії) – у відставку пішов і Президент Чехословаччини Г. Гусак.

У країні було сформовано новий уряд з некомуністичною більшістю та проведено вибори нового Президента країни, яким став В. Гавел²⁴⁹. У червні 1990 р. були обрані Федеральні збори. Їх першочерговим завданням стала розробка нової конституції, яка б визначила відносини між Чеською і Словацькою Республіками. Однак розбіжності в позиціях між чеськими і словацькими політиками стримували розробку федеральної та республіканських конституцій. За результатами парламентських виборів 1992 р. перемогу в Чехії здобули Громадянська демократична партія (ГДП), Громадянський демократичний альянс і Народна партія; а в Словаччині – Рух за демократичну Словаччину (РЗДС) та Словацька національна партія; на федеральному рівні – коаліція ГДП і РЗДС. Лідери ГДП і РЗДС не знайшли порозуміння щодо темпів економічних реформ: чехи були прибічниками їх стрімкого проведення, а словаки висловлювалися за поступовість. Не дійшовши порозуміння стосовно майбутнього розвитку федеративної держави, вони прийняли рішення про цивілізований (мирний) розподіл федерації з 1 січня 1993 р. Опозиційні партії вимагали проведення референдуму щодо цього питання, але урядова коаліція категорично відмовилася від цієї ідеї²⁵⁰. Після того, як улітку 1992 р. лідери республік домовилися про поділ єдиної країни, цей процес у цілому завершився прийняттям Словацькою Національною Радою

²⁴⁹ Кара-Мурза С.Г. На пороге “оранжевой” революции [Электронный ресурс] / С.Г. Кара-Мурза, С.А. Телегин, А.А. Александров, М.А. Мурашкин. – Режим доступа: <http://www.kara-murza.ru/books/export/Chapter008.htm>.

²⁵⁰ Чехословакия. Энциклопедия Кольера [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc_colier/90/.

1 листопада 1992 р. Конституції Словацької Республіки²⁵¹ і прийняттям представницьким органом (Чеською Національною Радою) 16 грудня 1992 р. Конституції Чеської Республіки, що набула чинності 1 січня 1993 р.²⁵². Таким чином, країна мирно утворила дві самостійні країни – Чехію й Словаччину.

З наведеного прикладу зрозуміло, наскільки складним може бути визначення суб'єкта установчої влади. У цьому разі переплелися правові та позаправові дії політичних суб'єктів, установчі акти приймалися опозиційними силами разом із чинним урядом або чинні органи влади приймали такі рішення під тиском опозиційних сил.

Тому, визначаючи в кожному конкретному випадку суб'єкта установчої влади, слід враховувати *характер суспільно-політичної ситуації*, в якій відбуваються акти установчої влади, зокрема, наявність і характер *необхідності* здійснення певних реформ у суспільстві й державі. Зважаючи на це, доцільно звернути увагу на визначення необхідності правової реформи, яке подає О.І. Ющик: “Умови функціонування державного апарату, розрізняються між собою від епохи до епохи і від держави до держави, в залежності від чого розрізняється також, наскільки в даних умовах визначилась необхідність правової реформи. Тому і заінтересованість правлячої еліти в реформуванні державного апарату об'єктивно змінюється від такої, що має лише випадковий, поверховий, зовнішній, формальний характер, до заінтересованості стійкої, глибокої, внутрішньої, змістовної, існуючої незалежно від того, чи береться і наскільки енергійно верховна влада за здійснення правової реформи. Саме в цьому об'єктивному моменті слід у першу чергу шукати пояснення успішності чи невдачі розпочатої реформи, відповідності чи невідповідності проголошеної цілі правової реформи її фактичному результату. Звідси випливає і протилежне: чим менш визначеною є необхідність у перетворенні режиму законності, що склався у державі, тим менше проявляється у правлячій верхівки інтерес до перетворень, тим більше домінує в її діяльності об'єктивна заінтересованість у збереженні свого пануючого владного становища, закріпленого існуючим режимом законності. Як зауважив К. Маркс, у літописах історії взагалі не існує прикладів, щоб монархи будь-коли обмежували свої власні привілеї та поступалися народним вимогам інакше, як під сильним тиском ззовні, так само як не

²⁵¹ Шаповал В.М. Словаччина / В.М. Шаповал // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К.: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2003. – Т. 5: П–С. – 736 с. – С. 518.

²⁵² Шаповал В.М. Чехія / В.М. Шаповал // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К.: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2004. – Т. 6: Т–Я. – 768 с. – С. 403.

існує і прикладів того, щоб вони залишались щирими кожного разу, коли їм випадала нагода безкарно порушувати свої клятви і дані ними обіцянки.

Таким чином, якщо необхідність правової реформи об'єктивно визначається умовами функціонування публічної влади, значить саме від характеру наявних умов залежить, наскільки у кожний даний момент історії вказана необхідність є такою, що визначилась, а також характер цієї необхідності... Відтак, дослідження характеру конкретних суспільно-історичних умов, в яких діє дана влада, виявляється обов'язковим елементом пізнання правової реформи. Це означає, що не можна зрозуміти конкретну необхідність правової реформи в конкретний час у конкретній державі без усвідомлення характеру тих суспільно-історичних умов, у яких діє певним чином організована державна влада”²⁵³.

Цей момент особливо важливо враховувати при вивченні становлення установчої влади в Україні, яке ми розглянемо пізніше.

Як правило, суб'єктом установчої влади виступають народ, вищі органи державної влади, інші суб'єкти, визначені в конституції держави, або політичні партії, громадські рухи, революційні комітети, суспільні класи, озброєні групи населення тощо, за умови, що вони політично домінують у суспільстві, а також реально здатні, хоча б на певний час, підкорити суспільство своїм владним рішенням і контролювати та забезпечувати їх виконання. Говорячи про різноманітність суб'єктів установчої влади, можна навести як приклад події 1990–1992 рр. (утворення нових держав з числа союзних республік СРСР). Суб'єктами установчої влади виступали керівні органи відповідних республік і лише як результат їх вольового рішення та впливу на суспільну думку було проведено низку республіканських референдумів на підтримку проголошення незалежності союзних республік, учасниками яких був народ. Звертаємо увагу, що народ мав статус учасників, а не ініціаторів цих референдумів.

Визначальним суб'єктом установчої влади, згідно з теорією установчої влади, визнається народ. Традиційно “народ” в аспекті здійснення установчої влади розуміють як усіх індивідів, об'єднаних єдиним громадянством. Та, як правило, реально здійснює установчу владу не народ у складі всіх громадян цієї держави, а лише частина з них.

У зв'язку із цим можна відзначити, що відомий російський сатирик М.Є. Салтиков-Шчедрін, досліджуючи політичну історію Росії,

²⁵³ Ющик О.І. Правова реформа: загальне поняття, проблеми здійснення в Україні / О.І. Ющик. – К., 1997. – С. 78–79.

поділяв народ на дві категорії: 1) “історичний” народ (той, що покірливо припускає пригнічення та вірить в охоронну брехню ідеологів правлячих класів); 2) “демократичний” народ (той, що своєю активністю змушує правлячі класи йти на поступки, зменшувати експлуатацію, свавілля)²⁵⁴. Якщо виходити з такого поділу, то суб’єктом установчої влади виявляється завжди “демократичний” народ, навіть якщо він становить меншість громадян країни.

П.О. Астафичев, солідаризуючись з думкою О.Е. Кутафіна та Б.С. Ебзеева, розглядає народ у конституційно-правовому розумінні як сукупність громадян певної держави, які мають політичну правоздатність²⁵⁵. Саме цей суб’єкт конституційних правовідносин є конституційним законодавцем (за визначенням Б.С. Ебзеева)²⁵⁶, носієм суверенітету та єдиним джерелом влади.

У нашому дослідженні народ як суб’єкт установчої влади інтерпретується в тому значенні, на яке вказує Дж. Сарторі, а саме: народ – це більша частина, виражена принципом *абсолютної більшості*, або народ – це більша частина, виражена принципом *обмеженої більшості*; тобто народ у значенні суб’єкта, що здатний приймати рішення.

Друге, без чого неможливо уявити установчу владу, є її *об’єкт*, на якого здійснює свій владний вплив суб’єкт установчої влади. Таким об’єктом є *населення* території держави або її частини, на яку поширюється влада вказаного суб’єкта. У цьому сенсі суб’єкт виступає як *суверенний* щодо цього населення, він має верховенство, реально панує на цій території, спираючись на відповідну силу (економічну, воєнну, політичну тощо). Суверенний – у тому його розумінні, як пропонує В. Іванов, а саме суб’єкт, який приймає рішення про надзвичайний стан і до компетенції якого належить випадок, для якого не передбачена жодна компетенція; який встановлює норми й має повноваження змінювати та порушувати їх.

Тут доречно нагадати положення Заключного акта Наради з безпеки та співробітництва в Європі (1 серпня 1975 р.), відповідно до Розділу I “Суверенна рівність, повага прав, притаманних суверенітету” якого проголошено зобов’язання держав-учасниць поважати суве-

²⁵⁴ Бабкин В.Д. Народ и власть. Опыт системного исследования воззрений М.Е. Салтыкова-Щедрина / В.Д. Бабкин, В.Н. Селиванов. – К. : Манускрипт, 1996. – 448 с. – С. 153.

²⁵⁵ Астафичев П.А. Народное представительство в современной России: проблемы теории и правового регулирования : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.02 / П.А. Астафичев. – М. : Поволжская академия государственной службы им. П.А. Столыпина. – 498 с. – С. 53, 54.

²⁵⁶ Эбзеев Б.С. Толкование Конституции Конституционным судом Российской Федерации: теоретические и практические проблемы / Б.С. Эбзеев // Государство и право. – 1998. – № 5. – С. 6.

ренну рівність і своєрідність одна одної, а також *усі права, притаманні їх суверенітету*, до переліку яких входить право кожної держави на територіальну цілісність, на свободу та політичну незалежність; у тому числі право обирати й розвивати свою політичну систему, а також право *установлювати* свої закони та адміністративні правила²⁵⁷.

У розвиток принципів Заключного акта положеннями пункту 4 Підсумкового документа Віденської зустрічі держав – учасниць На ради з безпеки та співробітництва в Європі (15 січня 1989 р.) проголошено першочергову важливість принципу рівноправності та *права народів розпоряджатися своєю долею*, права всіх народів в умовах повної свободи *визначати будь-коли і як вони побажають* свій внутрішній та зовнішній *політичний статус і політичний розвиток*²⁵⁸.

Із цього випливає *третє*, без чого неможливо уявити установчу владу, а саме *відносини панування-підкорення* суверенним суб'єктом населення на території держави або її частини. Фактичний суверенітет у цьому випадку означає претензію владарюючого суб'єкта на незалежність, самостійність у зовнішніх і внутрішніх справах і територіальне верховенство, яку визнають інші суб'єкти з такими самими претензіями, та наявність влади, яку підтримує населення та яка контролює заявлену територію й ефективно управляє нею. Ця претензія виражається також у проголошенні формального суверенітету й дає змогу досягти його офіційного визнання; вона, зрештою, дає певний ступінь автономії, тобто обмеженої незалежності, самостійності й верховенства.

Про специфіку утворення влади внаслідок фактичного верховенства, а потім юридичного оформлення зазначав ще наприкінці XIX ст. відомий вітчизняний державознавець Б.М. Чичерін. Як правило, таке установлення влади здійснювалося внаслідок переворотів. У його праці “Курс державної науки: Загальне державне право” (1894 р.) зазначено, що “...фактична влада може стати юридичною і без явно вираженої волі громадян, в ім'я загального блага. Навіть випадкова влада вимагає покори в ім'я суспільної користі; такими є тимчасові уряди. ...Але держава – це союз постійний і, як такий, вимагає міцного порядку. Якщо фактична влада встигла затвердити законний порядок у державі і міцно встановити покору, то тим самим

²⁵⁷ Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (Хельсинки, 1 августа 1975 года) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_055/page.

²⁵⁸ Итоговый документ Венской встречи государств-участников Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (Вена, 15 января 1989 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_081.

вона довела свою відповідність державній користі, або ідеї держави. Виданий нею закон, недостатній у своєму витoku, бо виник із незаконної влади, отримує силу в ім'я загального блага, і через це сама влада, що ним формується, набуває законного титулу. Таким чином, якщо викрадач престолу встиг затвердити законний порядок і набути покори, то й сам він визнається вже законним, а тим більше його наступники, що отримали престол уже за законним титулом, хоча цей титул у первісному своєму витoku не мав достатньої юридичної сили.

У державному праві ці засади отримують нове затвердження від міжнародного союзу. Визнання верховної влади іншими урядами дає їй зовнішню законність, яка, приєднуючись до внутрішньої, надає більшу міцність владі”²⁵⁹.

Закладення основ конституційного ладу в кожній країні має свою специфіку. Нагадаємо, для прикладу, історію утворення автономій на території Російської Федерації. Події Лютневої революції 1917 р. стосовно реорганізації Російської імперії спочатку в Російську республіку, а згодом у Російську Радянську Федеративну Соціалістичну Республіку (далі – РРФСР) відбувалися на історично закладеному пріоритеті влади Російської імперії. А відтак, утворення нової держави (РРФСР) відбувалося на засадах традиційно встановлених відносин панування-підкорення. Внутрішньофедеративні відносини будувалися на основі законів, що видавалися РРФСР й впливали з Конституції Федерації. Автономії в абсолютній більшості своїй з'являлися в результаті видання вищими органами влади РРФСР законів про їх утворення. Тим самим одночасно вирішувалося питання не тільки про утворення тієї чи іншої автономії, а й про включення її до складу РРФСР. Отже, пріоритетним принципом утворення РРФСР був не договірний, а імперативний метод впливу владарюючого суб'єкта. Виняток становила Автономна Башкірська Радянська Республіка, що стала першим національним суб'єктом РФ, створеним на основі договору центральної влади з регіональною (Договір Радянської влади з Башкірським урядом про утворення Автономної Башкірської Радянської Республіки підписаний 20 березня 1919 р.). Прийнято вважати, що саме цей договір заклав основи розвитку Росії як федеративної держави щодо здійснення договірних відносин центральної влади з регіонами²⁶⁰.

²⁵⁹ Чичерин Б.Н. Общее государственное право / Б.Н. Чичерин; [под ред. и с предисл. В.А. Томсинова]. – М.: Зерцало, 2006. – 536 с. – С. 78. – (Серия “Русское юридическое наследие”).

²⁶⁰ Ярмуллин А. Первый опыт договорных отношений [Электронный ресурс] / А. Ярмуллин // Республика Башкортостан: сайт республиканской общественно-политической газеты. – 2009. – № 49. – Режим доступа: <http://www.agidel.ru/?param1=14667&tab=2>.

Таким чином, відносин панування суверенного суб'єкта (у цьому випадку керівних органів Російської Федерації) справило вплив на відповідне утворення підлеглими суб'єктами своїх владних інститутів у межах того обсягу повноважень, який визначив володарюючий суб'єкт (РФ).

Стосовно фактичного суверенітету і його офіційного визнання в аспекті установчої влади можна вказати на такі самопроголошені території, як: Абхазія, Південна Осетія, Нагірнокарабаська Республіка, Придністров'я. Це офіційно не визнані, проте фактично суверенні держави, які на початку 1990-х рр. у результаті озброєних етнополітичних конфліктів у Грузії, Азербайджані та Молдові вийшли зі складу своїх “малих метрополій”²⁶¹. Як зазначає голова Ради середземноморсько-чорноморських проблем Інституту Європи РАН А. Язькова, збройні конфлікти на території цих держав були зупинені російськими миротворчими підрозділами, які об'єктивно сприяли утвердженню на цих територіях сепаратистських режимів і правового оформлення ними досягнутої *де-факто* незалежності. Офіційно не визнані самопроголошені території з метою взаємної підтримки, відновлення економіки в умовах фактичної ізоляції від зовнішнього світу та прискорення процесу визнання їх державних утворень міжнародною спільнотою створили в 1992 р. Союз невизнаних держав (СНД – 2)^{262, 263}. Незважаючи на існування проблеми повного або часткового міжнародного невизнання самопроголошених територій, установча влада в них реалізована як дійсна публічна влада, оскільки вона була легітимізована населенням вказаних територій.

Зокрема, Придністровська Молдавська Республіка (ПМР), яка існує вже більше ніж 20 років на території Молдови, вважається невизнаною державою (мається на увазі невизнання її з боку міжнародної спільноти). Причиною для самопроголошення нової держави став етнічний конфлікт, який був викликаний внутрішньополітичними процесами в СРСР та Молдавській РСР, унаслідок якого в другій половині 1989 р. у Придністров'ї після ряду страйків було утворено

²⁶¹ Язькова А. “Болевые точки” постсоветского пространства [Электронный ресурс] / А. Язькова // Политический журнал. – 2004. – № 4 (7). – 09 февраля. – Режим доступа: <http://www.politjournal.ru/index.php?action=Articles&dirid=40&tek=549&issue=16>.

²⁶² Гамова С. Союз непризнанных государств [Электронный ресурс] / С. Гамова // Сегодня. – 2000. – № 263. – 24 октября. – Режим доступа: http://seven-days.ru/w3s.nsf/Archive/2000_263_polit_text_gamova1.html.

²⁶³ Сергеев И. Союз непризнанных государств провел конференцию в Тирасполе [Электронный ресурс] / И. Сергеев, О. Березинцева // Коммерсантъ. – 2000. – № 220 (2105). – 23 ноября. – Режим доступа: <http://www.kommersant.ru/doc/163964>.

Об'єднану раду трудових колективів як орган, що координує акції народного протесту. У період з грудня 1989 р. до листопада 1990 р. у містах і районах регіону проходили референдуми, а в ряді сіл, де неможливо було організувати проведення референдумів, – сходи громадян щодо питання автономії регіону й утворення Придністровської Молдавської РСР. У результаті проведених референдумів виявилось, що “за” винесене на обговорення питання проголосувало 95,8% громадян, які брали участь у голосуванні (75,3% від кількості виборців, внесених до списків)²⁶⁴. Як наслідок, реалізацією рішення, прийнятого в результаті проведених референдумів, стало проголошення на II Надзвичайному з'їзді депутатів усіх рівнів Придністров'я, що відбувся 2 вересня 1990 р., Придністровської Молдавської Радянської Соціалістичної Республіки у складі СРСР (з її виходом зі складу Молдавської РСР). З боку центральної влади СРСР це рішення було визнано таким, що не має юридичної сили, про що зазначено в п. 4 Указу Президента СРСР “Про заходи щодо нормалізації становища в РСР Молдова” від 22 грудня 1990 р. № УП-1215²⁶⁵. Однак, незважаючи на нього, міжнаціональне протистояння в Молдовській РСР не припинилося, самопроголошена республіка продовжувала відстоювати політику незалежності спочатку у складі СРСР, а пізніше – як самостійна держава. Так, 25 серпня 1991 р. Верховна Рада ПМР прийняла Декларацію про незалежність Придністровської Молдавської Республіки, яка з моменту її прийняття набула сили Конституційного Закону²⁶⁶. 5 листопада 1991 р., у зв'язку з припиненням Союзу РСР, Придністровська Молдавська РСР була перейменована в Придністровську Молдавську Республіку. А 1 грудня 1991 р. відбувся референдум щодо незалежності ПМР, у якому взяли участь 78% виборців, з яких “за” винесене на обговорення питання проголосували 97,7%²⁶⁷.

Наслідком проведеного референдуму став курс керівництва ПМР на встановлення, утвердження та зміцнення основ конституцій-

²⁶⁴ Приднестровье: шесть шагов к демократии. К вопросу о демократических традициях в ПМР [Электронный ресурс] / Информационное агентство “Ольвия-пресс”. – Режим доступа: <http://www.olvia.idknet.com/ol20-04-06.htm>.

²⁶⁵ [Электронный ресурс] О мерах по нормализации обстановки в ССР Молдова : Указ Президента СССР от 22 декабря 1990 г. № УП-1215. – Режим доступа: http://www.lawmix.ru/docs_ccsr.php?id=594.

²⁶⁶ Декларация о независимости Приднестровской Молдавской Республики. Принята Верховным Советом Приднестровской Молдавской Республики 25.08.1991 г. [Электронный ресурс] // Официальный сайт МИД Приднестровья. – Режим доступа: <http://mfa-pmr.org/index.php?newsid=230>.

²⁶⁷ Приднестровье: шесть шагов к демократии. К вопросу о демократических традициях в ПМР [Электронный ресурс] / Информационное агентство “Ольвия-пресс”. – Режим доступа: <http://www.olvia.idknet.com/ol20-04-06.htm>.

ного ладу в країні. Однак для міжнародної спільноти вказаний акт установчої влади населення республіки не став достатньою підставою для визнання її як самостійної держави. Продовжуючи політику на отримання міжнародного визнання та утвердження суверенітету ПМР, 17 вересня 2006 р. на території ПМР відбувся ще один референдум, учасники якого (97,1% громадян, що взяли участь у голосуванні) знову підтримали незалежність ПМР та подальше вільне входження її до складу Російської Федерації. Проте керівництво США, Молдови, Румунії, України, ОБСЄ, Європейського Союзу та деяких інших міжнародних організацій визнали вказаний референдум незаконним і недемократичним²⁶⁸.

Отже, незважаючи на численні спроби населення та керівництва ПМР здобути міжнародне визнання, на сьогодні вона залишається невизнаною державою. Однак це не виключає існування та реалізації установчої влади на її території, існування формального суверенітету і визнання встановленої на території республіки влади її населенням.

Як доводить практичний досвід, невизнані території можуть досить довго існувати без здійснення процедури офіційної легітимації. Зокрема, Турецька Республіка Північного Кіпру проголосила свою незалежність лише у 1987 р., хоча де-факто існувала з 1974 р.²⁶⁹

На відміну від Абхазії, Південної Осетії, Нагірнокарабаської Республіки і Придністров'я, деякі самопроголошені території, крім легітимації, здобули й офіційне міжнародне визнання. Наприклад, Республіка Сербська, створена в Боснії і Герцеговині, яка входила до переліку невизнаних держав, визнана законним державним утворенням у результаті Дейтонських угод, погоджених на військовій базі США в Дейтоні 21 листопада 1995 р. та підписаних у Парижі 14 грудня 1995 р.²⁷⁰, після чого вона вийшла зі складу СНД-2. Дейтонські угоди стали актом установчої влади й заклали основи конституційного ладу Боснії і Герцеговини. Документ передбачав, що держава Боснія і Герцеговина має складатися з двох частин – Федерації Боснії і Герцего-

²⁶⁸ Міністр юстиції ПМР: Референдум, проведенный 5 лет назад, определил генеральный курс развития правовой системы республики 16.09.2011 [Электронный ресурс] / Официальный сайт МИД Приднестровья. – Режим доступа: <http://mfapmr.org/index.php?newsid=1270>.

²⁶⁹ Сергеев И. Союз непризнанных государств провел конференцию в Тирасполе [Электронный ресурс] / И. Сергеев, О. Березинцева // Коммерсантъ. – 2000. – № 220 (2105). – 23 ноября. – Режим доступа: <http://www.kommersant.ru/doc/163964>.

²⁷⁰ Общее рамочное соглашение о мире в Боснии и Герцеговине. Утвержденное на пятидесятой сессии Генеральной Ассамблеи ООН. Подписанное 21 ноября 1995 г. [Электронный ресурс] / Официальный сайт Организации Объединенных Наций. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/380/73/IMG/N9538073.pdf?OpenElement>.

вини та Республіки Сербської, а також визначав систему органів влади в утворених автономіях. У такий спосіб було юридично зафіксовано фактично встановлені та існуючі суспільні відносини в Боснії і Герцеговині та Республіці Сербській.

Таким чином, саме через відносини панування-підкорення суб'єкт установчої влади запроваджує, установлює та утверджує необхідні для його панування владні інститути, а також норми функціонування цих інститутів, тобто установлює *фактичну конституцію*. Разом з тим установча влада неможлива як *дійсна* публічна влада без згоди населення слугувати об'єктом у цих відносинах панування-підкорення, без *правового* визнання й вираження політичного суверенітету суб'єкта влади як юридичного суверенітету, тобто як зафіксованої в законі вищої влади органів держави, врегульованої правом, що владарює у правовій формі. Це означає *легітимацію* цих відносин, а отже, узаконення нового суспільного порядку. Останнє відбувається в новітній історії шляхом ухвалення нової або зміни чинної конституції, або інших актів установчої влади, що мають найвищу юридичну силу, тобто актів конституційного рівня.

У зв'язку із цим можна зазначити, що група російських науковців на чолі з С.Г. Кара-Мурзою, досліджуючи сутність сучасних революцій, відзначають, що здійснення державної влади базується на відносинах *панування*. Під ним слід розуміти такий стан суспільства, коли накази влади досягають підкорення підданих або громадян. Цей стан не може бути забезпечений лише засобами *примусу* (у тому числі за допомогою насильства), для цього має бути *віра* в законність влади. Н. Макіавеллі – політик доби Відродження (XV–XVI ст.), який заклав основи нового вчення про державу, першим із теоретиків держави заявив, що влада тримається на силі й згоді. Держава повинна постійно вести особливу роботу щодо завоювання та утримання згоди громадян. Механізм влади – не лише примушування, а й *переконання*. Оволодіти власністю як економічною основою влади недостатньо, панування власників тим самим автоматично не гарантується і стабільна влада не забезпечується. Умовою стійкості (тривалості) влади є її *легітимність*. Це не те саме, що *законність* (легальність) влади, тобто формальна відповідність законам країни. Формально законна влада ще має отримати легітимність, забезпечити свою легітимацію, тобто “перетворення влади в *авторитет*”. Має бути впевненість суспільства в тому, що ця влада діє для блага народу та забезпечує *рятування країни*, що ця влада зберігає головні її цінності. Таку владу поважають (розумом), а багато хто й любить (серцем), хоча за всякої влади в кожній окремій людині є підстави для невдоволення та образ.

Будь-яка законна влада, втрачаючи авторитет, втрачає свою легітимність і стає безсилою.

Якщо на політичній арені існує конкурент, то він цю законну, але безсилу владу усуває без особливих зусиль. Так сталося в лютому 1917 р. з монархією, так само сталося в жовтні 1917 р. з Тимчасовим урядом. Нікого тоді не турбувало питання законності його формування, бо він не завоював авторитету та не набув легітимності²⁷¹.

Нарешті, установча влада не є самодостатніми відносинами, вона призначена для створення необхідних організаційних і конституційно-правових *передумов функціонування публічної влади* в суспільстві. На підставі актів установчої влади створюються так звані “установлені влади” й нормативно регулюється порядок їх функціонування та відносин, і таким чином реалізується фактична та юридична конституція.

Проте не завжди наявність актів установчої влади (рішення референдуму, конституції держави) є достатньою правовою передумовою для здійснення установчої влади на певній території та подальшого утворення й належного функціонування на ній публічної влади. Суб’єкт, який здійснює фактичну, а не “умовну” установчу владу, має бути достатньо впливовим і політично домінуючим на відповідній території.

Візьмемо, наприклад, досвід проголошення незалежності та здійснення установчої влади в Чечні. У середині 1980-х рр., після початку так званої “перебудови”, в деяких регіонах СРСР, у тому числі Чечено-Інгушетії, активізувалися націоналістичні рухи. Як відомо, у цей період Чечено-Інгушська АРСР (далі – ЧІ АРСР) перебувала в складі РСФСР. У листопаді 1990 р. у м. Грозний пройшов І Чеченський національний з’їзд (далі – ЧНЗ), де було обрано Виконком Загальнонаціонального конгресу чеченського народу (далі – ЗКЧН). ЗКЧН мав на меті вихід Чечні не лише зі складу РСФСР, а й зі складу СРСР. Між ЗКЧН та офіційною владою ЧІ АРСР виник конфлікт, наслідком якого стало прийняття Верховною Радою ЧІ АРСР під впливом ЧНЗ Декларації про державний суверенітет Чечено-Інгушської Республіки від 27 листопада 1990 р. Пізніше 8 червня 1991 р. ЗКЧН оголосив про припинення діяльності Верховної Ради ЧІ АРСР та проголошення незалежної Чеченської Республіки Ночхи-чо²⁷². Відтак, у республіці фа-

²⁷¹ Кара-Мурза С.Г. Экспорт революций: Ющенко, Саакашвили [Электронный ресурс] / С.Г. Кара-Мурза, С.А. Телегин, А.А. Александров, М.А. Мурашкин. – 2005. – Режим доступа: <http://www.kara-murza.ru/books/export/Chapter001.htm>.

²⁷² Музаев Т. Чеченская Республика Ичкерия: общий обзор [Электронный ресурс] / Т. Музаев // Сайт Международного института гуманитарно-политических исследований. – Режим доступа: http://www.igpi.ru/monitoring/1047645476/oct_97/chechen.html.

ктично склалося двовладдя. З одного боку, згідно зі статутим ООН, Чечня стала незалежною відповідно до принципу права народів на самовизначення та прийняла в 1992 р. нову Конституцію, якою оголосила себе незалежною державою.

Проте, з іншого боку, Російська Федерація вважала її своєю частиною й не визнавала суверенітету Чечні. Навіть попри те, що Чечня не брала участі в підписанні Федеративного Договору 31 березня 1992 р. і на її території не проводився референдум щодо прийняття Конституції РФ 1993 р., у Конституцію РФ було включено норми про те, що Чеченська Республіка є частиною РФ. Такі дії керівництва РФ з правової точки зору є нонсенсом, як зазначає російський правознавець А.В. Шорников²⁷³. Це протистояння влади Чечні та РФ заклало основи для першої чеченської війни, у підсумку якої 31 серпня 1996 р. були підписані мирні угоди, на підставі яких російські збройні сили було виведено із Чечні, а республіка де-факто стала незалежною, проте невизнаною державою. Однак друга чеченська війна підтвердила владний пріоритет і домінування Російської Федерації, наслідком чого стало прийняття 17 грудня 2001 р. Федерального конституційного закону “Про порядок прийняття в Російську Федерацію й утворення в її складі нового суб’єкта Російської Федерації” (№ 6-ФКЗ), а в 2003 р. – нової Конституції Республіки Чечня, за якою вона проголошена суб’єктом РФ.

Здійснюючи теоретико-методологічний аналіз уроків становлення нових незалежних держав, П.І. Надолішній визначає причину конфлікту між Чечнею та Російською Федерацією²⁷⁴. З одного боку, населення Чечні було незадоволене соціально-економічним розвитком країни, а також залученням корінних народів Чечні лише до сфер матеріального виробництва (де були задіяні більшість чеченців та інгушів), при тому, що у сфері державного управління домінували некорінні народи, насамперед, росіяни, де їх частка вдвічі перевищувала частку населення Чечні. Вирішення цієї проблеми вони вважали можливим за умови здобуття незалежності. Водночас керівництво РФ було зацікавлене у владі над територією, унікальною за якістю родовищ нафти, інших ресурсів, а також робочих рук. Як виявилось, переміг інтерес РФ щодо Чечні. Він був забезпечений не лише авторитетом і міццю РФ, а також згаданими актами установчого характеру, що слу-

²⁷³ Шорников А.В. Распад Российской Федерации как результат действия партийно-комсомольско-хозяйственных кланов [Электронный ресурс] / А.В. Шорников. – Режим доступа: <http://otechestvo.ucoz.ru/publ/77-1-0-299>.

²⁷⁴ Надолішній П.І. Розбудова нової системи врядування в Україні: етнонаціональний аспект. (Теоретико-методологічний аналіз): монографія / П.І. Надолішній. – К. ; Одеса : Вид-во УАДУ : Астропринт, 1999. – 304 с. – С. 102–103.

гували організаційно-правовими передумовами впровадження нового публічно-владного управління в Чечні, а ще й примусовою силою держави (цією примусовою силою в цьому разі стали військові формування РФ).

Досвід чечено-російського конфлікту й завершального оформлення на території Чечні установчої влади свідчить про існування не тільки такої сутнісної ознаки установчої влади, як наявність впливу політично домінуючого суспільного суб'єкта на впровадження на певній території встановлених ним публічно-владних відносин, а і про таку ознаку, як обов'язкова наявність у вказаного суб'єкта певного інтересу, унаслідок реалізації якого приймаються рішення, що мають реальну силу впливу на об'єкт установчої влади та забезпечуються авторитетом суб'єкта установчої влади або силою держави.

Таким чином, суттєвими ознаками установчої влади є таке: 1) наявність специфічного суб'єкта, а саме: політично домінуючого суб'єкта на території держави або її частини; 2) соціальний статус цього суб'єкта як суверена щодо населення певної території; 3) інтерес цього суб'єкта змінити фактичну та юридичну конституцію та встановити інший суспільний порядок; 4) обов'язкова легітимація рішень суб'єкта установчої влади; 5) ухвалення або зміни тих юридичних актів, які є основою (організаційними та конституційно-правовими передумовами) для функціонування публічної влади на відповідній території²⁷⁵.

Виходячи з усього викладеного вище, можна тепер запропонувати таке поняття установчої влади.

Установча влада – це відносини панування-підкорення, через які політично домінуючий суспільний суб'єкт як суверен запроваджує (установлює) на території держави або її частині певні публічно-владні інститути та основні норми їх функціонування (установлює фактичну конституцію), а також забезпечує їх легітимацію, узаконюючи суспільний порядок, у якому він заінтересований, шляхом ухвалення або зміни юридичних актів (юридичної конституції), що становлять організаційні та конституційно-правові передумови функціонування публічної влади²⁷⁶.

²⁷⁵ Максакова Р.М. Специфічні ознаки установчої влади / Р.М. Максакова // Вісник Академії муніципального управління. – 2012. – № 1. – С. 154–164.

²⁷⁶ Максакова Р.М. Установча влада як особливий вид публічної влади: новий погляд на традиційну концепцію установчої влади / Р.М. Максакова // Публічне право. – 2012. – № 3. – С. 307–314; Максакова Р.М. Установча влада: теоретико-методологічне обґрунтування поняття / Р.М. Максакова // Держава та регіони. Серія: Право. – 2012. – № 2. – С. 10–16.

2.2. Види і форми реалізації установчої влади

2.2.1. Визначення видів установчої влади

Запропоноване визначення поняття установчої влади охоплює значно ширший зміст, ніж ухвалення нової конституції або зміна чинної конституції, до чого зводять традиційно зміст поняття установчої влади. Не випадково все більш широкий інтерес становлять для вітчизняних правознавців питання реалізації установчої влади, які в різних аспектах досліджували О.Г. Мурашин, В.Ф. Погорілко, М.В. Савчин, М.І. Ставнійчук, М.О. Теплюк, В.Л. Федоренко, В.М. Шаповал, Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик та ін. Серед зарубіжних учених можна вказати, зокрема, на праці П.О. Астафічева, М.В. Єленіна, О.Є. Кутафіна, В.М. Сирих, Ю.О. Тихомирова, О.Є. Шишкіної та ін.

Здійснити оцінювання потенціалу установчої влади не завжди можна лише виходячи з аналізу її ресурсів або конституційних норм, якими встановлюється певний правовий порядок у суспільстві. Особливо це стосується установчої влади, яка здійснюється на позаправовій основі. Оцінити ж реальний ефект установчої влади можна лише тоді, коли її суб'єкти здійснюють певні дії. Положення про існування в цьому суспільстві установчої влади залишаються констатацією можливостей цієї влади до того моменту, поки вона не буде реалізована. Реалізація установчої влади має свої особливості за різних обставин, з яких визначаються *різні види* установчої влади.

Аналізуючи дослідження Ю.О. Тихомировим теми управління справами суспільства, в якому автор робить висновок, що зрозуміти природу відносин влади можна лише з розкриттям характеру суспільного поділу праці²⁷⁷, ми з'ясували, що критерієм виокремлення установчої влади як виду публічної влади є організаційно-правові підстави здійснення владовідносин, які реалізуються через управління або через самоуправління (про що сказано в підрозділі 1.2.2). Отже, організаційно-правові підстави здійснення владовідносин зумовлюють виділення особливих способів реалізації установчої влади в суспільстві. Разом з тим проблема критерію визначення видів установчої влади досі не отримала свого переконливого вирішення, і в літературі пропонуються різні класифікації установчої влади за її видами.

²⁷⁷ Тихомиров Ю.А. Управление делами общества: (Субъекты и объекты управления в соц. общ-ве / Ю.А. Тихомиров. – М. : Мысль, 1984. – 223 с. – С. 49–51.

Так, французький учений Ж.-П. Жакке поділяє установчу владу на два види: *первісну* та *інституціональну*²⁷⁸. *Первісна* установча влада, на думку автора, заявляє про себе в ситуації створення нової держави, у тому числі на залишках попереднього режиму, зруйнованого революцією. Така влада, вважає Ж.-П. Жакке, має безумовний характер, оскільки писаної конституції або уже немає, або вона ще відсутня. Джерелом повноважень первісної установчої влади є політичний порядок, оскільки установча влада – це влада факту, яка полягає в її постійності та в ідеях, що закладені в цю владу, завдяки яким розробляється конституція. *Інституціональна* установча влада, стверджує Ж.-П. Жакке, створюється конституцією і може її змінювати. При цьому установча влада обмежена передбаченими для неї рамками щодо порядку внесення конституційних змін.

Схожий підхід відстоює М.В. Савчин, поділяючи установчу владу за формально-процедурним критерієм на *первинну* та *інституційну (вторинну)*²⁷⁹.

Сучасний німецький конституціоналіст професор Г.П. Шнайдер пропонує розглядати владу, що утверджує конституцію, у двох формах, таких як: “початкова” і “конституційна” (враховуючи час появи (виникнення) та функціонування (діяльність) цієї влади)²⁸⁰. Покликанням першої, власне, є розроблення й прийняття самої конституції; вона, як правило, може приховувати в собі певну суспільну небезпеку, оскільки є за природою революційною владою. Друга ж форма цієї влади має на меті внесення змін і доповнень до конституції в рамках режиму конституційної законності.

У російській навчальній літературі основним є поділ установчої влади на *первинну та встановлену (похідну)*. *Первинна* установча влада виникає як результат зміни конституційного ладу та має основним завданням створення конституційної основи держави, визначення форми правління, розподілу влад, державного й територіального устрою, системи прав і свобод громадян, напряму та змісту загальнодержавної політики. *Встановлена (похідна)* установча влада впроваджена перві-

²⁷⁸ Конституционное право и политические институты: учеб. пособ. / Ж.-П. Жакке; [пер., вступ. ст.: В.В. Маклаков]. – М.: Юрист, 2002. – 365 с. – С. 108.

²⁷⁹ Савчин М.В. Конституціоналізм і природа конституції: монографія / М.В. Савчин. – Ужгород: Ліра, 2009. – 372 с. – С. 304.

²⁸⁰ Государственное право Германии: [сокр. пер. с нем. семитомного изд.]. – М., 1994. – Т. II. – С. 305–306.

сною та має основним завданням внесення змін і доповнень до чинної конституції (прийнятої первинною установчою владою)²⁸¹.

Первинна (первісна) установча влада, з позиції М.В. Баглая, покликана створити конституційний порядок, вона персоніфікується тими людьми або групами людей, які опинилися при владі в результаті якогось суспільного потрясіння або кризи. Ці люди або групи людей розробляють конституцію країни, а потім представляють її на затвердження народу через установчі збори, що представляє всі верстви народу, або через референдум, причому в обох випадках норми представництва або правовий результат зумовлюються по абстрактним демократичним уявленням. *Встановлена установча влада* – це та влада, яка народжується конституцією для подальших її змін і доповнень, зазначає дослідник. Іноді конституція передбачає, що такі повноваження належать створюваному нею законодавчому органу (такий, наприклад, порядок зміни конституцій у республіках, які входять до складу Російської Федерації), а іноді вона засновує спеціальний порядок зі спеціальним органом. При цьому, наголошує М.В. Баглай, встановлена установча влада не перекреслює верховенства парламенту, його представницький характер. Але вона гарантує народу можливість безпосередньо висловитися про долю найважливіших принципів конституції для того, щоб такого роду питання не опинилися в залежності від парламентських міжпартійних суперечностей²⁸².

Автори вітчизняного підручника “Курс конституційного права України” за редакцією М.О. Баймуратова та О.В. Батанова (Харків, 2008 р.) також виходять з того, що установча влада може бути *первинною та встановленою*. *Первинна* встановлює конституцію в умовах, коли вона є першою конституцією країни або коли втратив силу порядок прийняття конституції, визначений раніше чинною конституцією. *Встановлена установча влада* визначається чинною конституцією для наступних її змін та доповнень. *Первісна установча влада* виражає рух від політики до права, тобто народження конституційно-правової системи, а *встановлена* – всередині вже складеної системи²⁸³.

²⁸¹ Учредительная власть // Конституционное право России : энциклопедический словарь / [Г.И. Иванец, И.В. Калинин, В.И. Червонюк ; под общ. ред. В.И. Червонюка]. – М. : Юрид. лит., 2002. – 432 с.

²⁸² Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации : учебник / М.В. Баглай. – М. : ИНФРА-М, 1998. – С. 734–735.

²⁸³ Курс конституционного права Украины : учебник / [под ред. М.А. Баймуратова и А.В. Батанова]. – Харьков : Одиссей, 2008. – Т. 1. Общая часть: Основы теории конституционного права. – 672 с. – С. 390. – Серия: Энциклопедия современного конституционализма.

Представники французької школи конституційного права вважають, що влада на створення конституції (установча влада) та її зміну (влада на перегляд конституції) докорінно різняться. Перша суверенна, а друга – ні, тому що підкорена установчій владі. Вони розмежовують процедури “перегляду конституції” та “припинення дії чинної конституції шляхом прийняття нової конституції”. Перша процедура здійснюється шляхом реалізації влади, утвореної установчою владою; при цьому суб’єкт влади не має права змінювати деякі конституційні положення. Так, наприклад, у Франції не може бути переглянута республіканська форма правління. “Конституція може бути змінена в незначних моментах шляхом перегляду конституції, але одночасно в жодному випадку не може бути скасована тією самою процедурою перегляду”²⁸⁴.

Крім поділу установчої влади на первинну й похідну, встановлену та інституціональну за формальним критерієм, М.В. Савчин пропонує її поділ за сутнісним критерієм на *суверенну* та *організаційно-правову*, а за змістом – на *установчу владу народу* й *інституційно-процедурну владу*²⁸⁵. Перші види установчої влади, зазначає автор, наявні за відсутності конституції в разі формального втілення принципів конституційного ладу, а другі передбачають нормативно-правове регулювання внесення змін до конституції з формально-процедурної точки зору, наявність демократичних традицій і форм діяльності органів влади і відповідну структуру політичних організацій, а також наявність легітимних органів влади, що наділені компетенцією забезпечити перегляд конституції і приймати відповідні рішення з погляду легітимності процедурної демократії.

Автори підручника “Государственное управление: основы теории и организации”, виділяють два основні різновиди установчої влади: установчу владу соціальних спільнот та установчу владу державної влади й посадових осіб²⁸⁶.

Наведені теоретичні уявлення щодо поділу установчої влади на види сходяться в тому, що установча влада може бути як первинною, так і похідною від неї, утвореною та організаційно підпорядкованою первинній установчій владі. Із цього випливає те, що існує установча влада суверенна й установча влада, обмежена в суверенітеті іншою установчою владою.

²⁸⁴ Исполнительная власть, судебная власть и учредительная власть во Франции / [Ж.-Б. Оби, Оливье Бо и др.]. – М., 1996. – 118 с. – С. 11.

²⁸⁵ Савчин М.В. Конституціоналізм і природа конституції: монографія / М.В. Савчин. – Ужгород: Ліра, 2009. – 372 с. – С. 304.

²⁸⁶ Государственное управление: основы теории и организации / [под ред. В.А. Козбаненко]. – М.: Статус, 2000. – С. 352.

У такій класифікації установчої влади на первинну й похідну “розмивається” межа між установчою владою та установленими владами (законодавчою, виконавчою, судовою), що так само є похідними від первинної установчої влади.

На нашу думку, поділ установчої влади на первинну і похідну не є достатньо коректним. Так, первинною установчою владою називають зазвичай народ, а установчою похідною владою – парламент. Однак парламент може бути також суб’єктом первинної установчої влади. Так, зокрема, у рішенні Конституційного Суду України від 3 жовтня 1997 р. зазначено, що, *прийнявши Конституцію України у 1996 р., парламент України здійснив установчу владу*. Очевидно, що парламент є похідним від народу, але чи можна вважати прийняття Конституції реалізацією похідної установчої влади? У такому разі зникає відмінність між первинною та похідною установчими владами.

У цьому сенсі більш чітку позицію займають представники французької школи конституційного права, які прямо розмежовують первинну та похідну влади за ознакою суверенності установчої влади й залежності (підкорення) установленої влади першій, розділяючи прийняття і перегляд конституції.

Установча влада є первинною тому, що вона створює *основні передумови функціонування* публічної влади, запроваджує певні публічно-владні інститути та встановлює загальний порядок їх функціонування, таким чином *передус* цьому функціонуванню. *Установлена влада* – це влада, що функціонує, запроваджена й організована установчою владою, така, що є вторинною, визначена установчою владою та виявляється, зокрема, через законодавчу, виконавчу й судову владу, а також через систему інших публічних інститутів (контрольну, муніципальну владу тощо). Законодавча та інші установлені влади є заснованими, тому вони мають похідний, вторинний характер від установчої влади.

Здійснюючи класифікацію установчої влади, потрібно зрозуміти її зміст і отримати чітке уявлення про співвідношення установчої та установлених влад. Установча влада створює основу і є визначальним моментом для реалізації публічної влади в цілому.

Виходячи з того, що установча влада виступає як відносин панування-підкорення, через які суверен встановлює владні інститути, визначає їх статус і порядок їх діяльності, установлені влади призначені реалізовувати публічну владу *в процесі їх функціонування*. Разом з тим, первинна установча влада є суверенною, а отже, вона може передбачити для інститутів влади, що функціонують, форми, способи й

межі їх участі в здійсненні установчої влади, через встановлення відповідної компетенції та повноважень цих владних інститутів.

Таку *обмежену* установчу владу, яку здійснюють установлені владні інститути в межах своєї компетенції, ми можемо назвати *компетенційною*, або краще, *функціональною* установчою владою.

Що стосується первинної установчої влади, то вона також не є чимось однотипним чи однорідним, і якщо уважно проаналізувати, залежить від методу чи способу реалізації політичної влади – революційного або реформаційного.

У зв'язку із цим можна, зокрема, відзначити, що, досліджуючи проблеми правової реформи, О.І. Ющик називає два способи перетворення державних інститутів: реформістський і революційний²⁸⁷. Дійсно, вивчаючи історичний досвід і досвід сучасних незалежних держав щодо здійснення на їх території установчої влади, можна зробити висновки, що основними методами реалізації політичної влади були й залишаються революції або реформи. Із цими методами пов'язане визначення різних способів реалізації публічної влади взагалі, а разом з ними й визначення видів установчої влади.

Таким чином, визначальним критерієм для поділу установчої влади на її окремі види ми вважаємо *спосіб здійснення установчої влади*. За цим критерієм установчу владу можна поділити на **три види**, які ми умовно пропонуємо називати так: 1) *революційна установча влада*; 2) *реформаційна установча влада*; 3) *функціональна установча влада*²⁸⁸. Кожний із цих видів реалізації установчої влади відрізняється від інших за специфікою суб'єкта, способами й формами, в яких здійснюється влада, а також за формою та характером актів цієї влади.

Так, зокрема, *революційна* установча влада здійснюється не на правовій, а на силовій основі. Її суб'єктом виступають опозиційно налаштовані політичні сили, народні маси, громадські рухи, озброєні повстанці, органи чи структури державної влади (армія, уряд), а інколи навіть інші держави. Засоби здійснення цього виду установчої влади – це збройні конфлікти, революції, перевороти. Легітимація такої влади, як правило, триває значний час.

Революційна установча влада є *дійсно первинною* установчою владою, тому її можна вважати визначальним видом установчої влади.

²⁸⁷ Ющик О.І. Правова реформа: загальне поняття, проблеми здійснення в Україні: Інститут законодавства Верховної Ради України / О.І. Ющик. – К., 1997. – 192 с. – С. 106.

²⁸⁸ Максакова Р.М. Класифікація установчої влади / Р.М. Максакова // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки : зб. наук. пр. – Запоріжжя : Запорізь. нац. ун-т, 2012. – № 2. – Ч. II. – С. 38–44.

ди. Вирішальне значення революцій у встановленні нового суспільно-політичного і правового порядку навряд чи хтось стане заперечувати. Революційний, і взагалі силовий спосіб установлення нової влади не рідкість в історії. Так, К. Маркс у роздумах про Англію відзначав, що жодне серйозне нововведення, жодний рішучий захід не були здійснені в цій країні без тиску ззовні; то опозиція вдавалася до такого тиску на уряд, то уряд використовував тиск проти опозиції²⁸⁹.

За визначенням В.І. Леніна, революція – це таке перетворення, що зламає старе в найголовнішому в його витоках, а не перетворює його обережно, поступово, намагаючись зламувати якомога менше, а реформи є лише побічним продуктом революційної класової боротьби²⁹⁰.

У зв'язку із цим треба сказати, що ми не пов'язуємо жорстко поділ видів установчої влади на революційну та реформаційну з точним визначенням понять “революція” й “реформа”. Слушне визначення співвідношення цих понять, на нашу думку, пропонує О.І. Ющик у своїй праці, присвяченій правовій реформі. Згідно з усталеною точкою зору, вказує автор, реформа як соціальний феномен уявляється як протилежність революції. Забування цієї протилежності, вказував В.І. Ленін, забування тієї межі, що розділяє обидва поняття, постійно призводить до серйозних помилок у всіх історичних міркуваннях. Проте ця протилежність не абсолютна, ця межа не мертва, а жива, рухлива грань, котру необхідно вміти визначити в кожному окремому конкретному випадку. Якщо це так, пише О.І. Ющик, то досягнення поняття правової реформи немислиме без аналізу її відношення до своєї протилежності. Слід насамперед з'ясувати, у чому полягає протилежність правової реформи й революції, попередньо зазначивши, про яку революцію йдеться, оскільки розрізняються революції соціальні та політичні, так само як є реформи соціальні й політичні. Протилежними є політична революція та політична реформа, яка включає не лише реформу інститутів держави, а й реформування режиму функціонування політичних партій, виборчої системи, інститутів прямого народовладдя тощо.

На перший погляд здається, що протилежність правової реформи й політичної революції впливає із суттєвого визначення реформи та революції взагалі: якщо перша є так чи інакше свідомим діянням верховної влади у напрямі перетворень, то друга, навпаки, є діяльніс-

²⁸⁹ Маркс К. Твори / К. Маркс, Ф. Енгельс. – Т. 15. – С. 443.

²⁹⁰ Ленин В.И. О значении золота теперь и после полной победы социализма / В.И. Ленин // Полное собрание сочинений. – [5-е изд.]. – М. : Изд-во полит. лит-ры, 1970. – Т. 44. – 726 с. – С. 222.

тю політичних сил, котрі усувають цю владу та проводять перетворення всупереч волі й бажанню останньої. Однак при ближчому розгляді виявляється, що наведена відмінність ще не виражає дійсної протилежності двох сторін. Перетворення державних інститутів можуть бути здійснені політичними силами, які усувають існуючу верховну владу, представляючи, разом з тим, інтереси одного й того самого суспільного класу із цією владою. Таким чином, тут наявний державний переворот як передумова здійснення правової реформи, і ще немає революції, хоч іноді його називають “революцією”.

З іншого боку, політична революція не в усіх випадках здійснюється лише “знизу”, історії відомі й приклади “революції зверху”. Так, у праці “Роль насильства в історії” Ф. Енгельс стверджував, що О. Бісмарк вважав німецьку громадянську війну 1866 р. тим, чим вона була насправді, тобто революцією, і що він був готовий провести цю революцію революційними засобами. Він це і зробив. Це була повна революція, проведена революційними засобами. Він був, за словами Ф. Енгельса, лише пруським революціонером “зверху”.

Отже, і правова реформа, і політична революція можуть бути здійснені як ініціативно “зверху”, так і під тиском “знизу”. І політична революція, і правова реформа можуть супроводжуватись усуненням від влади правлячої верхівки. Відмінність, яка залишається ще в цьому разі між політичною революцією й правовою реформою, стверджує О.І. Ющик, зводиться до характеру та ступеня перетворень державних інститутів, здійснюваних у ході реформи чи революції.

Разом з тим, ця відмінність не вказує на той критерій, за допомогою якого фіксується реформистська або революційна якість зміни державних інститутів. Єдиною суттєвою відмінністю, що визначає дійсну протилежність політичної революції і правової реформи, є те, що революція – це така зміна політичного режиму, за якої державна влада переходить з рук правлячої еліти попереднього класу в руки представників нового суспільного класу, тоді як правова реформа в усіх випадках здійснюється в умовах політичного панування одного й того самого класу. З погляду практики, ця теоретична відмінність зводиться до того, змінюється часткове при незмінності загального й основного чи змінюється це останнє. “Перехід державної влади з рук одного в руки іншого класу є перша, головна, основна ознака революції як у суворо науковому, так і в практично-політичному значенні цього поняття”, – наводить автор думку В.І. Леніна.

Разом з тим, зазначає автор, як протилежності в їх взаємному відношенні, правова реформа і політична революція не лише взаємно виключають, але водночас і мають умовою, передбачають одна одну,

опосередковуючи кожна іншу, переходячи одна в одну. У такому розумінні грань між ними насправді виявляється живою й рухливою, починаючи з того, що реформа нерідко стає передднем революції і що правова реформа, яка виростає з революційної ситуації, не досягає якості революції лише через недостатність революційних сил, котрі борються з правлячою елітою, і закінчуючи революцією “зверху” та безпосереднім прямим переходом революції в реформи і навпаки. Саме через це Ф. Енгельс і говорив про громадянську війну 1866 р. як про “революцію”. Незважаючи на те, що державна влада в цьому випадку не була відібрана у правлячої еліти політичною силою, яка представляє інший клас, проте спосіб дій О. Бісмарка і їх результати все ж набагато ближчі до революції, ніж до реформи, представляючи деяку перехідну форму; тому, вважає автор, Ф. Енгельс, очевидно, і говорив про неї як про “революцію особливого роду”.

Отже, робить висновок О.І. Ющик, “реальна діалектика правової реформи і політичної революції уявляється надзвичайно складним переплетінням їх між собою; крім того, слід ще враховувати їхні зв’язки з соціальною реформою та соціальною революцією. Для досягнення поняття правової реформи в його конкретності необхідно, відтак, досліджувати і ці зв’язки. Певний інтерес має представляти дослідження зв’язків правової реформи з таким явищем, як контрреволюція, та дослідження поряд з дійсними правовими реформами і реформами-поступками такого феномену, як псевдореформа або удавана правова реформа, що є по суті справи лише видимістю останньої”²⁹¹.

Ми навмисне зупинилися на цих міркуваннях, оскільки вони є важливими для розуміння феномену установчої влади і визначення її поняття і видів.

Реформаційна установча влада може здійснюватися як на неправовій, так і на правовій основі. Здійснення цього різновиду установчої влади також може супроводжуватися державним переворотом, мирними революціями (так звані “помаранчеві”, “оксамитові” та інші революції), або на основі договору між чинними суб’єктами влади, або в ході реформ чи контрреформ. Суб’єктом реформаційної установчої влади, як правило, виступають органи чи структури державної влади (нагадаємо приклад щодо розділення Чехословаччини в 1990-х рр. на Чехію та Словаччину).

Одним із засобів здійснення установчої влади є також контрреформи. Як зазначає О.І. Ющик, “по суті будь-яка контрреформа – це

²⁹¹ Ющик О.І. Правова реформа: загальне поняття, проблеми здійснення в Україні: Інститут законодавства Верховної Ради України / О.І. Ющик. – К., 1997. – 192 с. – С. 96–110.

не що інше, як той спосіб, в якій зміцніла верховна влада відновлює в тій чи іншій формі окремі інститути держави або їх елементи або вводить нові інститути чи нові елементи в існуючі державні інститути, що так чи інакше заперечують функціонування тих інститутів держави, які з'явилися внаслідок проведеної раніше реформи-поступки, і таким чином забезпечується стійке панування даної влади”²⁹².

Правовим контрреформам, як правило, передують реформи-поступки, але разом з тим, відзначає автор, історична практика містить чимало прикладів, коли до правових контрреформ правляча верхівка вдавалась і після здійснення недостатньо обґрунтованих реформ “згори”, через помилки реформаторів, протидії консервативних сил тощо.

Прикладом такої контрреформи може бути ситуація з відомим рішенням Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р., яким було скасовано положення конституційної реформи 2004 р., упроваджені згідно із Законом України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р. Цей Закон був визнаний неконституційним і таким, що втратив чинність, і Суд вирішив відновити редакцію Конституції України від 28 червня 1996 р., що існувала до внесення в неї змін²⁹³.

Функціональна установча влада завжди здійснюється на правовій основі, її суб’єктом виступають установлені влади (глава держави, парламент, уряд, інші органи влади), які завжди діють у рамках, визначених установчою владою. Зміст функціональної установчої влади визначають компетенція та встановлені повноваження її суб’єктів.

Функціональна установча влада знаходить свій фактичний вияв при реалізації *установленими владами* їх установчих повноважень (внесення змін до конституції, формування органів влади, призначення посадових осіб, припинення повноважень органів влади або посадових осіб тощо). Власне, тут можна говорити про *делегований характер* установчої влади від суверена тим суб’єктам публічної влади, які визначені юридичною конституцією цієї держави.

2.2.2. Форми реалізації установчої влади

Визначаючи поняття установчої влади, ми в підрозділі 1.2.3 зауважували, що змістом цієї влади як способу впливу на поведінку

²⁹² Ющик О.І. Правова реформа: загальне поняття, проблеми здійснення в Україні: Інститут законодавства Верховної Ради України / О.І. Ющик. – К., 1997. – 192 с. – С. 96.

²⁹³ Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. № 20–рп/2010 (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) // Вісник Конституційного Суду України. – 2010. – № 5. – С. 36–56.

людей є запровадження, установлення, узаконення чи утвердження певного суспільного стану речей, правового порядку в суспільстві. При цьому вказаний спосіб змінюється не лише залежно від суспільних умов, а й залежно від того, про який вид установчої влади йдеться: революційну, реформаційну чи функціональну установчу владу. Так, революційне запровадження, установлення, утвердження й узаконення нової фактичної та юридичної конституції істотно відрізняється від реформаційного, а ще більше від функціонального конституювання нового суспільного стану, насамперед, за характером суб'єктів установчої влади й тих *форм*, у яких вони організують її зміст і реалізують установчу владу.

Так, найбільш типовим суб'єктом революційної і в багатьох випадках реформаційної установчої влади виступає народ.

Автори сучасного підручника з конституційного права України, виданого за редакцією М.О. Баймуратова та О.В. Батанова в 2008 р., також зазначають, що суб'єктами установчої влади є носії суверенітету, а в більшості випадків ними є народ або монарх²⁹⁴.

Наслідком реалізації прямої влади народу, зазначає О.В. Скрипнюк, є стирання відмінності між тими, хто править, і тими, ким правлять, оскільки за теорією прямої демократії суб'єкт та об'єкт управління збігаються – це народ. Отож, таке правління народу має бути правлінням усього народу, яке реалізується через безпосереднє вираження його волі стосовно всіх питань суспільно-політичного життя, така воля має виражатись здебільшого за двобальною системою оцінки: “так – ні”, “погоджуюсь – не погоджуюсь”, “схвалюю – не схвалюю”. В результаті майже весь процес такого державного управління здійснюється шляхом проведення постійних плебісцитів та референдумів, а влада народу, що здійснюється таким способом, на думку деяких дослідників, може зазнавати негативного впливу з боку ЗМІ та інших сучасних засобів впливу і, як результат, спростовує тезу про можливість втілення ідеалу прямого правління народу²⁹⁵.

Слід підтримати висловлену О.В. Скрипнюком точку зору щодо існування низки проблем, пов'язаних із реалізацією прямої демократії, бо представницька демократія забезпечує більш якісний склад її суб'єктів. Представницька влада народу, з погляду швейцарського

²⁹⁴ Курс конституционного права Украины : учебник / [под ред. М.А. Баймуратова и А.В. Батанова]. – Харьков : Одиссей, 2008. – Т. 1. Общая часть: Основы теории конституционного права. – 672 с. – С. 390. – Серия: Энциклопедия современного конституционализма.

²⁹⁵ Скрипнюк О.В. Демократія: Україна і світовий вимір (концепції, моделі та суспільна практика) / О.В. Скрипнюк. – К. : Логос, 2006. – С. 126.

правознавця Й.К. Блюнчлі, полягає в тому, що “влада належить більшості (народу), але її застосування є правом меншості”²⁹⁶.

Аналіз законодавства України й зарубіжних держав свідчить про те, що влада народу здійснюється або безпосередньо самим народом, або його представниками як пряме народовладдя і як представницька влада (представницька демократія). Як пряма, так і представницька демократія мають свої форми прояву. Відповідно, і форми реалізації установчої влади, найбільш типовим суб'єктом якої виступає народ, логічно було б класифікувати на форми (способи) прямої реалізації установчої влади та форми (способи) представницької (похідної) реалізації установчої влади.

За Конституцією України, представницьку владу здійснює від імені народу Верховна Рада України. Сьогодні, в час тривалої парламентської кризи, доречно буде нагадати позицію Ж.-Ж. Руссо, яку він виклав у трактаті “Про суспільний договір”, щодо можливих проблем реалізації теорії представницької демократії. На його думку, вже сама спроба перенести відповідальність за прийняття державних рішень на депутатів чи представників є першим кроком до занепаду держави, бо неодмінною ознакою здорової держави є такий стан, коли кожен громадянин охоче бере участь у політичному житті й при цьому суспільні турботи ставляться ним значно вище за особисті²⁹⁷.

У здійсненні обох видів влади народу (прямої та представницької) в історії встановилися різні форми.

Пряма влада народу здійснюється через конституційний процес, вибори, референдуми, інші форми безпосередньої демократії.

Представницька влада народу реалізується через здійснення установчих повноважень обраними народом чи населенням відповідної території депутатами органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадовими особами.

Перша група об'єднує форми, що забезпечують реалізацію прямої установчої влади. У системі форм здійснення влади народом, яка була покладена нами в основу цієї класифікації, до форм здійснення прямої влади народу належать також інші (крім виборів та референдумів) форми безпосередньої демократії.

Серед інших форм безпосереднього здійснення влади народом виділяють опитування громадян, народні обговорення, збори виборців та збори (конференції) об'єднань громадян чи їхніх місцевих осе-

²⁹⁶ Скрипнюк О.В. Демократія: Україна і світовий вимір (концепції, моделі та суспільна практика) / О.В. Скрипнюк. – К.: Логос, 2006. – С. 137.

²⁹⁷ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты / Ж.-Ж. Руссо. – М., 1998. – С. 280.

редків, місцеві ініціативи, громадські слухання, пікетування, мітинги, демонстрації, протести, акти громадянської непокори, політичні страйки, революції, громадянські війни, національно-визвольні рухи тощо.

У системі безпосереднього народовладдя за допомогою цих форм здійснюється ініціювання щодо необхідності конституювання фактично існуючих інститутів у політичній системі суспільства або необхідності внесення змін у правове регулювання законодавчо встановлених і визначених конституційно-правових відносин; ініціювання необхідності заміни кадрового складу органів публічної влади тощо.

Слід підтримати позицію О.О. Галус, яка наголошує, що *діяльність* політичних партій і громадських організацій не можна вважати *формами* прямого народовладдя, оскільки вони є лише допоміжним інструментом, за допомогою якого формується і виражається політична воля громадян²⁹⁸. Разом з тим, як ми вже зазначали в підрозділі 2.2.1, політичні партії і громадські організації можуть виступати суб'єктами установчої влади. На сучасному етапі державотворення політичні партії і громадські організації, як правило, виступають активними ініціаторами організації різноманітних форм безпосередньої демократії (масових публічних заходів, зокрема, мітингів, демонстрацій тощо).

Досліджуючи конституційно-правові основи участі громадян України у масових публічних заходах, Ю.М. Лемішко зазначав: "Право громадян на проведення мирних зборів, мітингів, походів і демонстрацій як прояв громадянської активності має своїм підґрунтям природне прагнення людей до об'єднання, до спільного обговорення та вирішення важливих питань суспільного значення. На сучасному етапі розвитку громадянського суспільства та правової держави колективні політичні права, й передусім право на проведення масових публічних заходів, набули нового змісту і поступово перетворилися, з одного боку, на дієву форму участі населення у публічній сфері життя соціуму, а з другого – стали однією з головних форм контролю громадянського суспільства за діяльністю держави, важливим засобом впливу громадян та соціальних спільнот на перебіг різноманітних суспільних процесів"²⁹⁹.

У зв'язку із цим виникає питання: чи можна віднести ці форми здійснення влади народом і до форм реалізації установчої влади? Від-

²⁹⁸ Галус О.О. *Форми безпосереднього народовладдя в Україні* : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / О.О. Галус. – К., 2012. – 21 с. – С. 8.

²⁹⁹ Лемішко Ю.М. *Конституційно-правові основи участі громадян України у масових публічних* : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Ю.М. Лемішко. – Х., 2009. – 20 с. – С. 3.

повідь на це питання буде правильною, лише якщо, виділяючи форми реалізації установчої влади з-поміж існуючого різноманіття форм безпосередньої демократії, ми будемо виходити із сутності самого поняття “установча влада”, а також головних ознак останньої. Слід нагадати, що ми визначили специфічними ознаками суб’єктів установчої влади те, що ці суб’єкти мають силу й реальну здатність протистояти чинній публічній владі, нав’язати свою волю суспільству та підпорядковувати поведінку його членів своїм владним рішенням установчого характеру; суб’єкти установчої влади приймають відповідні рішення щодо зміни існуючої системи публічної влади та/або її суб’єктів; завжди існує чітко визначений об’єкт, на якого здійснює свій владний вплив суб’єкт установчої влади через ухвалення або зміни юридичних актів (юридичної конституції), що становлять організаційні та конституційно-правові передумови функціонування публічної влади на території держави або її частини (див. підрозділ 2.1.2 монографії).

Виходячи із цього, слід зазначити, що участь народу в мирних зборах, мітингах, походах і демонстраціях не є власне реалізацією установчої влади, але через ці форми можуть бути закладені основи подальших змін в існуванні або функціонуванні публічно-владних інститутів; вони виступають засобом передачі інформації від народу (як учасника конституційно-правових відносин, акти якого мають інформаційний характер) політично домінуючому суб’єктові (акти правотворчості якого мають імперативний характер). У цьому сенсі вказані форми мають певне відношення до здійснення народовладдя в частині створення *передумов* реалізації народом установчої влади, хоча за своїм змістом вони переплітаються зі здійсненням контролю над чинною владою.

Ґрунтуючись на запропонованих Ю.М. Лемішком визначеннях понять головних видів масових публічних заходів (мітинги, демонстрації, походи)³⁰⁰, а також враховуючи їх правову природу та сутність, вважаємо, що ці форми безпосередньої демократії, безсумнівно, можуть впливати на здійснення установчої влади, але не є формами її реалізації. Наприклад, мітинг з вимогою до влади покарати якихось злочинців або змінити закон про мови чи, навпаки, проти прийняття закону про мовну політику, безпосереднього стосунку до реалізації установчої влади не має. Ці форми можна розглядати як одну з передумов можливого впливу на діяльність суб’єктів установчої влади.

³⁰⁰ Лемішко Ю.М. Конституційно-правові основи участі громадян України у масових публічних : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Ю.М. Лемішко. – Х., 2009. – 20 с. – С. 6–7.

Зокрема, вплив цих форм на здійснення установчої влади може відбуватися через: публічне вираження солідарності, протесту, заклику, вимоги, апеляції до конкретних рішень чи дій органів публічної влади, їх посадових осіб, громадських та інших організацій з приводу суспільно-політичних або інших актуальних питань життя, які завершуються, як правило, прийняттям резолюції учасників (у разі проведення мітингу); привернення уваги органів публічної влади та широкого загалу до проблем, що становлять спільний інтерес, або з метою вираження громадського протесту через організований рух групи громадян попередньо визначеним організаторами маршрутом, з використанням засобів наочної агітації чи без них (у разі проведення демонстрації); привернення уваги органів публічної влади та громадськості до суттєвих проблем загальнодержавного, регіонального чи місцевого значення або вираження громадянського протесту через організований тривалий рух громадян за попередньо визначеним організаторами маршрутом, шляхами загального користування, через (повз) населені пункти (у разі організації походу).

Слід погодитися з думкою, що зазначені форми безпосередньої демократії справляють суттєвий вплив на перебіг різноманітних процесів у суспільстві й державі, який забезпечує можливості фактично постійної участі в політичному житті та безперервної реалізації народом своєї влади³⁰¹. А також стосовно того, що масові публічні заходи забезпечують формування та реалізацію масової громадської й політичної активності та змушують владу прислуховуватись до волі народу; є засобом здійснення громадського контролю за органами публічної влади; виступають однією з необхідних передумов формування дієвих інститутів громадянського суспільства; є одним з каналів “зворотного зв’язку” між тими, хто управляє, та тими, ким управляють³⁰².

Ще В.І. Ленін наголошував на особливому значенні мітингів та на їх позитивному впливі на демократизм держави. Зокрема, він зазначав, що над “мітингуванням” насміхаються та вважають це хаосом, але все ж таки без мітингування маса пригнічених ніколи б не змогла перейти від дисципліни, введеної експлуататорами, до дисципліни, усвідомленої й добровільної. Мітингування, писав В.І. Ленін, це і є справжній демократизм трудящих, їх перші кроки до нового життя,

³⁰¹ Лемішко Ю.М. Конституційно-правові основи участі громадян України у масових публічних : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Ю.М. Лемішко. — Х., 2009. — 20 с. — С. 9.

³⁰² Там само. — С. 9.

яке вони налагоджують по-своєму, для себе, на засадах своєї, Радянської, влади³⁰³.

На важливості мирних зборів як форми здійснення без посереднього народовладдя наголошують і сучасні дослідники, зазначаючи, зокрема, що за їх допомогою народ бере участь у розбудові громадянського суспільства та правової держави, обмежує державну владу на користь громадянського суспільства тощо³⁰⁴. Так, О.В. Васьковська зазначає, що мирні збори в їх різновидах, а саме: мітинги, демонстрації, походи, пікети, збори, – на сучасному етапі розвитку українського суспільства набувають усе більшого значення як колективні форми самоорганізації громадянської активності населення, його масового волевиявлення³⁰⁵.

Становить певний інтерес для визначення форм реалізації установчої влади пропозиція О.О. Галус стосовно поділу форм безпосереднього народовладдя на конституційні, врегульовані законодавством і фактичні форми³⁰⁶. До конституційних автор зараховує форми, безпосередньо передбачені в Конституції (вибори, референдуми, мирні збори, мітинги, походи, демонстрації та звернення громадян). До врегульованих законодавством вона включає форми безпосереднього народовладдя, закріплені в чинному законодавстві країни (опитування громадян, народні обговорення, загальні збори громадян за місцем проживання, місцеві ініціативи, громадські слухання, відкликання депутата місцевої ради, пікетування). До фактичних вона зараховує форми, які не передбачені в Конституції та законах України, проте й не заборонені ними (наприклад, народна правотворча ініціатива, практична реалізація якої мало ймовірна, бо потребує визначення в законі процедури її здійснення).

На нашу думку, такий підхід може бути покладений і в основу поділу форм здійснення народом установчої влади. Зокрема, форми здійснення установчої влади народом можна поділити на: визначені конституцією, визначені законом і фактичні. При цьому, на відміну від визначення О.О. Галус фактичних форм безпосередньої демократії як законодавчо не передбачених, але і не заборонених законодавством

³⁰³ Ленин В.И. Очередные задачи Советской власти / В.И. Ленин // Полное собрание сочинений. – [5-е изд.]. – М. : Изд-во полит. лит., 1969. – Т. 36. – 742 с. – С. 202.

³⁰⁴ Козлов В.І. Колективні політичні права і свободи громадян України: конституційно-правовий аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 / В.І. Козлов. – Х., 2009. – 18 с. – С. 5, 8.

³⁰⁵ Васьковська О.В. Конституційне право на мирні збори та механізм його реалізації в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 / О.В. Васьковська. – К., 2007. – 21 с. – С. 3.

³⁰⁶ Галус О.О. Форми безпосереднього народовладдя в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 / О.О. Галус. – К., 2012. – 21 с. – С. 10–11, 15–16.

країни, у випадку з фактичними формами реалізації установчої влади через інші форми безпосереднього народовладдя слід зазначити, що вказані фактичні форми можуть бути як такими, що законодавчо не визначені, але і не заборонені, так і такими, що законодавчо визначені як заборонені (маються на увазі такі форми прояву народовладдя, як революції, акти громадянської непокори, громадянські війни, національно-визвольні рухи тощо, які супроводжуються порушеннями встановленого порядку, прав і свобод інших людей, масовими порушеннями, заподіянням шкоди життю, здоров'ю або майну інших осіб). Саме за допомогою останніх форм зазвичай змінюється конституційний устрій країни, оновлюється система публічної влади чи її окремі елементи.

При цьому слід зазначити, що за умов реалізації конституційних і законодавчих форм установча влада здійснюється на правовій основі. А за умов реалізації фактичних – на позаправовій основі. Так, зокрема, конституційними формами реалізації установчої влади є вибори й референдуми. Ці форми проголошені конституцією держави, нормами якої визначаються основні засади їх організації та проведення. Законодавчими формами реалізації установчої влади є загальні збори громадян за місцем проживання, місцеві ініціативи, громадські слухання, відкликання депутата тощо. Ці форми, як правило, лише проголошуються в конституції, а механізм їх реалізації визначається законодавчими актами. Фактичними формами реалізації установчої влади можна визначити революції, акти громадянської непокори, громадянські війни, національно-визвольні рухи. Такі форми не мають нормативно-правового регулювання, а їх організація та проведення забороняється. Як бачимо, в основу цієї класифікації форм здійснення установчої влади покладено такий критерій, як їх правова врегульованість.

У будь-якому разі, ведучи мову про форми здійснення установчої влади, варто уникати їх повного ототожнення з формами здійснення безпосередньої демократії, потрібно враховувати їх особливу специфіку.

Нагадаємо, що безпосередню демократію (народовладдя) визначають як форму прямого народовладдя, здійснення влади народом безпосередньо, без створення постійних або інших інститутів, у формах, передбачених конституцією, законами. Таке визначення, зокрема, пропонує один із співавторів сучасної юридичної енциклопедії

В.П. Горбатенко³⁰⁷. Деякі автори визначають безпосередню демократію також як волевиявлення народу, але у формах, не заборонених Конституцією і законами; такої позиції дотримується, наприклад, В.Д. Людвіг³⁰⁸.

На відміну від форм безпосередньої демократії, які здійснюються, як зазначено вище, у формах, визначених або не заборонених Конституцією і законами, форми установчої влади можуть бути як такі, що визначені або не заборонені Конституцією і законами, так і взагалі не визначені Конституцією, або навіть заборонені ними. У цьому полягає відмінність між загальними формами здійснення безпосередньої демократії і формами здійснення установчої влади. Оскільки не всі форми безпосередньої демократії є способами впливу на поведінку людей через запровадження, установлення, узаконення чи утвердження певного суспільного стану речей, правового порядку в суспільстві (а це є головною ознакою здійснення саме установчої влади, а не будь-якої іншої). Враховуючи те, що згадуваний вплив на поведінку можливий лише через прийняття акта, обов'язкового до виконання всіма учасниками відносин у сфері реалізації установчої влади пряма установча влада може здійснюється лише через ті форм безпосередньої демократії, які своїм наслідком мають прийняття імперативного акта.

І, нарешті, повертаючись до визначення форм реалізації установчої влади, суб'єктом якої виступає народ, нагадаємо про представницьку владу народу, яка реалізується через діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування. Такі форми реалізації представницької влади народу є формами здійснення представницької (похідної) установчої влади та виявляються в здійсненні установчих повноважень обраними народом чи населенням певної території органами державної влади й органами місцевого самоврядування.

На думку Л.Н. Гініятулліної, установчою діяльністю в публічно-правовій сфері мають займатися спеціальні суб'єкти: органи і посадові особи державної влади та місцевого самоврядування, міжнародні організації. Але в рамках держав та державних утворень, зазначає далі дослідниця, питання щодо суб'єктів установчого процесу звужується до органів та посадових осіб, хоча питання про населення як носія народного суверенітету, у тому числі щодо формування органів влади та

³⁰⁷ Горбатенко В.П. Безпосередня демократія: Юридична енциклопедія : в 6 т. / В.П. Горбатенко ; [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 1: А–Г. – 672 с. – С. 214.

³⁰⁸ Людвіг В.Д. Принцип народного суверенітету в історії політико-правової думки, теорії права та політичній практиці : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В.Д. Людвіг. – Х., 2009. – 18 с. – С. 14.

управління, і, відповідно, щодо розгляду його як суб'єкта установчого процесу, є відкритим³⁰⁹. Враховуючи те, що рамки нашого дослідження визначені межами розгляду проблем організації та реалізації установчої влади в Україні, ми не порушуємо питання щодо форм реалізації установчої влади через діяльність міжнародних організацій.

Аналізуючи існуючі в науці погляди на виділення форм реалізації установчої влади, звернемо увагу на таке. Вітчизняні науковці називають три основні форми реалізації установчої влади: 1) через участь громадян у президентських, парламентських та місцевих виборах; 2) через участь громадян у референдумах (шляхом затвердження на всеукраїнському референдумі законів про внесення змін до Конституції України, а також шляхом прийняття (затвердження) інших законів та рішень на всеукраїнському і місцевих референдумах; 3) через діяльність парламенту, глави держави, Верховної Ради АРК та місцевих рад, у реалізації ними закріплених Конституцією установчих повноважень³¹⁰. Серед основних форм реалізації установчої влади в дослідженнях українських правознавців останнім часом актуалізувалася така форма участі народу в конституційному процесі, як участь у діяльності Установчих зборів³¹¹.

М.В. Савчин, досліджуючи феномен установчої влади, доходить висновку, що моделі прийняття або ревізії конституції, які склалися емпірично, є способами реалізації установчої влади³¹², та називає їх:

1. *Плебісцитарна модель з елементами авторитаризму* (базується на французькій моделі прийняття конституції, що полягає в частому прояві дисконтинуїтету). За цією моделлю в результаті референдумів були прийняті Конституція Франції 1958 р. та Конституція Російської Федерації 1993 р.

2. *Парламентська модель з елементами плебісцитарної легітиматії* (базується на нідерландській моделі прийняття конституції, що здійснюється парламентом двома етапами. На першому етапі Генеральні штати обома палатами приймають рішення про необхідність прийняття поправок до Конституції в запропонованій їм редакції. Після схвалення цього рішення обидві палати парламенту підлягають

³⁰⁹ Гиниятуллина Л.Н. Учредительный юридический процесс в представительном органе муниципального образования : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Лилия Накиповна Гиниятуллина. – Казань, 2006. – 204 с. – С. 24.

³¹⁰ Ющик О. Конституційні проблеми установчої влади в Україні / О. Ющик // Юридичний вісник України. – 2007. – № 42. – 20–26 жовтня. – С. 5.

³¹¹ Ющик О. Конституційно-правові проблеми установчої влади в Україні [Електронний ресурс] / О. Ющик. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/1778/>.

³¹² Савчин М.В. Конституціоналізм і природа конституції : монографія / М.В. Савчин. – Ужгород : Ліра, 2009. – 372 с. – С. 311–315.

розпуску. Конституція схвалюється остаточно двома палатами ново-сформованих Генеральних штатів). За цією моделлю відбувся перегляд Конституції Королівства Нідерландів у 1983 р.

3. *Модель конституційної асамблеї* (базується на практиці прийняття чи ревізії конституції конституційною асамблеєю або установчими зборами). Така ідея була реалізована на основі положень теорії Е.Ж. Сьейєса шляхом ухвалення Конституції Франції 1791 р. Установчими зборами.

4. *Модель консоціативної демократичної легітимації* (базується на досвіді прийняття Конституції Іспанії 1978 р., яка була результатом компромісу між різними соціальними, політичними, владними інститутами. Компроміс іспанської моделі полягав у поступовій еволюції конституційної моделі державного устрою від унітаризму та регіоналізму, що передбачав надання широких самоврядних прав автономіям, які були створені на договірній основі провінціями).

5. *Парламентська модель з елементами субсидіарної консоціативної легітимації*. Базується на німецькій моделі внесення змін до Основного закону, що є прерогативою парламенту – Бундестагу та органу участі земель у законодавстві та управлінні федерацією – Бундесрату, які ухвалюють відповідне рішення не менше ніж двома третинами голосів їх членів. При цьому Федеральний конституційний суд Німеччини не здійснює попереднього конституційного контролю за проектами законів про внесення змін до Основного закону, хоча існує можливість остаточного конституційного контролю за такими законами.

6. *Парламентська модель з елементами попереднього конституційного контролю*. В основу цієї моделі покладено процедури внесення змін до Конституцій Угорщини та Румунії.

7. *Парламентська модель перегляду конституції*. Базується на встановленій згідно з Конституцією Чеської Республіки процедурі прийняття конституційного закону парламентарями. При цьому на конституційний закон не накладається вето Президента і не здійснюється конституційний контроль з боку Конституційного суду Чеської Республіки.

Конституція Італії також віднесена до парламентської моделі перегляду. Так, законопроект про внесення змін до Конституції, прийнятий обома палатами парламенту, також ще може бути остаточно схвалений на референдумі. При цьому проект закону про внесення змін до Конституції Італії не є предметом перевірки Конституційного суду.

Якщо погодитися з М.В. Савчиним щодо виділення таких способів конституційної нормотворчості, то їх усе-таки не можна вважати формами реалізації установчої влади. Бо, як ми вже зазначали, установча влада виявляється не лише через конституційну нормотворчість. Згідно з вищенаведеною класифікацією, розуміння установчої влади зводиться лише до процесу прийняття та зміни конституції. Певно, запропонована М.В. Савчиним позиція щодо виділення семи способів реалізації установчої влади була точнішою, якби автор зауважив, що це способи реалізації однієї з форм установчої влади – конституційного процесу.

Різні міркування з приводу способів реалізації установчої влади висловлюють і представники російської наукової думки. Так, І.А. Кравець вважає, що повноваження установчої влади можуть здійснюватися Конституційними Зборами або на референдумі³¹³. В.В. Бріксов вважає, що установча влада реалізується безпосередньо через загальноросійський референдум або через представницькі форми (Конституційні Збори, Федеральні Збори та законодавчі (представницькі) органи державної влади суб'єктів Російської Федерації³¹⁴.

З точки зору інших російських державознавців, варто виділяти три форми здійснення установчої влади. Так, М.В. Єленін до форм здійснення установчої влади відносить: 1) створення або скликання спеціальних представницьких органів, що визначаються загальним поняттям “установчі збори”; 2) процедуру конституційної нормотворчості; 3) конституційно-правові основи діяльності установчої влади³¹⁵. При цьому він звертає увагу на те, що правові норми, встановлені установчою владою як нормативна основа діяльності законодавчої влади, саму установчу владу не обмежують.

Таким чином, попри відсутність єдиного підходу до класифікації різноманітних форм реалізації установчої влади, потрібно наголосити на тому, що в основу виділення будь-якої форми реалізації цієї влади покладений такий критерій, як наявність управлінського впливу на об'єкт, а також можливість прийняття акта, який буде мати правовий вплив на учасників конституційно-правових відносин у сфері реалізації установчої влади.

³¹³ Кравец И.А. Формирование российского конституционализма. Проблемы теории и практики / И.А. Кравец. – М., 2001. – С. 75.

³¹⁴ Бриксов В.В. Федеральные конституционные законы как объект судебного контроля / В.В. Бриксов // Акад. юрид. журнал. – 2001. – № 3 (5). – С. 15.

³¹⁵ Еленин Н.В. Учредительное собрание: политико-правовая природа : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Н.В. Еленин ; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – М., 1998. – 189 с. – С. 41–42.

Враховуючи таку специфіку форм реалізації установчої влади, треба чітко уявити її межі. Бо установча влада може бути реалізована через окремі форми влади народу (безпосередньо або через представницьку демократію), але не всі вони є формами реалізації установчої влади. На думку С.А. Авак'яна, влада народу здійснюється в трьох основних формах: 1) державна влада; 2) суспільна влада; 3) змішана суспільно-державна форма у вигляді місцевого самоврядування.

Реалізація влади народом, за цією класифікацією, передбачає таке:

1. Державна влада, зміст якої полягає в прийнятті актів (здійсненні дій), що мають державно-обов'язкову силу, забезпечується авторитетом, організаційними заходами, а в разі необхідності – примусом з боку держави. Найвищим втіленням безпосереднього (прямого) здійснення державної влади народом в Україні є референдуми та вибори, а органи державної влади здійснюють владу народу через органи законодавчої, виконавчої та судової влади.

2. Влада народу у формі суспільної влади (як об'єднання окремих груп громадян у політичні партії, інші суспільні організації, релігійні общини, сім'ї, трудові колективи) реалізується через проведення спільних акцій (мітинги, збори, демонстрації тощо).

3. Влада народу через місцеве самоврядування (форму народовладдя, що забезпечує населенню можливість самостійно й під свою відповідальність вирішувати питання місцевого значення, тобто управляти своїм життям та справами на відповідній території) реалізується на зібраннях громадян за місцем їх проживання або на місцевих референдумах, а також через діяльність представницьких органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб.

Із цією позицією С.А. Авак'яна в частині визначення місцевого самоврядування як форми народовладдя деякі українські науковці не погоджуються. Так, А.Р. Крусян зазначає, що місцеве самоврядування має особливого суб'єкта (територіальну громаду), а отже, не є формою народовладдя³¹⁶. На думку М.В. Цвіка, влада народу при її здійсненні органами місцевого самоврядування має складний характер. Всенародна влада виступає тут як сумарна влада, котра складається із суми влад, здійснюваних територіальними громадами³¹⁷.

Аналізуючі запропоновані С.А. Авак'яном форми реалізації влади народу, варто наголосити на тому, що лише дві з них можуть

³¹⁶ Крусян А. Местное управление и самоуправление: к постановке вопроса о содержании и понятии / А. Крусян // Юридический вестник. – 1998. – № 1. – С. 86–87.

³¹⁷ Конституція України : науково-практичний коментар / [ред. кол. В.Я. Тацій, Ю.П. Битяк, Ю.М. Грошевой та ін.]. – Х. : Право ; К. : Ін Юре, 2003. – С. 30.

виступати також і як форми реалізації установчої влади. Мається на увазі реалізація установчої влади через здійснення державної влади та через здійснення місцевого самоврядування. Бо лише ці форми передбачають можливість прийняття актів (дій), що мають державно-обов'язкову силу.

Виходячи з того, що комплексна система органічно взаємопов'язаних правових форм діяльності уповноважених суб'єктів держави та посадових осіб є юридичним процесом³¹⁸, говорячи про реалізацію установчої влади через здійснення державної влади та через здійснення місцевого самоврядування, не можна оминати увагою питання установчої процесуальної діяльності цих суб'єктів. Без наділення органів державної влади та місцевого самоврядування установчими повноваженнями неможлива реалізація установчої влади, а здійснення установчих повноважень неможливе без проведення установчої юридичної процесуальної діяльності (без установчого процесу, який має здійснювати орган державної влади або місцевого самоврядування).

У зв'язку з тим, що в науці конституційного права поки що не існує єдиного підходу до класифікації конституційного процесу, назва "установчий процес" як окремий вид юридичного конституційного процесу не завжди використовується дослідниками, хоча зміст цього процесу розкривається в різних видах конституційного процесу під іншими назвами. Дослідники, як правило, розмежовують та визначають дії суб'єктів, спрямовані на здійснення установчих повноважень різними видами конституційного процесу. Це, на наш погляд, зумовлено трьома чинниками. Перший – відсутність єдиного розуміння поняття "установча влада", що спричиняє різночитання поняття "установчі повноваження". Другий – застосування різних критеріїв, покладених в основу здійснення класифікації конституційного процесу. Третій – різне змістове навантаження (багатоаспектність) самої категорії "конституційний процес" при проведенні класифікації останнього.

Серед науковців, які з-поміж видів конституційного процесу виокремлюють установчий процес, слід назвати В.М. Горшенєва³¹⁹;

³¹⁸ Теория юридического процесса : монография / [В.М. Горшенев, В.Г. Крупин, Ю.И. Мельников и др. ; под общ. ред В.М. Горшенева]. – Х. : Вища школа, 1985. – 192 с. – С. 8.

³¹⁹ Горшенев В.М. О разновидностях юридического процесса / В.М. Горшенев // Актуальные проблемы юридического процесса в общенародном государстве : межвузовский тематический сборник / [под ред. проф. В.М. Горшенева]. – Ярославль : Ярослав. гос. ун-т, 1979. – Вып. 1. – С. 4–5.

С.Д. Гусарева, А.Ю. Олійника, О.Л. Слюсаренка³²⁰; О.О. Майданника³²¹; Ю.С. Педька³²²; Х.В. Приходько³²³; О.Ф. Скакун³²⁴.

Класифікуючи юридичний процес за основними видами здійснення функцій (формами діяльності) держави, О.Ф. Скакун виділяє серед інших видів юридичного процесу й установчий процес. За її визначенням, установчий процес – це урегульована правовими нормами система взаємопов'язаних процедур (стадій), здійснюваних уповноваженими органами держави, організаціями і посадовими особами щодо формування, перетворення або скасування органів державної влади, їх структурних підрозділів, посадових осіб³²⁵.

У монографії Х.В. Приходько “Теорія конституційного процесу: доктринальні та прикладні аспекти” (2010 р.) серед видів конституційного процесу автор за функціональною ознакою виділяє установчий процес, підвидами якого визначає виборчий, референдумний, державотворчий та нормотворчий процеси³²⁶.

Виходячи із цього, можна зазначити, що реалізація установчої влади через здійснення установчих повноважень органами державної влади та органами місцевого самоврядування відбувається в різних видах установчого процесу.

Підсумовуючи запропоновані позиції щодо різних форм реалізації установчої влади, очевидно, доцільно було б запропонувати їх поділ на такі основні групи:

1. За суб'єктом установчої влади – на прямі форми реалізації установчої влади та представницькі (похідні) форми реалізації установчої влади. Перша група об'єднує форми, що забезпечують реалізацію прямої установчої влади. Такими формами є конституційний

³²⁰ Гусарев С.Д. Теорія права і держави : навч. посіб. / С.Д. Гусарев, А.Ю. Олійник, О.Л. Слюсаренко. – К. : Правова єдність, 2008. – С. 225.

³²¹ Майданник О.О. Теоретичні проблеми контрольної функції парламенту України : автореф. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.02 / О.О. Майданник. – К., 2008. – С. 18–19.

³²² Педько Ю.С. Конституционный процесс / Ю.С. Педько // Курс конституционного права Украины : учебник / [под ред. М.А. Баймуратова и А.В. Батанова]. – Харьков : Одиссей, 2008. – Т. 1. Общая часть: Основы теории конституционного права. – С. 519.

³²³ Приходько Х.В. Теорія конституційного процесу: доктринальні та прикладні аспекти : монографія / Х.В. Приходько ; [відп. ред. М.О. Баймуратов]. – Тернопіль : Джура, 2010. – 292 с. – С. 145.

³²⁴ Скакун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) : учебник / О.Ф. Скакун. – Харьков : Эспада, 2005. – С. 486, 801.

³²⁵ Там само.

³²⁶ Приходько Х.В. Теорія конституційного процесу: доктринальні та прикладні аспекти : монографія / Х.В. Приходько ; [відп. ред. М.О. Баймуратов]. – Тернопіль : Джура, 2010. – 292 с. – С. 145.

процес, вибори, референдуми. До другої групи належать форми, що забезпечують реалізацію представницької (похідної) установчої влади. Такими формами є здійснення установчих повноважень органами державної влади та органами місцевого самоврядування.

2. За правовою врегульованістю – на конституційні, законодавчі та фактичні. Конституційні форми реалізації установчої влади базуються на правовій основі (вибори, референдуми, конституційний процес). Законодавчі форми також базуються на правовій основі (загальні збори громадян за місцем проживання, місцеві ініціативи, громадські слухання, відкликання депутата місцевої ради). Фактичні форми здійснюються на позаправовій основі (революції, акти громадянської непокори, громадянські війни, національно-визвольні рухи).

*** **

Формуючи поняття установчої влади ми розуміли її у функціональному аспекті, тобто як відносини панування-підкорення, в яких владарюючі суб'єкти запроваджують, установлюють, утверджують і узаконюють певні суспільні інститути, основні правила (норми) функціонування і взаємодії цих інститутів, відрізняючи від такого її розуміння, коли термін “установча влада” використовується у значенні суб'єкта, що здійснює даний вид публічної влади (“народ”, “нація” тощо). Як функціональна цілісність, установча влада походить від народу.

Суб'єктами здійснення установчої влади на правовій основі в Україні є народ, органи державної влади, органи місцевого самоврядування. В інших країнах перелік суб'єктів може бути відмінним від наведеного, однак за умови здійснення установчої влади на правовій основі цей перелік визначається в Основному Законі країни.

За умов реалізації установчої влади не на правовій основі суб'єктами її здійснення можуть виявитися як існуючі органи чи структури державної влади (наприклад, армія), чи окремі посадові особи держави, так і тимчасовий уряд, революційний комітет, окремі політичні партії, громадські рухи, озброєні групи повстанців і навіть інші держави.

Слід переглянути традиційне сприйняття установчої влади як влади, що належить виключно народові і полягає у прийнятті або зміні конституції. Таке уявлення про установчу владу тільки частково розкриває її реальний зміст. Адже запровадження, установлення, узаконення чи утвердження певного суспільного стану або порядку речей, правового порядку в суспільстві здійснюється не завжди через легітимне змінення чинної конституції народом. Така зміна може відбуватися не лише народом і в легітимний спосіб; її суб'єктами мо-

жуть бути органи державної влади, тимчасовий уряд, революційний комітет, товариства тощо. І актом установчої влади, яким запроваджується, установлюється, узаконюється чи утверджується новий порядок речей у суспільстві, не завжди є конституція або закон про внесення змін до неї. Такими актами можуть бути універсали, статuti, декларації, маніфести тощо. Нарешті, з установленням та утворенням основних конституційно-правових інститутів не припиняється функціонування установчої влади в процесі здійснення управлінської діяльності в суспільстві, доки не завершиться процес їх легітимації.

Установча влада з точки зору її змісту є владою, яка установлює та утверджує фактичну конституцію, тобто систему здійснення та організації влади, що задовольняє потребам провідних політичних сил у суспільстві. Установча влада з точки зору її форми полягає в узаконенні, тобто наданні загальнообов'язкової сили встановленим конституційним інститутам як за допомогою правових механізмів перетворення фактичної конституції на юридичну, так і за допомогою позаправових механізмів (на початковій стадії її реалізації) з поступовим наданням цим перетворенням правової форми, що відбувається через процес легітимації, надаючи встановленим перетворенням завершеної правової форми.

Установча влада – це 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 норми їх функціонування (установлює фактичну конституцію), а також забезпечує їх легітимацію, узаконюючи суспільний порядок, у якому він заінтересований, шляхом ухвалення або зміни юридичних актів (юридичної конституції), що становлять організаційні та конституційно-правові передумови функціонування публічної влади.

Реалізація установчої влади має свої особливості за різних обставин, з яких визначаються різні види установчої влади. Представлені сучасною наукою теоретичні уявлення щодо поділу установчої влади на види сходяться у тому, що установча влада може бути як первинною, так і похідною від неї, утвореною та організаційно підпорядкованою первинній установчій владі. З цього випливає те, що існує установча влада суверенна та установча влада, обмежена в суверенитеті іншою установчою владою. У такій класифікації установчої влади на первинну і похідну “розмивається” межа між установчою владою та установленими владами (законодавчою, виконавчою, судовою), що так само є похідними від первинної установчої влади.

Установча влада є первинною тому, що вона створює основні передумови функціонування публічної влади, запроваджує певні публічно-владні інститути і встановлює загальний порядок їх функціонування, таким чином передують цьому функціонуванню. *Установлена влада* – це влада функціонуюча, запроваджена й організована установчою владою, така, що є вторинною, визначена установчою владою і проявляється, зокрема, через законодавчу, виконавчу і судову владу, а також через систему інших публічних інститутів (контрольну, муніципальну владу тощо). Законодавча та інші установлені влади є заснованими, тому вони мають похідний, вторинний характер від установчої влади.

Здійснюючи класифікацію установчої влади, потрібно зрозуміти її зміст і отримати чітке уявлення про співвідношення установчої та установлених влад. Установча влада створює основу і є визначальним моментом для реалізації публічної влади в цілому.

На нашу думку, *визначальним критерієм для поділу установчої влади на її окремі види ми вважаємо спосіб здійснення установчої влади*. За цим критерієм установчу владу можна поділити на *три види*, які ми умовно пропонуємо називати: *1) революційна установча влада, 2) реформаційна установча влада, 3) функціональна установча влада*. Кожний з цих видів реалізації установчої влади відрізняється від інших за специфікою суб'єкта, способами і формами, в яких здійснюється влада, а також за формою і характером актів цієї влади.

Революційна установча влада здійснюється не на правовій, а на силовій основі. Її суб'єктом виступають опозиційно налаштовані політичні сили, народні маси, громадські рухи, озброєні повстанці, органи чи структури державної влади (армія, уряд), а інколи навіть інші держави. Засоби здійснення цього виду установчої влади – це збройні конфлікти, революції, перевороти. Легітимація такої влади, як правило, триває значний час. Революційна установча влада є дійсно первинною установчою владою, тому її можна вважати визначальним видом установчої влади.

Реформаційна установча влада може здійснюватися як на неправовій, так і на правовій основі. Здійснення цього різновиду установчої влади також може супроводжуватися державним переворотом, мирними революціями (так звані “помаранчеві”, “оксамитові” й інші революції), або на основі договору між чинними суб'єктами влади, або в ході реформ чи контрреформ. Суб'єктом реформаційної установчої влади, як правило, виступають органи чи структури державної влади.

Функціональна установча влада завжди здійснюється на правовій основі, її суб'єктом виступають установлені влади (глава держави,

парламент, уряд, інші органи влади), які завжди діють у рамках, визначених установчою владою. Зміст функціональної установчої влади визначає компетенція та встановлені повноваження її суб'єктів. Проявляється функціональна установча влада в реалізації установленими владами своїх установчих повноважень (внесення змін до конституції, формування органів влади, призначення посадових осіб, припинення повноважень органів влади або посадових осіб тощо). Власне, тут можна говорити про делегований характер установчої влади від суверена тим суб'єктам публічної влади, які визначені юридичною конституцією держави.

Слід зазначити, що участь народу в мирних зборах, мітингах, походах і демонстраціях не є власне реалізацією установчої влади, але через ці форми можуть бути закладені основи подальших змін в існуванні або функціонуванні публічно-владних інститутів; вони виступають засобом передачі інформації від народу (як учасника конституційно-правових відносин, акти якого мають інформаційний характер) політично-домінуючому суб'єктові (акти правотворчості якого мають імперативний характер). У цьому сенсі вказані форми мають певне відношення до здійснення народовладдя в частині створення *передумов* реалізації народом установчої влади, хоча за своїм змістом вони переплітаються зі здійсненням контролю над чинною владою.

Ведучи мову про форми здійснення установчої влади, варто уникати їх повного ототожнення з формами здійснення безпосередньої демократії, потрібно враховувати їх особливу специфіку. Оскільки не всі форми безпосередньої демократії є способами впливу на поведінку людей через запровадження, установлення, узаконення чи утвердження певного суспільного стану речей, правового порядку в суспільстві (а це є головною ознакою здійснення саме установчої влади, а не іншої влади). Враховуючи те, що згадуваний вплив на поведінку можливий лише шляхом прийняття акта, обов'язкового до виконання всіма учасниками відносин у сфері реалізації установчої влади, – пряма установча влада може здійснюється лише через ті форми безпосередньої демократії, які своїм наслідком мають прийняття імперативного акта.

Підсумовуючи запропоновані позиції щодо різних форм реалізації установчої влади, очевидно, доцільно було б запропонувати їх поділ на такі основні групи:

1. За суб'єктом установчої влади – на прямі форми реалізації установчої влади та представницькі (похідні) форми реалізації установчої влади. Перша група об'єднує форми, що забезпечують реалізацію прямої установчої влади. Такими формами є конституційний

процес, вибори, референдуми, революції, акти громадянської непокорі, громадянські війни, національно-визвольні рухи, інші форми безпосередньої демократії. До другої групи належать форми, що забезпечують реалізацію представницької (похідної) установчої влади. Такими формами є здійснення установчих повноважень органами державної влади та органами місцевого самоврядування.

2. За правовою урегульованістю – на визначені конституцією (конституційні), визначені законом (законодавчі) і фактичні. При цьому слід зазначити, що за умов реалізації конституційних і законодавчих форм установча влада здійснюється на правовій основі. А за умов реалізації фактичних – на позаправовій основі. Так, зокрема, конституційними формами реалізації установчої влади є вибори, референдуми, конституційний процес. Ці форми проголошені конституцією держави, нормами якої визначаються основні засади їх організації і проведення. Законодавчими формами реалізації установчої влади є загальні збори громадян за місцем проживання, місцеві ініціативи, громадські слухання, відкликання депутата тощо. Ці форми, як правило, лише проголошуються в конституції, а механізм їх реалізації визначається законодавчими актами. Фактичними формами реалізації установчої влади можна визначити революції, акти громадянської непокорі, громадянські війни, національно-визвольні рухи. Такі форми не мають нормативно-правового регулювання, а їх організація і проведення забороняється.

РОЗДІЛ 3

КОНСТИТУЦІЙНІ ОСНОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА ОРГАНІЗАЦІЇ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

3.1. Конституювання установчої влади в Україні

3.1.1. Становлення української державності в контексті розвитку світового конституціоналізму

До здобуття Україною незалежності процес конституційного закріплення установчої влади відбувався як складова розвитку світового конституціоналізму одночасно з процесом становлення української державності³²⁷.

Досліджуючи питання конституційних традицій та конституціоналізму в Україні, М.В. Савчин зазначає, що український конституціоналізм має свої оригінальні витоки; він зароджувався паралельно з відповідними процесами в країнах Західної Європи та Північної Америки, а в деяких елементах випереджав їх (інститути демократії й самоврядування, гарантії прав і свобод індивіда не лише в ліберальному трактуванні, а й у соціальному). Український конституціоналізм у власному розумінні, за словами автора, виникає зі становленням Гетьманщини. Конституційна традиція України належить, на його думку, до європейської традиції права, оскільки для неї характерні такі основні структурні елементи: а) гідність людини, свобода й солідаризм як конституційні цінності; б) деконцентрація влади як по горизонталі, так і по вертикалі; в) тяжіння до традицій народоправства та демократії, опір спробам авторитарного правління; г) додержання засад дорадчості при прийнятті владних рішень як необхідної умови їх легітимності.

М.В. Савчин умовно виокремлює в еволюції вітчизняного конституціоналізму три періоди: перший період пов'язаний із формуванням козацького звичаєвого права та оформленням конституційної традиції в Ге-

³²⁷ Див.: Максакова Р.М. Вплив світового конституціоналізму на конституювання установчої влади в Україні в процесі становлення її державності / Р.М. Максакова // Історико-правова реальність у глобальному і регіональному вимірах : матер. XXVII Міжнар. іст.-прав. конф., 20–23 вересня 2012 р., м. Євпаторія / ред. колегія: І.Б. Усенко (голова), О.О. Малишев (відп. секр.), О.А. Гавриленко, А.Ю. Іванова, І.А. Ісаєв, В.Є. Кириченко, Н.М. Крестовська, О.М. Редькіна, Є.В. Ромінський, О.Н. Ярмиш. – К. ; Сімферополь : ДОЛЯ, 2012. – Ч. 1. – 344 с. – С. 276–283.

тьманщині (XV ст. – 1775 р.); другий період – з відродженням вітчизняної інтелектуальної конституційної традиції з 1830-х рр., яка закінчується періодом національно-визвольних змагань 1917–1922 рр., 1938–1939 (Карпатська Україна), 1941/43 – 1953 рр. (український резистанс нацистському окупаційному режимові та режиму сталінщини); третій період – сучасний конституціоналізм, пов'язаний із лібералізацією й демократизацією Радянського Союзу (з 1988 р.), що дало змогу проголосити незалежність України та здійснити наступну модернізацію конституційного устрою³²⁸. На його думку, на характер конституційної системи та конституціоналізму України впливає те, що територія України протягом тривалого часу (більше ніж 350 років) входила до складу Росії, що зумовило своєрідність українського права та вплинуло на його еволюцію³²⁹.

В основі конституційної традиції України М.В. Савчин виділяє такі чотири джерела, як: 1) уявлення про природу суспільного порядку виражаються в певних звичаях, які й впливають на характер позитивного права; 2) концепція забезпечення індивідуальної свободи, що становить основу положень Руської Правди, Литовських статутів і Прав, за якими судиться малоросійський народ; 3) погляди на природу публічної влади, які лягли в основу козацького звичаєвого права та Пактів вільностей і конституцій Війська Запорозького, ідей самоврядування, які пізніше були трансформовані у вигляді рецепції магдебурзького права (ці погляди відображали відому інтелектуальну спадщину XVII ст. європейської традиції права через праці Г. Гроція, Дж. Локка, Л. Пуфендорфа та погляди вітчизняних мислителів); 4) вітчизняна інтелектуальна традиція, що має декілька хвиль свого піднесення, серед яких дослідник виділяє межу XVI–XVII ст. (вершиною чого є Конституція Пилипа Орлика та Права, за якими судиться малоросійський народ), інтелектуальна традиція, пов'язана з діяльністю декабристів у першій половині XIX ст. та Кирило-Мефодіївського товариства, інтелектуальна думка на межі XIX–XX ст. до національно-визвольних змагань періоду 1917–1922 рр.

Досліджуючи вихідні засади українського конституціоналізму, М.В. Савчин зробив висновок, що найбільш важливою проблемою для українського суспільства, яке здійснило декілька спроб організуватися в державу, є проблема легітимності³³⁰. Українські традиції легітимності, як зазначає автор, мають свою історію в народоправстві періоду Древньої Русі (Київської Русі), козацькому звичаєвому праві,

³²⁸ Савчин М.В. Конституціоналізм і природа конституції: монографія / М.В. Савчин. – Ужгород: Ліра, 2009. – 372 с. – С. 124.

³²⁹ Там само. – С. 74.

³³⁰ Там само. – С. 75–76.

традиційному прагненні народу до відстоювання своїх прав і вольностей. “Древня Русь за формою була імперією і на початкових етапах свого розвитку розвивалася подібно до Франкської імперії, однак надалі в Древній Русі не склалася традиція ленного права, в основі якого лежав договір про взаємні права і обов’язки між сюзереном та васалом, що імпліцитно обмежувало імперіум будь-якого феодала. Головними причинами занепаду системи правління у Древній Русі було запозичення київськими князями непрозорих методів правління, прикорманих Візантійській імперії (для якої також були характерні часті державні перевороти із кривавими розправами наступників над своїми попередниками по імператорському престолу), а також монголо-татарська навала, яка перервала формування традиції узгодження владних рішень у вигляді міжкнязівських з’їздів, які можна розглядати як своєрідну проформу зібрань князів, що існували у Священній римській імперії германської нації – сеймів, які трансформувалися у станово-представницький парламент – рейхстаг із трьома колегіями – радою курфюрстів, радою імперських князів, радою міст”³³¹.

По-іншому уявляє собі періодизацію становлення українського конституціоналізму І.Є. Словська, яка виділяє чотири етапи: 1) зародження українського конституціоналізму (початок XVIII ст. – середина XIX ст.); 2) практика конституційного будівництва й національна конституційна думка середини XIX ст. – початку XX ст.; 3) конституційне будівництво в Україні (1919–1991 рр.); 4) становлення українського конституціоналізму в умовах незалежної України (1991–2003 рр.)³³².

На думку А.Р. Крусян, історія конституціоналізму починається в період буржуазних революцій кінця XVIII ст., бо саме в цей період з’являються перші конституції в сучасному їх розумінні, як основні закони держави й суспільства³³³. Саме в цей період ідеї та принципи конституціоналізму як теорії, ідеології і практики конституційного будівництва, пише автор, уперше втілилися в конституційному законодавстві Французької революції кінця XVIII ст., а до цього – в конституційних документах США (Декларація незалежності 1776 р., Конституція 1787 р., Білль про права 1791 р.).

Для дослідження феномену українського конституціоналізму мало, однак, виходити лише з тенденцій світового розвитку конституціоналізму, потрібно також існування “українського ґрунту”, на якому

³³¹ Савчин М.В. Конституціоналізм і природа конституції: монографія / М.В. Савчин. – Ужгород: Ліра, 2009. – 372 с. – С. 76.

³³² Словська І.Є. Український конституціоналізм: етапи становлення і розвитку: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 / І.Є. Словська. – К., 2004. – 213 с.

³³³ Крусян А.Р. Сучасний український конституціоналізм: монографія / А.Р. Крусян. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 560 с. – С. 34.

відбувалися виникнення й зростання вітчизняного конституціоналізму, української державності.

Аналізуючи основні тези збірники статей львівського історика Я. Грицака “Страсті за націоналізмом: стара історія на новий лад”, Л.Г. Лук’яненко зазначає таке: “Пан Грицак проголошення й будівництво незалежної України називає “українським проектом”. Беручи “український проект” у лапки, він, очевидячки, висловлює незгоду з таким виразом, проте в подальшому вживає його без лапок, що дає право вважати цей вираз за прийнятний авторові. Термін “проект” означає план, намір. Він передбачає існування автора, суб’єкта створення. Отже, “український проект” – це план, за яким хтось задумав створити незалежну Українську державу. Якби той “хтось” цього не задумав, то могло б і не бути незалежної Української держави. В такому трактуванні історія постає як чисто суб’єктивний процес. Чинник об’єктивності зникає... Гадаю, що тут і в подальшому тексті книжки Грицак недооцінює етнічний чинник. Не хочу його обоожнювати й універсалізувати, все-таки європейська історія підтверджує, що впродовж періодів релігійних війн та династичних і конституційних монархій і аж до демократій ХХ ст. – упродовж двох тисяч років – бачимо етнічну еволюцію від племен до союзів племен і від союзів племен до націй. Війни й династичні монархії – це зовнішні явища. Еволюція: сім’я – рід – плем’я – нація – це внутрішнє явище. Обидва явища не вільні одне від одного і все-таки етнічний чинник – це основне, це суть, а війни, державні устрої та форми правління – це похідне.

У цьому похідному є принаймні два різні варіанти: етнос опинився під владою чужої держави й етнос створив свою державу. В першому випадку держава впливає на розвиток етносу як чужа сила, тобто в тій чи іншій мірі шкодить розгортанню його іманентних задатків. У другому випадку етнос створив державу з таким режимом правління, який відповідає етнічному світобаченню, психології народу, політичним традиціям та своєму розумінню національної мети. Суть нації виявляється в її державі як формі, коли форму розуміти як внутрішню структуру змісту (Аристотель)”³³⁴.

З цих роздумів випливає, що момент створення держави перетворює певний етнос на націю. А залежно від того, за яким правилом це відбувається (створення нової держави під тиском влади іншої держави або як самостійне волевиявлення певного етносу), виявляються сутнісні характеристики нації. Проголошення державної неза-

³³⁴ Лук’яненко Л. Українська державність: політичний проект чи воля народу? [Електронний ресурс] / Л. Лук’яненко. – Режим доступу: <http://www.day.kiev.ua/223051>.

лежності є першим етапом конституювання установчої влади в будь-якій країні. Так, після Першої світової війни прийшли до незалежності Фінляндія, Польща та колонії Австро-Угорської імперії, а після Другої світової війни – десятки колоній Британської, Французької, Іспанської, Португальської імперій. Правило створення нової держави, стверджує Л.Г. Лук'яненко, логічно приводить до переконання в об'єктивній неминучості другої фази дезінтеграції Московської імперії (РФ), виходу з-під влади Москви та створення незалежних держав колишніми так званими автономними республіками, національними краями й округами³³⁵.

На нашу думку, автор певною мірою перебільшує роль етнічного фактора у виникненні національних держав, зокрема, української, та не враховує ролі економічного. У зв'язку із цим треба звернути увагу на те, що в сучасній суспільній науці нація визначається як “спільність людей *незалежно від їхнього етнічного походження*, об'єднаних політичними інтересами, усвідомленням своєї спільності на певній території (землі) з певною державною організацією (суверенітетом), єдиним громадянством, юридичними правами та обов'язками, культурою і традиціями. Визначальними чинниками нації є територія, держава (або прагнення і воля до неї), національна свідомість (усвідомлення ідентичності, соціальної, культурної окремішності, поліетнічної, як правило, спільноти). Важливі ознаки нації: особливий менталітет і характер, історична пам'ять і міфологія, духовні та політичні традиції, мова, економіко-господарські, побутові відмінності³³⁶.”

Французька академія 1694 р. визначила націю як сукупність жителів однієї і тієї самої держави, країни, що живуть за єдиними законами та користуються однією і тією самою мовою. Пізніше, – вказує І.О. Кресіна, – поняття “нація” набуло політичного значення. Французькі просвітителі сформулювали територіально-політичну концепцію нації як групи людей, що живуть на одній території і підкоряються єдиним законам і правителям (урядам). Таке тлумачення нації пов'язане з історичними особливостями західноєвропейських країн (Англії, Франції, Іспанії), де кордони держав не збігалися з межами етнічними та мовними, проте політична єдність у межах держави сприяла етнічному і культурному зближенню та формуванню сучасних націй. У 1861 р. англійський учений Дж.С. Мілль визначив націю як самоврядування і громадянство. На противагу цій концепції на почат-

³³⁵ Лук'яненко Л. Українська державність: політичний проект чи воля народу? [Електронний ресурс] / Л. Лук'яненко. – Режим доступу: <http://www.day.kiev.ua/223051>.

³³⁶ Кресіна І.О. Нація / І.О. Кресіна // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (гол. редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енциклопедія, 1998. – Т. 4: Н–П. – 2002. – С. 105.

ку XIX ст. у Німеччині була сформульована (Й.Г. Гердер, Ф.Е.Д. Шлейєрмахер) етнічна концепція нації, що ґрунтувалася на визнанні пріоритету етнокультурних чинників у формуванні нації щодо політичних. Її засновниками вважають німецьких філософів Й.Г. Гердера та Ф.Е.Д. Шлейєрмахера. Зокрема, Й.Г. Гердер вважав що нації є природними спільнотами, а людину визначає її належність до особливої групи, культури, нації, виключно в лоні яких вона може розквітнути. Він був переконаний у тому, що вся діяльність людини є передусім актом самовираження, що втілює в собі загальне бачення життя. Філософ обстоював позицію, що не існує “вищого” народу – жодного *Favoritvolk* (вибраного народу), який має історичне право нав’язувати свій шлях розвитку “нижчим” народам, а кожна культура є незрівнянною й існує згідно зі своїми власними законами³³⁷. У праці “Ідеї до філософії історії людства” Й.Г. Гердер запропонував диференціацію націй (народів) на “історичні” та “неісторичні”³³⁸.

Згодом етнічна концепція нації була використана в марксистських тлумаченнях нації. Зокрема, слідом за К.Й. Каутським Й.В. Сталін у 1913 р. визначав націю як стійку спільність людей, що історично склалася, виникла на базі спільності мови, території, економічного життя і психічного складу, який виявляється у спільності культури. Ф. Майнеке у 1907 р. у праці “Світова буржуазія і національна держава” назвав два типи нації – державну і культурну. Ця дихотомія, – пише І.О. Кресіна, – зберігається як визначальна у методології дослідження нації і в наш час. При цьому національно-державне тлумачення нації дістало назву “західної концепції”, культурно-національне – “середньоевропейської концепції”, або “східноевропейської” концепції³³⁹.

Сучасний німецький дослідник К.В. Хюбнер у дослідженні “Нація” 1991 р., крім згаданої дихотомії “політична” (“державна”) і “культурна” нації, виділяє і субнацію, під якою розуміють одну із націй багатонаціональної держави³⁴⁰. А останнім часом, під впливом інтеграційних процесів у Західній Європі німецький дослідник О. Мольден висуває ідею про появу націй нового типу – мультинаціональних націй, прикладом якої вважає мультинаціональну євро-

³³⁷ Біографія Гердер Йоганн Готфрід (1744–1803) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://vyz.com.ua/biografia/item/34-gerder-yogann-gotfrid>.

³³⁸ Етнополітичні концепції Й.Г. Гердера / О.В. Картунов // Вступ до етнополітології : наук.-навч. посіб. – К., 1999. – 300 с.

³³⁹ Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 4: Н–П. – 2002. – 720 с. – С. 105.

³⁴⁰ Сторожук С.В. Типологія націй в контексті західноевропейської ідеології XIX–XX ст. / С.В. Сторожук // Гуманітарні студії : зб. наук. пр. – 2010. – Вип. 8. – С. 180–187. – С. 183.

пейську націю, яка об'єднує низку націй, народів і громадян тих країн, які належать до Європейського Співтовариства³⁴¹. Таку ідею сучасний український філософ С.В. Сторожук вважає цікавою, але дискусійною, бо поза увагою фахівців залишаються сутнісні характеристики цих “нових” націй³⁴².

Повертаючись до марксистського розуміння нації, варто, однак, відзначити, що воно не обмежується поглядами К.Й. Каутського та Й.В. Сталіна. Зокрема, Ф. Енгельс у своїй праці “О разложении феодализма и возникновении национальных государств”, говорячи про виникнення націй, писав: із змішування народів, яке відбувалося у ранньому середньовіччі, поступово розвивалися нові національності, процес, при якому, як відомо, у більшості колишніх римських провінцій переможене населення, селяни і горожани, асимілювало переможця – германського володаря. Відтак, сучасні національності також є продуктом пригноблених класів. Щоправда, упродовж усього Середньовіччя межі поширення мови далеко не збігалися з межами держав; проте все ж кожна національність, за винятком хіба що Італії, була представлена в Європі особливою великою державою, і тенденція до створення національних держав, що виступала все ясніше й свідоміше, є одним із найважливіших важелів прогресу в середні віки³⁴³.

В іншій праці К. Маркс і Ф. Енгельс наголошують: відносини між різними націями залежать від того, наскільки кожна з них розвинула свої продуктивні сили, поділ праці та внутрішнє спілкування. Це положення є загальновизнаним. Однак не лише ставлення однієї нації до інших, а й уся внутрішня структура самої нації залежить від рівня розвитку її виробництва і її внутрішнього та зовнішнього спілкування. Рівень розвитку продуктивних сил нації виявляється найбільш наочно в тому, якою мірою розвинутий у ній поділ праці³⁴⁴.

В.І. Ленін у своїх тезах до реферату з національного питання наполягав, що воно повинно бути поставлене історично та економічно. Національне питання – явище *світове*. Капіталізм потребує згуртування внутрішнього ринку. Ринок є центр торгових відносин. Головним знаряддям людських торгових відносин є *мова*. Згуртування на-

³⁴¹ Мольден О. Європейська нація. Від Атлантики до України / О. Мольден. – Л., 2003. – 253 с.

³⁴² Сторожук С.В. Типологія націй в контексті західноєвропейської ідеології XIX–XX ст. / С.В. Сторожук // Гуманітарні студії : зб. наук. пр. – 2010. – Вип. 8. – С. 180–187. – С. 186.

³⁴³ Маркс К. Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. – [2-е изд.]. – М. : Гос. изд-во полит. лит-ы, 1961. – Т. 21. – 746 с. – С. 409–410.

³⁴⁴ Маркс К. Фейербах. Противоположность материалистического и идеалистического воззрений / К. Маркс, Ф. Энгельс. – М., 1966. – С. 24.

ціональних сфер (відтворення мови, національне пробудження тощо) і створення *національної держави* – її економічна необхідність. Національна держава – *світове правило*³⁴⁵.

Ці загальні положення конкретно втілені в критичному аналізі В.І. Леніним уявлень про розвиток російської державності, що видається дуже важливим для розуміння розвитку української державності.

Критикуючи тезу соціолога М.К. Михайловського про національні зв'язки як продовження й узагальнення зв'язків родових, В.І. Ленін зауважує, що її автор запозичує, мабуть, свої уявлення про історію суспільства з тієї дитячої баєчки, якої навчають гімназистів. Історія суспільності, стверджує ця доктрина прописів, полягає в тому, що спочатку була сім'я, цей осередок усякого суспільства, потім нібито сім'я розрослася в плем'я, а плем'я – у державу. Якщо М.К. Михайловський повторює це, то це засвідчує лише, крім усього іншого, що він не має жодного уявлення про хід хоча б навіть російської історії. Якщо можна було говорити про родовий побут у Древній Русі, то, безсумнівно, уже в Середньовіччя, в епоху московського царства, цих родових зв'язків уже не існувало, тобто держава засновувалася не на родових, а на місцевих союзах: поміщики й монастирі приймали до себе селян з різних місць, і общини, що склалися таким чином, були суто територіальними союзами. Однак про власне національні зв'язки навряд чи можна було говорити в той час: держава розпадалася на окремі “землі”, подекуди навіть князівства, що зберігали живі сліди колишньої автономії, особливості в управлінні, іноді своє особливе військо (місцеві бояри ходили на війну зі своїми полками), особливі митні кордони тощо.

Тільки новий період російської історії (приблизно з XVII ст.) характеризується фактичним злиттям усіх таких областей, земель і князівств в одне ціле. Злиття це було викликане не родовими зв'язками і, навіть, не їх продовженням та узагальненням: воно було зумовлено посиленням обміну між областями, зростанням товарного обігу, концентруванням невеликих місцевих ринків в один загально-російський ринок. Але оскільки керівниками й господарями цього процесу були капіталісти-купці, то створення національних зв'язків було не чим іншим, як створенням зв'язків буржуазних. М.К. Михайловський, на думку В.І. Леніна, лише побив самого себе і не дав нам нічого, крім зразків буржуазних банальностей, *банальностей* – тому що пояснював інститут спадкування дітонародженням і його психі-

³⁴⁵ Ленин В.И. Полное собрание сочинений / В.И. Ленин. – М. : Изд-во полит. лит-ры, 1973. – Т. 24. – 568 с. – С. 385.

кою, а національність – родовими зв'язками; *буржуазних* – тому що брав категорії та надбудови однієї історично визначеної суспільної формації (заснованої на обміні) за категорії настільки ж загальні та вічні, як виховання дітей і “безпосередньо” статеві зв'язки.

А критика М.К. Михайловським висновку марксизму, що історія являє собою ряд епізодів класової боротьби, на тій підставі, що “засноване Марксом міжнародне товариство робітників, організоване з метою класової боротьби, не завадило французьким і німецьким робітникам різати й розоряти один одного”, чим доводиться, нібито марксизм не звів рахунків “з демоном національного самолюбства і національної ненависті”, за словами В.І. Леніна, свідчить про брутальне нерозуміння того, що дуже реальні інтереси торгової та промислової буржуазії становлять головний фундамент цієї ненависті і що говорити про національне почуття як самостійний фактор означає тільки замазувати суть справи³⁴⁶.

Ці важливі ленінські зауваження не втратили своєї актуальності й для сьогодення, об'єктивний науковий аналіз сучасних проблем національно-державного будівництва ще й ще раз підтверджує глибину наведених висновків. З них потрібно виходити і при дослідженні процесу становлення української державності як у минулі століття, так і на сучасному етапі.

Разом з тим, поглиблене дослідження цієї проблеми не є предметом нашої роботи, тому ми обмежимося наведеними зауваженнями як методологічним орієнтиром для сприйняття висловлених вище міркувань М.В. Савчина, І.Є. Словської, Л.Г. Лук'яненка та інших авторів щодо становлення національної державності України.

Для нас тут важливо відзначити, що конституювання установчої влади в Україні в процесі становлення її державності із середніх віків аж до 20-х рр. минулого століття завжди *вирішальним чином* визначалося закономірностями економічного розвитку як на її територіях, так і характером економічних зв'язків цих територій між собою та з економічними суб'єктами інших держав.

Водночас кожна новоутворювана держава, як ми вже зазначали, має свої суб'єктивні й об'єктивні чинники її створення, залежно від яких відбувається процес конституювання публічної влади, реалізується установча влада. Тому ідеї світового конституціоналізму справляли свій вплив на вказані процеси.

Зокрема, загальновідомим є вплив на монархічні режими Російської імперії французької Декларації прав і свобод людини і громадя-

³⁴⁶ Ленін В.І. Полное собрание сочинений / В.І. Ленин. – М. : Изд-во полит. лит-ры, 1967. – Т. 1. – 663 с. – С. 153–155.

нина 1789 р., де вперше було визначено зміст конституції. Зокрема, в ст. 16 Декларації вказано: “Суспільство, в якому не забезпечено користування правами і не проведено поділ влади, не має конституції”, а закон характеризувався як “виявлення спільної волі”³⁴⁷.

Взірцем конституювання установчої влади на рівні закріплення Основним Законом вважається Конституція Франції, затверджена Установчими Зборами 3 вересня 1791 р. Як зазначає А.Р. Крусян, у ній втілилися фундаментальні витoki та принципи конституційного права Франції періоду Нового часу, що істотно вплинули на подальше становлення й розвиток конституційного ладу у Франції, на теорію та практику конституціоналізму³⁴⁸. Так, конституція закріплювала й гарантувала “природні і громадянські права” (розділ 1); суверенітет нації, який є “єдиним, неподільним, невідчужуваним і невід’ємним” (розділ 3); новий державний лад, заснований на принципі поділу влади, представницького правління й обмеження влади монарха.

Наступним важливим кроком у розвитку конституювання установчої влади в Європі стала Конституція Франції 1793 р. Її основні положення були відображенням поглядів якобинців М. Робесп’єра, Ж. Дантона, Л. Сен-Жюста, Ж.-П. Марата, Ж. Кутона, а також поглядів ідеологів Просвітництва, насамперед, вчення Ж.-Ж. Руссо про демократичну республіку та її егалітаристські ідеї політичної рівності й подолання надмірної майнової нерівності при збереженні приватної власності³⁴⁹. Конституція Франції 1793 р. структурно складалася з нової Декларації прав людини і громадянина та Конституційного акта. У Декларації повністю відхилявся встановлений Конституцією 1791 р. поділ громадян на “активних” і “пасивних”; п. 29 закріплював рівне право кожного громадянина брати участь у створенні закону та призначенні своїх представників і агентів; встановлювалося обмеження влади держави на користь громадянського суспільства й інтересів кожної людини; метою суспільства оголошувалося “загальне щастя”, а метою уряду – “забезпечення людині права користування її природними і невід’ємними правами”.

Ці ідеї стали певним орієнтиром у подальшому розвитку національної державності багатьох країн Європи, реформаційних та революційних процесів у Російській імперії, які так чи інакше впливали на розвиток української держави. Особливо яскраво вони виявилися в

³⁴⁷ Конституция и законодательные акты буржуазных государств XVII–XIX вв.: Англия, США, Франция, Италия, Германия: сб. док. / [сост. Н.Н. Блохин; под ред. П.Н. Галанзы]. – М.: Госюриздат, 1957. – 587 с. – С. 250–252.

³⁴⁸ Крусян А.Р. Сучасний український конституціоналізм: монографія / А.Р. Крусян. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 560 с. – С. 35.

³⁴⁹ Там само. – С. 36.

ході буржуазних реформ на початку 60-х рр. XIX ст. та революційних подій у Росії в 1905–1907 рр., особливо в Лютневій та Жовтневій революціях 1917 р.

3.1.2. Суб'єкти й акти установчої влади на території України у 1917–1920 рр.

Лютнева буржуазна революція в царській Росії в умовах продовження Першої світової війни призвела до сутнісних зрушень у суспільно-політичному житті країни, у тому числі в політичному житті на територіях сучасної України, які прийнято позначати терміном “українська революція” – суспільно-політичні процеси, у тому числі становлення української державності, що відбувалися в Україні в період 1917–1920 рр.

Як зазначає В.Ф. Солдатенко, породжена Лютневою революцією 1917 р. у Росії українська революція стала органічною складовою розпочатої нею демократизації життя, водночас виявила тенденції, які об'єктивно виокремили події в регіоні в самостійний напрям боротьби, надаючи їм специфічного характеру, притаманного національно-демократичній визвольній революції.

Цю революцію характеризують кілька якісних етапів, зміст яких визначався обставинами й завданнями тогочасного періоду, політико-правовими моделями державності, з допомогою яких реалізувалися потреби суспільного розвитку: доба Української Центральної Ради (березень 1917 р. – кінець квітня 1918 р.), доба Гетьманської держави 1918 р. (кінець квітня – грудень 1918 р.), доба Директорії УНР (грудень 1918 р. – листопад 1920 р.).

Українська революція не досягла своєї мети, але була кроком у напрямі формування суверенної української державності³⁵⁰.

Так, у квітні 1917 р. утворюється Українська Центральна Рада – представницький орган державної влади в Україні 1917–1918 рр., обраний у складі 118 осіб Українським національним конгресом, який відбувся 6–8 (19–21) квітня 1917 р. у Києві. Перші збори Центральної Ради відбулися 8 (21) квітня 1917 р. На них були обрані Президія й постійно діючий Виконавчий комітет у складі 20 осіб. Другі збори від 22–23 (5–6) квітня ухвалили акт “Накази”, за яким Центральна Рада проголошувала себе “представницьким органом всієї організованої української людності”, що має своїм завданням забезпечити автономний статус України у складі Федеративної Російської Республіки. Було затверджено також Положення про Загальні збори УЦР, які визна-

³⁵⁰ Солдатенко В.Ф. Українська революція: Юридична енциклопедія : в 6 т. / В.Ф. Солдатенко ; [редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 6: Т–Я. – 2004. – 768 с. – С. 197.

чали напрями й характер усієї діяльності Ради. Загальні збори могли бути черговими й екстреними. Чергові збори мали скликатися не менше ніж один раз на місяць; екстрені – в разі необхідності “при будь-якій кількості присутніх”. Актами Центральної Ради були універсали, постанови, декларації, ухвали тощо, а з листопада 1917 р. – також закони³⁵¹.

Із квітня по червень 1917 р., вказує В.Ф. Верстюк, виконавчим органом Центральної Ради була так звана Мала рада, яка швидко стала керівним осередком, оскільки формувала ініціативи до порядку денного сесій, готувала проекти найважливіших рішень (подекуди ухвалювала та проголошувала їх іменем Центральної Ради), відала фінансами, підтримувала зв’язки з місцевими органами влади. З червня 1917 р. розпочав роботу новий виконавчий орган – Генеральний секретаріат (Рада народних міністрів), який відав фінансовими, продовольчими, земельними, міжнаціональними та іншими справами³⁵².

На З’їзді народів Росії 8–15 вересня 1917 р. було ухвалено Постанову “Про федеративний устрій Російської Федерації”. З’їзд засудив надмірну централізацію законодавчої і виконавчої влади, русифікацію народів колишньої царської імперії; визнав право останніх на скликання краєвих Установчих зборів, що мали визначити своє ставлення до центральних органів федерації та головні принципи внутрішнього автономного ладу³⁵³.

Підґрунтя становлення нової української державності закладали чотири універсали. У I універсалі (від 10 червня 1917 р.) Центральна Рада проголошувала себе “вибраним органом” українського народу. Місцевими органами ставали губернські та повітові ради, волосні, сільські народні управи паралельно з комісарами Тимчасового уряду. Як уряд автономної України діє Генеральний Секретаріат, який формували генеральні секретарства на чолі з генеральними секретарями³⁵⁴. II універсал (від 3 липня 1917 р.) був за змістом своєрідним договором між Центральною Радою і Тимчасовим урядом. У ньому підкреслено мету нової держави: “Змагаючи до автономного устрою

³⁵¹ Мироненко О.М. Українська Центральна Рада: Юридична енциклопедія : в 6 т. / О.М. Мироненко ; [редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 6: Т–Я. – 2004. – 768 с. – С. 197.

³⁵² Верстюк В.Ф. Українська Центральна Рада : навч. посіб. / В.Ф. Верстюк. – К. : Заповіт, 1997. – 344 с. – С. 82–87, 98–99, 101.

³⁵³ Мироненко О.М. Світоч української державності: Політико-правовий аналіз діяльності Центральної ради / О.М. Мироненко ; НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 1995. – 328 с. – С. 162–163.

³⁵⁴ Українська Центральна рада: Документи і матеріали : у 2 т. / НАН України, Інститут історії України. – К. : Наукова думка, 1996. – (Пам’ятки історії України. Сер. V. Джерела новітньої історії). – Т. 1. – 587 с. – С. 101–105.

України, Центральна Рада в порозумінню з національними меншостями України підготовлятиме проекти законів про автономний устрій України для предложення їх на затвердження Установчим Збором”³⁵⁵.

При цьому спроба самочинної (без згоди Установчих Зборів) реалізації ідей автономії заперечувалася.

У червні 1917 р. відбулося кількісне розширення Центральної Ради майже до 400 осіб за рахунок Ради селянських депутатів та Ради військових депутатів. З червня збори Ради стали називати сесіями. Тоді ж було утворено уряд – Генеральний секретаріат. У цей самий час відбулися зміни в кадровому складі УЦР. Провідним стало представництво рад селянських (212 осіб), військових (132) та робітничих (100) депутатів, а також Генерального військового комітету (27). Територіальне представництво від губерній (52), великих міст (23), українських колоній (6) залишилося майже без змін. Головним політичним партіям (УСДРП, УПСР, УПСФ, УТП) надавалось однакова кількість місць у Центральній Раді – по 5. Головною зміною стало рішення про поповнення Ради делегатами від національних меншин, що мешкали в Україні. По-перше, це свідчило про досягнення порозуміння між українською демократією та неукраїнськими революційними демократичними колами; по-друге, воно давало змогу перетворити Центральну Раду з органу суто національного в центр політико-правового життя в Україні. Національним меншинам надавалася кількість місць у Центральній Раді за принципом пропорційного представництва.

У грудні 1917 р., зазначає О.М. Мироненко, закінчився мирний період діяльності Центральної Ради. Останні дві її сесії відбувалися вже в умовах громадянської війни. VIII сесія розпочалася 12 (25) грудня 1917 р. і тривала 6 днів. У центрі її уваги – питання відносин з Петроградом, миру з Четверним союзом, долі української армії і флоту, виборів до Українських установчих зборів, соціалізації землі, грошового обігу тощо.

Відповідно до пропозицій, висловлених на цій сесії, Мала рада ухвалила 17 (30) грудня 1917 р. Закон про апеляційні суди в УНР, 23 грудня (5 січня 1918 р.) – Закон про прокурорський догляд на Україні, а 2 (15) січня 1918 р. обрала 8 членів Генерального суду і 8 членів Київського апеляційного суду. Остання, IX сесія Центральної ради розпочала свою роботу 15 (28) січня 1918 р. Вона схвалила IV Універсал, сформувала Раду народних міністрів, а також прийняла

³⁵⁵ Українська Центральна рада: Документи і матеріали : у 2 т. / НАН України, Інститут історії України. – К. : Наукова думка, 1996. – (Пам’ятки історії України. Сер. V. Джерела новітньої історії). – Т. 1. – 587 с. – С. 164–168.

закони про землю і про 8-годинний робочий день. Із цього моменту Мала рада реконструювалася за принципом пропорційного представництва фракцій, що давало перевагу в її складі українським есерам. Завершилася сесія 25 січня 1918 р. у зв'язку з наступом більшовицьких військ. Керівники УЦР перебралися до Житомира (потім до Коростеня і Сарн). Невдовзі (29 квітня 1918 р.) з допомогою німецько-австрійського командування було здійснено державний переворот і до влади прийшов гетьман П.П. Скоропадський, який розпустив Українську Центральну Раду³⁵⁶.

Велика Жовтнева соціалістична революція 1917 р. у Росії дала новий поштовх розвитку української державності. Так, 20 листопада 1917 р. ухвалено III Універсал, у якому проголошено принципи відносин УНР з Росією. В Універсалі сказано: 1) “однині Україна стає Українською Народною Республікою. Не віддаляючись від Російської Республіки й зберігаючи єдність її”; 2) Центральна Рада і Генеральний Секретаріат охороняють права і революцію “не тільки нашої землі, але й усеї Росії”; 3) “остаточні форми державного ладу визначатимуться на Українських і Всеросійських Установчих Зборах”. III Універсал затверджує загальновизнані демократичні права людини і громадянина: свободу “слова, друку, віри, зібрань, союзів, страйків, недоторканності особи й мешкання”; проголошує конфіскацію поміщицького, церковного, монастирського землеволодіння і передачу землі народу без викупу; встановлює 8-годинний робочий день; вводить амністію за політичні виступи та скасовує смертну кару як міру покарання; визнає за національними меншинами права на “національно-персональні автономії”; проголошує негайний початок мирних переговорів та укладення справедливого миру³⁵⁷.

IV Універсал встановлює низку інших важливих положень щодо державного ладу України: 1) створюється Українська Народна Республіка, незалежна від Росії; 2) до скликання парламенту – Установчих зборів – влада тимчасово здійснюється Центральною Радою та її виконавчим органом – Радою Народних Міністрів; 3) запроваджується

³⁵⁶ Мироненко О.М. Українська Центральна Рада / О.М. Мироненко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 6: Т–Я. – 2004. – 768 с. – С. 197–198.

³⁵⁷ Українська Центральна рада: Документи і матеріали : у 2 т. / НАН України, Інститут історії України. – К. : Наук. думка, 1996. – (Пам'ятки історії України. Сер. V. Джерела новітньої історії) – Т. 1. – 587 с. – С. 398–401.

державно-народний контроль над банками; 4) націоналізуються “найважливіші галузі торгівлі”³⁵⁸.

Центральна Рада започаткувала формування власної правової системи України, прийнявши Закони “Про вибори до Установчих Зборів Української Народної Республіки” (від 16 листопада 1917 р.), “Про виключне право Центральної Ради видавати законодавчі акти УНР” (25 листопада 1917 р.), “Про утворення Генерального Суду” (2 грудня 1917 р.), “Про умови обсаджування і порядок обрання суддів Генерального та Апеляційного Судів” (23 грудня 1917 р.), “Про прокурорський нагляд на Україні” (23 грудня 1917 р.), “Про адміністративно-територіальний поділ України” (6 березня 1918 р.) та ін.^{359, 360}

В останній день існування Української Центральної Ради (29 квітня 1918 р.) була затверджена Конституція – основний закон Української Народної Республіки, у формі Статуту про державний устрій, права і вольності УНР, що складався з 83 статей і 8 розділів. Конституція УНР наголошувала, що вся влада в УНР “походить від народу” (ст. 22), а її верховним органом мали стати Всенародні збори, обрані рівним, прямим, таємним і пропорційним голосуванням на 3 роки з розрахунку 1 депутат від 100 тис. громадян. Особа депутата проголошувалася недоторканною. Результати виборів мав перевіряти Генеральний суд. Проте свої висновки він тільки передавав би до Всенародних зборів. Лише їм надавалося право визнання мандатів недійсними, скасування результатів виборів і визначення місця та часу проведення нових виборів.

Передбачався й достроковий розпуск Всенародних зборів за письмовою вимогою 3 млн виборців, дійсність підписів яких встановлювалася судами. Постанову про нові вибори приймали Збори; проведення їх у 3-місячний строк покладалося на виконавчу владу.

Всенародні збори обирали Голову та його товаришів у кількості, встановленій самими Зборами. Одним з них ставав заступник Голови. Сесії Всенародних зборів передбачалося проводити не рідше як двічі на рік, а перерва між ними не повинна була перевищувати 3 місяців. За вимогою 1/5 депутатів мали скликатися позачергові сесії в місячний термін.

Збори вважалися повноважними в разі присутності понад 1/2 депутатів, а питання вирішеними – за підтримки їх звичайною більшістю голосів від кількості присутніх. Внесення змін до конститу-

³⁵⁸ Українська Центральна рада: Документи і матеріали : у 2 т. / НАН України, Інститут історії України. – К. : Наук. думка, 1996. – (Пам’ятки історії України. Сер. V. Джерела новітньої історії) – Т. 1. – 587 с. – С. 102–105.

³⁵⁹ Там само. – С. 413–497.

³⁶⁰ Там само. – С. 63–64, 181–182.

ції вимагало кваліфікованої більшості у 3/5 голосів присутніх. Будь-яка зміна до конституції набувала чинності після ухвали її новим складом Всенародних зборів простою більшістю голосів. Відокремлення ж територій, проголошення війни та віддання під слідство і до суду міністрів мало вирішуватися 2/3 голосів присутніх.

Право законодавчої ініціативи і внесення законопроектів конституція надавала Президії Зборів при погодженні їх з Радою старшин Зборів, окремим фракціям, групам депутатів кількістю не менше ніж 30 осіб, Раді народних міністрів, органам самоврядування, що об'єднували 100 тис. і більше виборців, і таким же за кількістю груп громадян, підписи яких підтверджувалися судами. Проекти повинні були обговорюватися відповідною комісією, доводитися до відома уряду й розглядатися Зборами після доповіді комісії. Якщо законопроекти відхилялися, то вони могли бути внесені на наступну сесію. Прийняті закони й постанови мали друкуватися у вигляді витягів з протоколів засідань Зборів за підписом Голови або його товариша та одного із секретарів Зборів і набувати чинності після доведення їх до місцевих установ.

Найвищою виконавчою владою УНР конституція проголошувала Раду Народних Міністрів, що мала вести справи, які стосувалися всієї України, координувати та контролювати діяльність місцевих установ, не втручаючись при цьому в їхню компетенцію. Уряд отримував свої повноваження від Зборів і звітував лише перед ними. Формування Ради Народних Міністрів покладалося на Голову Зборів за погодженням з Радою старшин. Збори могли висловити недовіру Раді Народних Міністрів у цілому та окремим членам уряду. У такому випадку останні мали скласти свої повноваження, а через добу Збори вже могли приступити до їх заміщення. Членам уряду надавалося право брати участь у дебатах на сесіях з дорадчим голосом. Депутати, що входили до складу уряду, мандат зберігали, але позбавлялися права вирішального голосу на сесіях Зборів. Судова влада в рамках цивільного, карного й адміністративного законодавства повинна була здійснюватись іменем УНР виключно судовими установами, рішення яких не могли змінювати ні законодавча влада, ні адміністративні органи влади. Розгляд справ мав бути прилюдним і усним³⁶¹. Найвищий судовий орган УНР – Генеральний суд, який обирається Зборами на

³⁶¹ Мироненко О.М. Конституція УНР / О.М. Мироненко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 3: К–М. – 2001. – 792 с. – С. 304–305.

5 років, є найвищою касаційною інстанцією для всіх інших судів і не може бути одночасно судом першої та другої інстанцій³⁶².

Конституція УНР, як зазначає О.М. Мироненко, утверджувала принцип верховенства парламенту, тобто парламентську республіку. Разом з тим вона не розкривала питань власності, кордонів, мови, державної символіки тощо³⁶³.

В умовах громадянської війни, що розпочалася, Закони про тимчасовий державний устрій України (29 квітня 1918 р.) встановлювали свою специфіку здійснення установчої влади в державі, зокрема вони закріплювали “право управи” по всій Україні за П. Скоропадським (новим гетьманом України). Гетьманові належала вся повнота законодавчої і виконавчої влади, але лише до обрання Сейму і початку його діяльності. Гетьман був головнокомандуючим армії і флоту. Рада Міністрів, сформована гетьманом і йому підзвітна, координувала й організовувала діяльність центральних органів управління. При Раді, яку очолював Отаман-Міністр, створювалася Генеральна канцелярія. Остання “керувала справами Ради Міністрів”. Документ проголошував також громадянські та економічні права, підкреслював недоторканність приватної власності³⁶⁴.

Положенням про Малу Раду від 25 травня 1918 р. з міністрів Кабінету формується одноіменний орган, який розглядав організаційні питання і “ті законодавчі і адміністративні пропозиції окремих міністрів, що в силу їх нескладності не потребували взаємної згоди відомств у письмовій формі”.

8 липня 1918 р. засновується Державний Сенат, який перебрав функції “вищої в судових і адміністративних справах державної інституції”. Очолював Сенат Президент. Структуру Державного Сенату становили Генеральний адміністративний суд, Генеральний карний суд і Генеральний цивільний суд.

1 серпня 1918 р. приймається “Тимчасовий закон про верховне управління державою на випадок смерті, тяжкої хвороби і перебування поза межами ясновельможного пана гетьмана всієї України”. За цих обставин верховна влада переходила до трьох верховних прави-

³⁶² Конституції і конституційні акти України. Історія і сучасність / [відп. ред. Ю.С. Шемшученко ; упоряд. І.О. Кресіна]. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. – 400 с. – С. 49–61.

³⁶³ Мироненко О.М. Конституція УНР / О.М. Мироненко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / О.М. Мироненко. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 3: К–М. – 2001. – 792 с. – С. 305.

³⁶⁴ Конституції і конституційні акти України. Історія і сучасність / [відп. ред. Ю.С. Шемшученко ; упоряд. І.О. Кресіна]. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. – 400 с. – С. 67–68.

телів. Одного з них призначав гетьман, другого обирав Сенат, а третього – Рада Міністрів. Колегію очолював Голова, призначений гетьманом.

Гетьман П. Скоропадський відновив адміністративно-територіальний поділ на губернії, повіти, волості. Місцеві адміністрації очолили старости, які зосередили в руках всю повноту влади³⁶⁵.

Політика Центральної Ради отримала продовження за часів діяльності Директорії (з листопада 1918 р.). Остання відновила дію всіх законів УНР, ухвалила новий закон про передачу землі селянам без викупу. Влада в губерніях і повітах належала трудовим радам робітників, селян, інтелігенції. Центральні органи влади й управління мав утворити Трудовий Конгрес – своєрідний парламент трудового народу. 28 січня 1920 р. “Законом про форми влади на Україні” вся влада передавалася Директорії “до скликання слідуєчої сесії Трудового Конгресу”. Директорія могла приймати закони із подальшим їх затвердженням на найближчій сесії Конгресу. У міжсесійний період працювала Президія, функції якої чітко не окреслювалися. Новий “Тимчасовий закон про державний устрій і порядок законодавства УНР” від 14 лютого 1920 р. передбачав скликання не пізніше ніж 1 травня 1920 р. передпарламенту – Державної народної ради. До скликання цього органу Директорія могла реалізовувати повноваження через Раду Народних Міністрів. 12 листопада 1920 р. приймаються Закони “Про тимчасове управління та порядок законодавства в УНР” і “Про Державну Народну Раду УНР”, які розмежовували повноваження між Директорією, Державною Народною Радою і Радою Народних Міністрів. Директорія затверджувала ухвалені Державною Народною Радою призначення й звільнення. Голова Директорії призначав Голову і членів Ради Народних Міністрів. Державна Народна Рада – законодавчий орган і орган контролю за діяльністю Ради Народних Міністрів – складала державний бюджет і контролювала його виконання, затверджувала міжнародні угоди, оголошувала стан війни тощо³⁶⁶.

На західних територіях сучасної України 13 листопада 1918 р. була проголошена Західноукраїнська Народна Республіка, до якої входили землі Галичини й Буковини. Правову систему ЗУНР становили закони: “Про тимчасові адміністрацію і організацію судів” (16 листопада 1918 р.), “Про злуку ЗУНР і УНР” (3 січня 1919 р.), “Про відділ Української Національної Ради” (4 січня 1919 р.), “Про

³⁶⁵ Копиленко О.Л. Держава і право України. 1917–1920 : навч. посіб. / О.Л. Копиленко, М.Л. Копиленко. – К. : Либідь, 1997. – 208 с. – С. 90–94.

³⁶⁶ Музиченко П. Історія держави і права України : навч. посіб. / П. Музиченко. – К. : Знання : КОО, 1999. – 662 с. – С. 366–367.

державну мову” (15 лютого 1919 р.), “Про виконання громадянських прав і обов’язків” (18 квітня 1919 р.) та ін. На підставі цих актів верховна влада в ЗУНР належала Українській Національній Раді, виконавча влада – Державному секретаріату, який складався з президента Ради держсекретарів і окремих держсекретарів та був відповідальний перед Українською Національною Радою. Місцевими органами були громадські і міські комісари та дорадчі органи, так звані прибічні ради (в сільських і містечкових громадах), а в повітах – повітові комісари та повітові національні ради. Для охорони правопорядку створювалася народна міліція. Повітовим комісарам, яких призначав і звільняв держсекретар внутрішніх справ, підпорядковувалися повітові військові коменданти і коменданти жандармерії. Повітові комісари, у свою чергу, призначали громадських і міських комісарів. Національні, громадські та міські ради обиралися населенням територіальної одиниці. Виборчим правом володіли всі громадяни, незалежно від статі, національності, віросповідання. Виборчий процес базувався на принципах прямого, загального, рівного й таємного голосування за пропорційною системою. Судочинство було побудоване на австрійських зразках і передбачало як верховну інстанцію найвищий Державний суд у Львові³⁶⁷.

На Конгресі трудового народу 3 січня 1919 р. було прийнято Ухвалу “Про злуку Західноукраїнської Народної Республіки з Українською Народною Республікою”. 22 січня 1919 р. у Києві відбувся Акт соборності – об’єднання розділених століттями етнічних українських земель Наддніпрянської України, Галичини, Буковини та Угорської Русі. Планувалося скликати парламент єдиної України (Установчі збори) для ратифікації Акта злуки³⁶⁸, але це не було реалізовано через взаємну нетерпимість лідерів двох державних утворень, їх різні зовнішньополітичні орієнтири³⁶⁹.

Надалі, згідно із законом про скликання Сейму ЗУНР (березень 1919 р.) та виборчим законом (квітень 1919 р.), громадяни обирають новий законодавчий орган – однопалатний Сейм, який формується за національно-пропорційною системою. Активне виборче право особи набувають з 21 року, пасивне – з 25.

³⁶⁷ Українське державотворення: невитребуваний потенціал : словник-довідник / [за ред. О.М. Мироненка]. – К. : Либідь, 1997. – 560 с. – С. 242–243.

³⁶⁸ Кульчицький В.С. Історія держави і права України / В.С. Кульчицький, М.І. Настюк, Б.Й. Тишик. – Л. : Світ, 1996. – 296 с. – С. 187.

³⁶⁹ Словська І.Є. Український конституціоналізм: етапи становлення і розвитку : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Ірина Євгенівна Словська. – К., 2004. – 213 с. – С. 79.

Як зазначає І.Є. Словська, практика державного (конституційного) будівництва еволюціонувала на основі численних державницьких теорій. ХІХ ст. увійшло в історію як доба українського національного відродження. Конституційна ідеологія розвивалася як на власному ґрунті, так і під сильним впливом американської та французької революцій, розроблених декларацій прав і свобод людини, біллів та конституцій³⁷⁰.

Разом з тим, картина реалізації установчої влади в зазначений період на території України, відтворена І.Є. Словською, є неповною й однобічною, а тому викривленою, оскільки вона не враховує ще однієї лінії розвитку українського конституціоналізму, а саме: *радянський* конституціоналізм, який, на відміну від практики державного будівництва УНР і ЗУНР, набув продовження в майбутньому радянському періоді існування Української держави, з якого наприкінці ХХ ст. вирастає конституціоналізм сучасної України.

Зокрема, як зазначає О.М. Мироненко, у період з листопада 1918 р. до березня 1919 р. в Україні діяв Тимчасовий робітничо-селянський Уряд України як найвищий законодавчий, виконавчий і розпорядчий орган радянської влади. Уряд був утворений у Курську (Росія) за вказівкою ЦК РКП(б) і, згідно з рішенням ЦК КП(б)У, деякий час діяв у м. Суджа (Курська губернія), Белгороді й Харкові. Уряд у різний час очолювали Г.Л. П'ятаков, Ф.А. Сергєєв (Артем), Х.Г. Раковський. У складі Уряду були переважно члени ЦК та ЦВК рад України. Головною метою Тимчасового уряду було довести соціалістичну революцію до кінця під гаслом "Вся влада радам". Після повсюдного відновлення Радянської влади Уряд повинен був скликати Всеукраїнський з'їзд рад робітничих, селянських і червоногвардійських депутатів та передати йому всю владу в країні. Тимчасовий уряд передбачав також об'єднання Української Радянської Республіки з Радянською Росією на засадах соціалістичної федерації, форми якої планувалося визначити на Всеукраїнському з'їзді рад.

За період своєї діяльності Тимчасовий робітничо-селянський уряд частково відновив на території України діяльність місцевих рад, здійснив націоналізацію підприємств, утворив волосні й сільські *комітети бідноти*, вживав заходів щодо організації народної освіти та охорони здоров'я населення, формування Червоної української армії тощо. 6 січня 1919 р. Тимчасовий робітничо-селянський Уряд України проголосив Українську Соціалістичну Радянську Республіку (УСРР).

³⁷⁰ Словська І.Є. Український конституціоналізм: етапи становлення і розвитку : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Ірина Євгенівна Словська. – К., 2004. – 213 с. – С. 79.

На заключному етапі Тимчасовий уряд спрямував свою діяльність на боротьбу з українською буржуазією в особі Директорії, скликання III Всеукраїнського з'їзду рад. 28 січня 1919 р. було офіційно оголошено остаточний склад Тимчасового робітничо-селянського уряду України. Його відділи за російським зразком було перетворено на народні комісаріати, завідувачі стали наркомми й утворили Раду Народних Комісарів УСРР. Статус тимчасового для уряду скасовано на III Всеукраїнському з'їзді рад³⁷¹.

10 березня 1919 р. 3-й Всеукраїнський з'їзд рад робітничих, селянських і червоноармійських депутатів року затвердив як основний закон України Конституцію Української Соціалістичної Радянської Республіки, що була прийнята в остаточній редакції Всеукраїнським центральним виконавчим комітетом (ВУЦВК) 14 березня 1919 р.

Отже, період так званої “української революції” характеризують кілька якісних етапів, зміст яких визначався обставинами й завданнями тогочасного періоду, політико-правовими моделями державності, за допомогою яких реалізувалися потреби суспільного розвитку. Це: доба Української Центральної Ради (березень 1917 р. – кінець квітня 1918 р.), доба Гетьманської держави 1918 р. (кінець квітня – грудень 1918 р.), доба Директорії УНР (грудень 1918 р. – листопад 1920 р.). Саме ці етапи характеризують основні державотворчі процеси на шляху до формування суверенної української державності та відображають специфіку реалізації установчої влади в Україні з 1917 до 1920 р.³⁷².

3.1.3. Реалізація установчої влади в Радянській Україні

Особливості конституційного будівництва радянського періоду досить чітко виявилися в Конституціях УСРР 1919 р., 1929 р., Конституціях УРСР 1937 р., 1978 р.

Радянська влада, яка встановлювалася на українських землях, хотіла юридично підтвердити свою прихильність до конституювання української державності, відображаючи в тому числі настрої певної частини населення. Із цією метою було започатковано обговорення української Конституції. Згідно з постановами III з'їзду КП(б) України, проект першої конституції Української СРР був розроблений

³⁷¹ Мироненко О.М. Тимчасовий робітничо-селянський уряд України: Юридична енциклопедія : в 6 т. / О.М. Мироненко ; [редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 6: Т–Я. – 2004. – 768 с. – С. 61.

³⁷² Максакова Р.М. Формування суверенної української державності на території України у 1917–1920 роках / Р.М. Максакова // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки : зб. наук. пр. – Запоріжжя : Запорізь. нац. ун-т, 2012. – № 4. – Ч. I. – С. 44–52.

Центральним виконавчим комітетом і Радою народних комісарів України і схвалений ЦК Компартії України. За зразок проекту Конституції УСРР було обрано Конституцію РСФРР.

6 березня 1919 р. у Харкові почав роботу III Всеукраїнський з'їзд рад. На ранковому засіданні 10 березня було розглянуто й затверджено проект першої Конституції Радянської України. В його обговоренні взяли участь представники трьох найбільших фракцій з'їзду: більшовиків, боротьбистів і лівих есерів.

14 березня 1919 р. III Всеукраїнський з'їзд рад України з урахуванням висловлених зауважень та пропозицій до проекту (переважно це були пропозиції більшовиків) затвердив проект першої Конституції Радянської України як основний закон республіки. Текст Конституції написано українською мовою, і він значно відрізнявся за обсягом та змістом від Конституції РСФРР. **Конституція УСРР 1919 р.** визначила основи державного ладу, державного устрою, компетенцію органів влади, виборчу систему, права і свободи громадян. Складалася вона із трьох розділів, трьох підрозділів і 35 статей³⁷³.

Перший розділ мав назву “Основні постанови”. У ньому було визначено соціальну основу держави – диктатуру пролетаріату та політичну основу – владу рад робітничих, селянських і червоноармійських депутатів. У ст. 5 закріплено, що влада трудящих мас на території УСРР здійснюється через ради робітничих, селянських і червоноармійських депутатів та інші органи влади з означення рад. Другий розділ “Конституція Радянської влади” мав підрозділи А та Б. Підрозділ А “*Організація Центральної влади*” встановлював, що законодавчі функції мали Всеукраїнський з'їзд рад, Всеукраїнський Центральний Виконавчий Комітет (ВЦВК), Президія ВЦВК, Рада Народних Комісарів. Підрозділ Б “*Організація Радянської влади на місцях*” встановлював систему місцевої влади, до якої входили: а) ради робітничих, селянських та червоноармійських депутатів (міські та сільські) й обрані ними виконавчі комітети (виконкоми); б) з'їзди рад (губернські, повітові і волосні з'їзди рад), а також обрані ними виконавчі комітети (виконкоми).

Виборче право, за Конституцією 1919 р., було обмеженим і надавалося лише трудящим масам (робітникам та селянам-біднякам).

Відповідно до ст. 21 Конституції, позбавлялися виборчого права і права бути обраним такі категорії осіб:

а) особи, які використовують найману працю з корисливою метою;

³⁷³ Конституція Української Соціалістичної Радянської Республіки від 10–14 березня 1919 р. / А.Г. Слюсаренко, М.В. Томенко // Історія української конституції. – К. : Знання України, 1993. – 192 с. – С. 129–133.

- б) особи, які живуть на нетрудові прибутки, а саме: прибутки з підприємства, з маєтків тощо;
- в) приватні торговці, комерційні посередники;
- г) ченці й духовні настоятелі церков і релігійних культів;
- д) службовці та агенти колишньої поліції окремого корпусу жандармів і охоронних відділів, а також члени дому, що панував у Росії;
- е) особи, визнані усталеним ладом божевільними, а рівно особи, що перебувають під опікою;
- ж) особи, засуджені за корисливі та ганебні вчинки на реченець, усталений законом або судовим вирок.

Вибори передбачалися багатоступеневі при відкритому голосуванні списком.

Третій розділ “Декларація прав і обов’язків трудового та експлуатованого народу України” передбачав проголошення трудящим права на працю, освіту, матеріальне забезпечення, політичні права, свободу преси, совісті, зборів, союзів тощо; як обов’язки громадян УСРР визначалися праця, оборона соціалістичної вітчизни тощо.

У Конституції були визначені як державні символи герб і прапор УСРР. Гербом був серп і молот на червоному фоні в обрамленні золотого колосся із написами на стрічках російською та українською мовами: “УСРР” та “Пролетарі всіх країн, єднайтеся!”. Прапор – червоне полотнище з написом у лівому горішньому куті – “У. С. Р. Р.”

Значення першої радянської Конституції неоднозначно сприймається в сучасній науці. Так, на думку А.Г. Слюсаренка і М.В. Томенка, цей основний закон був більшою мірою політичним, ніж правовим документом³⁷⁴. В.М. Заруба, навпаки, вважає, що перша радянська Конституція створила юридичне підґрунтя для подальшого державо- та законотворення в УСРР, особливо для кодифікації права у 1922–1927 рр.³⁷⁵. Звичайно, не можна оцінювати будь-яку конституцію держави як переважно політичний акт, оскільки в ній, насамперед, визначаються державний устрій, система влади, права та обов’язки громадян.

Наступна **Конституція Української СРР 1929 р.** склалася на основі тих змін у державному будівництві, у політичному та економічному житті УСРР, які відбулися 1919–1929 рр., на базі першої конституції – Конституції УСРР 1919 р., на закріплених у ній принципах пролетарського інтернаціоналізму й соціалістичного демократизму.

³⁷⁴ Слюсаренко А.Г. Історія української конституції / А.Г. Слюсаренко, М.В. Томенко. – К. : Знання України, 1993. – 192 с. – С. 127.

³⁷⁵ Заруба В.М. Історія держави і права України [Електронний ресурс] / Віктор Миколайович Заруба. – Режим доступу: <http://histua.com/knigi/istoriya-derzhavi-i-prava-ukraini-zaruba/konstituciya-usrr-1919-r>.

Конституція 1929 р., як і всі прийняті раніше радянські конституції, народжена в одних і тих самих історичних умовах перехідного періоду від капіталізму до соціалізму. Як перша, так і друга конституція УСРР являли собою конституції диктатури пролетаріату, конституції соціалістичного типу.

У цьому й полягає головна причина наступності основних і вирішальних принципів, а також окремих положень у перших двох конституціях радянської України.

Конституція УСРР 1929 р. визначалася як основний закон Української Соціалістичної Радянської Республіки й була затверджена XI Всеукраїнським з'їздом рад робітничих, селянських і червоноармійських депутатів 15 травня 1929 р. Складалася Конституція з 82 статей і 5 розділів³⁷⁶. Основний закон декларував мету держави – “остаточно подолати буржуазію, знищити експлуатацію людини людиною та здійснити комунізм, коли не буде ні поділу на класи, ні державної влади”³⁷⁷.

Конституція 1929 р., як і перша Конституція УСРР, законодавчо закріпила принципи диктатури пролетаріату й республіку Рад як державну форму цієї диктатури. Українська республіка проголошувалася соціалістичною державою робітників і селян, де вся влада належить радам робітничих, селянських і червоноармійських депутатів. Констатувалися цілковита солідарність з усіма радянськими республіками, добровільність входження до Союзу РСР. Акцентувалося, що УСРР входить до складу Союзу як суверенна держава та зберігає за собою право вільного виходу із СРСР. Згідно зі ст. 4 Конституції, земля, надра, ліси, води, фабрики, заводи, банки, залізничний, водний та повітряний транспорт і засоби зв'язку належать до соціальної державної власності, а зовнішня торгівля є державною монополією.

Політичні права громадян УСРР, що одночасно вважались і громадянами СРСР, диференціювалися: трудящі маси отримували їх, незалежно від різниці статі, віри, раси, осілості й національності; натомість експлуататорські класи позбавлялися політичних прав повністю. Виборче право, за Конституцією 1929 р., визначалося подібно до положень попередньої Конституції 1919 р. Зокрема, обирати й бути обраними до рад могли громадяни УСРР віком від 18 років і вище: які добували засоби до існування виробництвом і суспільно корисною працею або вели домашнє господарство, що забезпечувало їм можли-

³⁷⁶ Конституція (основний закон) Української соціалістичної радянської республіки від 15 травня 1929 р. // Вісті ВУЦВК. – 1929. – № 143. – 23 червня.

³⁷⁷ Мироненко О.М. Конституція УСРР 1929 / О.М. Мироненко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 2001. – Т. 3: К–М. – 792 с. – С. 308.

вість продуктивно працювати; червоноармійці, червонофлотці, непрацездатні й навіть іноземці, котрі перебували на території УСРР і належали до робітничого класу або селянства, що не застосовувало найманої праці.

Конституція проголошувала політичні права і свободи для трудящих (свободи слова, друку, зібрань, мітингів, демонстрацій, спілок, віросповідань тощо), а також право націй на самовизначення, на створення національних, адміністративно-територіальних одиниць, рівність національних меншин тощо. Мови всіх національностей визнавалися рівноправними, кожному громадянину гарантувалася можливість вживання рідної мови. Із соціально-економічних прав Конституція УСРР 1929 р. гарантувала повну, всебічну та безплатну освіту, право на розвиток “пролетарськими шляхами української національної культури й культури національних меншостей”. Праця визнавалася обов’язком, а військова повинність – почесним обов’язком. Про права на відпочинок, охорону здоров’я, матеріальне забезпечення старих і непрацездатних та інші соціально-економічні права, як і про особисті права (недоторканність особи, житла, листування тощо), Конституція не згадувала.

Конституція УСРР 1929 р., як і перші радянські конституції, закріпила рівноправність громадян, незалежно від їх расової й національної належності, та проголосила суперечним основним законам Української Радянської Республіки встановлення або допущення будь-яких привілеїв чи переваг з причин расової або національної належності, а також і будь-яке обмеження рівноправності національних меншин.

Українська СРР, беручи до уваги непорушну волю молдавського народу до оформлення його державного існування в складі Української Соціалістичної Радянської Республіки, об’єдналася з молдавським народом на основі створення в складі УСРР Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки. У ст. 18 Конституції УСРР 1929 р. зазначено: “...Автономна Молдавська Соціалістична Радянська Республіка управляється на основі її Конституції, яку остаточно після її затвердження Всемолдавським з’їздом Рад робітничих, селянських і червоноармійських депутатів, затверджує Всеукраїнський з’їзд Рад робітничих, селянських і червоноармійських депутатів”³⁷⁸.

Як зазначав В.М. Заруба, Конституція Української СРР 1929 р. зберегла чинними ряд принципів Конституції 1919 р.; разом з тим у

³⁷⁸ Заруба В.М. Історія держави і права України [Електронний ресурс] / Віктор Миколайович Заруба. – Режим доступу: <http://histua.com/knigi/istoriya-derzhavi-i-prava-ukraini-zaruba/konstituciya-usrr-1919-r>.

новій Конституції УСРР не були викладені деякі застарілі положення Конституції 1919 р. (наприклад, про диктатуру пролетаріату і бідніше селянство, про відмирання держави тощо). Автор наголошував на тому, що нові, особливо важливі положення Конституції 1929 р., що мали велике принципове значення порівняно з Конституцією 1919 р., знайшли відображення в ст. 2 і 3 Конституції, в яких було висвітлено змінене правове становище УСРР та законодавче закріплення основних принципів Радянської федерації і суверенітету Української СРР³⁷⁹.

Згідно зі ст. 2 Конституції, “Українська Соціалістична Радянська Республіка заявляє про свою цілковиту солідарність з усіма радянськими республіками і, на основі постанови VII Всеукраїнського з’їзду Рад робітничих, селянських та червоноармійських депутатів та договору про утворення Союзу Радянських Соціалістичних Республік, утворює з ними, на основі повної добровільності і рівноправ’я, Союз Радянських Соціалістичних Республік”.

Із цієї статті видно, відзначає В.М. Заруба, що Українська СРР, як і інші союзні республіки, увійшла до складу СРСР цілком добровільно. Українська СРР на основі визнання за кожною нацією права на державне самовизначення, спираючись на вільно виражену волю українського народу, уклала спеціальний договір про утворення СРСР. Добровільність об’єднання радянських республік, у тому числі й Української СРР, зумовлювалась заінтересованістю самих республік у єдиній союзній державі, яка забезпечувала б їм ряд переваг порівняно з попереднім їх роздільним існуванням. Об’єднання всіх радянських республік у єдиний державний союз створювало широкі можливості, по-перше, для тісного господарського співробітництва, поєднання всіх економічних сил та ресурсів і створення міцного економічного союзу, спрямованого на побудову соціалізму і комунізму; по-друге, для організації міцної оборони, а також для створення зовнішньополітичного та військового союзу для захисту соціалістичної Батьківщини від зовнішніх ворогів; по-третє, для досягнення рівності і забезпечення всебічного розвитку всіх народів, що населяли колишню царську Росію, для створення дійсно братнього інтернаціонального об’єднання народів, що відповідає природі Радянської влади³⁸⁰.

³⁷⁹ Заруба В.М. Історія держави і права України [Електронний ресурс] / Віктор Миколайович Заруба. – Режим доступу: <http://histua.com/knigi/istoriya-derzhavi-i-prava-ukraini-zaruba/konstituciya-usrr-1919-r>.

³⁸⁰ Там само.

Організація державної влади засновувалася на принципі “Вся влада радам”. Верховним органом у системі державного управління залишався Всеукраїнський з’їзд рад робітничих, селянських і червоноармійських депутатів, до виключного відання якого були віднесені питання: затвердження, внесення змін і доповнень до Конституції УСРР 1929 р., остаточного затвердження Конституції Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки 1925 р., змін і доповнень до неї, зміни кордонів УСРР, встановлення кордонів Молдавської АСРР, виборів ВУЦВК та виборів представників УСРР до Ради національностей СРСР. До компетенції Всеукраїнського з’їзду Рад включалися також деякі контрольні функції: заслуховування і затвердження звітів про діяльність уряду і визначення загальних напрямів його роботи.

Чергові з’їзди мали відбуватися один раз на два роки, надзвичайні – скликалися ВУЦВК за власною ініціативою або на вимогу місцевих рад, які охоплювали місцевості, де проживали не менше ніж 1/3 виборців. Делегати на Всеукраїнські з’їзди обиралися Всеукраїнським з’їздом, окружними з’їздами з розрахунку: один делегат на 10 тис. виборців – від міських і селищних Рад, один делегат на 50 тис. виборців – від сільських рад³⁸¹.

ВУЦВК, за ст. 25 Конституції, вважався верховним законодавчим, виконавчим і розпорядчим органом влади УСРР у періоди між Всеукраїнськими з’їздами рад і був відповідальним перед ними. Чергові сесії ВУЦВК мали скликатися не менше ніж 3 рази на рік, надзвичайні – збирала Президія ВУЦВК за власною ініціативою, за поданням РНК чи на вимогу 1/3 й більше членів ВУЦВК. До повноважень ВУЦВК належало: обрання голови, секретаря і членів Президії ВУЦВК; утворення РНК; загальне керівництво всіма галузями державного, господарського і культурного будівництва; затвердження бюджету УСРР; встановлення (відповідно до Конституції й законодавства СРСР) плану розвитку народного господарства республіки, державних і місцевих податків, зборів та неоподатковуваних прибутків; здійснення (у порядку, визначеному союзною конституцією) зовнішніх і внутрішніх позик УСРР; затвердження законодавчих актів Президії ВУЦВК, проектів кодексів, усіх законодавчих актів, що визначали загальні норми політичного, економічного та культурного життя УСРР або вносили докорінні зміни в практику державних органів республіки; припинення, скасування та зміна постанов Президії

³⁸¹ Мироненко О.М. Конституція УСРР 1929 / О.М. Мироненко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 2001. – Т. 3: К–М. – 792 с. – С. 308.

ВУЦВК, РНК, Всемолдавського й окружних з'їздів рад, Всемолдавського ЦВК та окружних виконкомів. Конституція УСРР 1929 р. вперше конституювала Президію ВУЦВК як вищий законодавчий, виконавчий і розпорядчий орган влади УСРР між сесіями ВУЦВК. Президії надавалися повноваження припиняти та скасовувати постанови РНК УСРР й окружних народних комісаріатів, Всемолдавського ЦВК і окружних виконкомів, видавати декрети, постанови та розпорядження, розглядати й затверджувати проекти декретів і постанов, що вносилися раднаркомом УСРР. Усі законодавчі акти і постанови загальнореспубліканського значення, як і проекти кодексів, мали вноситися на розгляд і затвердження ВУЦВК. Президії ВУЦВК надавалося право законодавчої ініціативи у вищих органах СРСР, внесення (у порядку, визначеному Конституцією і законодавством СРСР) протестів на постанови Президії ЦВК СРСР, РНК СРСР, а також припинення в обумовлених законом випадках чинності актів союзних наркоматів та інших центральних установ СРСР. РНК УСРР залишалася виконавчим та розпорядчим органом ВУЦВК, здійснювала загальне державне управління, мала право видавати законодавчі акти й постанови в межах, наданих ВУЦВК. До складу РНК, крім голови, його заступників і народних комісарів, входили уповноважені загальносоюзних наркоматів та інші особи, визначені ВУЦВК. Відповідальність РНК перед Всеукраїнським з'їздом рад доповнювалася відповідальністю перед ВУЦВК та його Президією.

Поряд з народними комісаріатами внутрішніх справ, юстиції, земельних справ, фінансів, торгівлі, праці, освіти, охорони здоров'я, соціального забезпечення та Робітничо-селянською інспекцією, у складі РНК діяли Українська рада народного господарства та ЦСУ УСРР. Останні разом з наркоматами торгівлі, фінансів, праці та Робітничо-селянською інспекцією одночасно підпорядковувалися відповідним союзним наркоматам і органам.

На місцях державна влада належала радам робітничих, селянських і червоноармійських депутатів, районним і окружним з'їздам рад та обраним ними виконкомам. Делегати районних з'їздів обиралися міськими, сільськими і селищними радами, а також військовими частинами армії та флоту; делегати окружних – міськими радами окружних міст і районними з'їздами, за нормами і в порядку, встановленими ВУЦВК. Чергові з'їзди скликалися раз на рік, позачергові – за пропозицією вищих з'їздів рад або їх виконкомів, а також відповідними виконкомами за власною ініціативою або на вимогу рад, які представляли не менше ніж 1/3 виборців цього району. Виконкоми обиралися на з'їздах, діяли в період між ними і вважалися вищими

органами радянської влади на відповідній території. Вони підпорядковувалися з'їздам, вищим виконкомом, ВУЦВК і РНК УСРР.

Конституція визначила герб, прапор і столицю республіки (м. Харків).

Конституція УСРР 1929 р. втратила чинність 30 січня 1937 р. у зв'язку із затвердженням нового основного закону УРСР.

Аналізуючи дію положень Конституції 1929 р., В.М. Заруба зауважував, що, відповідно до Конституції СРСР, Конституція УСРР 1929 р. визначила значне коло питань, з яких Українська СРР здійснювала свою державну владу самостійно. Конституція Української СРР 1929 р. залишила чинними всі ті гарантії свободи трудящих, які були встановлені Конституцією УСРР 1919 р. Але, наголошував історик, Конституція Української СРР 1929 р. мала й негативні наслідки. Надання великої влади місцевим органам призвело до викривлення державної політики, а це вилилося в бездушне адміністрування (виселення й знищення найбільш працездатної частини селян та інтелігенції).

На думку В.М. Заруби, Конституція 1929 р. дала поштовх до занепаду сільськогосподарського виробництва в Україні, що призвело до голодомору 1932–1933 рр. (усі кошти спрямовувались тільки на індустріалізацію, безжально вилучались із сільськогосподарського виробництва). Ця Конституція закріпила диктатуру пролетаріату, що в подальшому унеможливило розвиток приватної власності й відкинуло Україну від магістралі світового розвитку³⁸².

Очевидно, справа не стільки в Конституції, скільки у викривленнях її реалізації місцевими органами влади, ігноруванні її принципів та вимог. Сама по собі Конституція УСРР 1929 р. не передбачала ні виселення або знищення селянства та інтелігенції, ні занепаду виробництва.

Після опублікування 12 червня 1936 р. проекту нової Конституції СРСР Президія Центрального Виконавчого Комітету Української РСР 13 липня 1936 р. утворила Конституційну комісію для розробки проекту Конституції УРСР. До кінця 1936 р. робота над підготовкою проекту Конституції УРСР була комісією остаточно завершена.

У Постанові Президії ЦВК УРСР “Про конституцію Української Радянської Соціалістичної Республіки” сказано: “Заслухавши доповідь конституційної комісії про проект Конституції УРСР, Президія Центрального Виконавчого Комітету УРСР постановляє: поданий

³⁸² Заруба В.М. Історія держави і права України [Електронний ресурс] / Віктор Миколайович Заруба. – Режим доступу: <http://histua.com/knigi/istoriya-derzhavi-i-prava-ukraini-zaruba/konstituciya-usrr-1919-r>.

Конституційною комісією Президії ЦВК УРСР проект Конституції УРСР схвалили і внесли на розгляд Надзвичайного XIV Всеукраїнського з'їзду Рад. Строк скликання Українського з'їзду Рад встановити 25 січня 1937 р.". 1 січня 1937 р. проект нової Конституції УРСР був опублікований для всенародного обговорення.

25 січня 1937 р. у Києві відкрився Надзвичайний XIV з'їзд Рад. На порядку денному з'їзду було лише одне питання – “Про проект Конституції”. Після триденного обговорення проекту Конституції було прийнято рішення поданий Конституційною комісією проект Конституції Української Радянської Соціалістичної Республіки схвалити та взяти за основу, а 30 січня 1937 р. Конституція була прийнята. Вона складалася з преамбули й 13 розділів³⁸³.

“У першому розділі Конституції УРСР 1937 р. республіка проголошувалася соціальною державою робітників і селян, закріплювалася політична (Ради депутатів трудящих) і економічна (соціалістична система господарства і соціалістична власність) основи УРСР. На конституційному рівні фіксувалася перемога диктатури пролетаріату: “Вся влада в УРСР належить трудящим міста і села в особі Рад депутатів трудящих” (ст. 3 Конституції). Відповідно до положень ст. 12 Конституції в УРСР проголошувалося панування принципів “хто не працює, той не їсть” та “від кожного за його здібністю, кожному – за його працею”³⁸⁴. Загальнонародна власність (земля, надра, води, ліси, заводи, фабрики тощо) поєднувалася з громадською соціальною власністю колгоспів і кооперативних організацій, правами на особисте користування невеликою присадибною ділянкою землі, особисту власність на підсобне господарство, жилий будинок, продуктивну домашню худобу, птицю, дрібний сільськогосподарський реманент, предмети особистого користування, домашнього господарства і вжитку, а також на успадкування особистої власності. Земля закріплювалася за власником у безоплатне і довічне користування. Соціалістична система господарства, що визначалася і спрямовувалася державним планом, допускала існування дрібного приватного господарства одноосібних селян і кустарів, яке ґрунтувалося на особистій праці й виключало експлуатацію людини людиною.

Другий розділ Конституції декларував добровільне об'єднання УРСР з іншими радянськими республіками в Союз РСР, республіканський суверенітет, недоторканність кордонів і право виходу із Союзу.

³⁸³ Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки від 30 січня 1937 р. [Електронний ресурс] / Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1937.html>.

³⁸⁴ Там само.

Встановлювався принцип подвійного громадянства, адміністративний поділ України на 7 областей (Вінницьку, Дніпропетровську, Донецьку, Київську, Одеську, Харківську і Чернігівську) та Молдавську АРСР. Декларації про суверенні права республіки різко обмежувались як обов'язковістю законів СРСР на території УРСР, так і викладеними в ст. 19 повноваженнями найвищих органів влади й органів державного управління УРСР в особі Верховної Ради УРСР, її Президії, РНК і комісаріатів УРСР, порядок створення, функціонування і компетенція яких формулювались у розділах Конституції. Єдиний законодавчий і найвищий орган державної влади в Україні – Верховна Рада УРСР – обирався на 4 роки за нормою: 1 депутат від 100 тис. населення. Чергові сесії Верховної Ради скликалися двічі на рік, позачергові – за рішенням Президії чи на вимогу не менше ніж третини депутатів. Закони ухвалювались простою більшістю й оприлюднювались за підписом голови та секретаря Президії. Остання обиралась у складі голови, двох заступників, секретаря і 15 членів та була підзвітною Верховній Раді. Депутати вважались недоторканими. На їх запит члени уряду були зобов'язані відповідати у триденний строк.

Рада народних комісарів (РНК), як уряд УРСР і найвищий виконавчий та розпорядчий орган державної влади республіки, утворювалась Верховною Радою, була відповідальна перед нею і підзвітною їй та Президії Верховної Ради. Компетенція РНК визначалась у ст. 43 і обмежувалась не лише ст. 14 Конституції СРСР 1936 р. та законами УРСР, а й законами СРСР та постановами й розпорядженнями союзної РНК. Склад РНК УРСР поділявся на союзнореспубліканські (харчової, легкої, лісової промисловості, земельних справ, зернових і тваринницьких радгоспів, фінансів, внутрішньої торгівлі, внутрішніх справ, юстиції та охорони здоров'я) і республіканські (освіти, місцевої промисловості, комунального господарства, соціального забезпечення) комісаріати. До уряду УРСР, крім голови, його заступників і народних комісарів, входили голова Держплану УРСР, начальник управління у справах мистецтв та уповноважені загальносоюзних наркоматів і Комітету заготівель Союзу РСР.

Розділи III–IV Основного Закону визначали найвищі органи державної влади та органи державного управління Молдавської АРСР. Верховна Рада Молдавської АРСР, її президія та раднаком будувались, функціонували і наділялися повноваженнями аналогічних центральних органів України, але в межах компетенції автономії. Органами державної влади в областях, округах, районах, містах, селищах, станицях і селах України стали відповідні ради депутатів трудящих, які обиралися населенням зазначених територій на два роки.

Виконавчими та розпорядчими органами місцевих рад вважалися виконкоми. Безпосередні управлінські функції на місцях здійснювали управління чи відділи виконкомів: земельні, фінансові, внутрішньої торгівлі, місцевої промисловості, народної освіти, охорони здоров'я, соціального забезпечення, комунального господарства, шляховий тощо. Загальносоюзні наркомати і НКВС СРСР утворювали при обласних, а НКВС УРСР і при районних радах – власні управління; Комітет заготівель СРСР призначав своїх уповноважених. Відділи та управління виконкомів перебували в підпорядкуванні відповідної ради виконкому, відділу вищестоящого виконкому, наркомату.

Розділ VII Конституції закріплював систему місцевих органів державної влади. Ними визначалися Ради депутатів трудящих в областях, округах, районах, містах, селищах, станицях і селах УРСР, що мають обиратися трудящими на строк два роки. Конституція визначала межі повноважень, періодичність проведення сесій та структуру місцевих органів державної влади, а також систему органів, яким вони підпорядковуються; визначала склад і структуру виконавчих та розпорядчих органів місцевих органів державної влади.

Аналізуючи основні положення Розділів X–XI Конституції УРСР 1937 р. О.М. Мироненко зазначає, що ними було закріплено основні соціально-економічні права громадян: на працю, відпочинок, матеріальне забезпечення за старістю, у разі хвороби чи втрати працездатності, на освіту, рівноправність жінки і чоловіка, рівноправність громадян незалежно від їх національності і раси, державну охорону інтересів матері й дитини тощо. А от демократичні свободи, наголошує він, (слова, друку, зібрань, мітингів, походів, демонстрацій, совісті, об'єднання у громадські організації) декларувалися, але фактично не забезпечувалися. Вперше на конституційному рівні, продовжує автор, КП(б)У надавався статус “керівного ядра” всіх організацій трудящих, як громадських, так і державних³⁸⁵.

Конституція містила спеціальний розділ XI “Виборча система”. Тут закріплювалися принципи загального, рівного і прямого виборчого права при таємному голосуванні. Право голосу визнавалося за всіма громадянами УРСР, які досягли 18 років; позбавлялися права голосу божевільні й особи, засуджені судом з позбавленням виборчих прав.

Здійснення правосуддя в УРСР покладалося на Найвищий Суд УРСР, Найвищий Суд Молдавської АРСР, обласні суди, суди

³⁸⁵ Мироненко О.М. Конституція УРСР 1937 / О.М. Мироненко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 2001. – Т. 3: К–М. – 792 с. – С. 305–306.

адміністративних округ, спеціальні суди СРСР, а також на народні суди. Усі суди, крім народних, обиралися відповідними радами на п'ять років. Народні суди обиралися по районах громадянами на основі загального, прямого і рівного виборчого права при таємному голосуванні на три роки. Декларувалися незалежність суддів, підлеглість їх виключно закону, відкритість розгляду справ, право обвинуваченого на захист, на вживання рідної мови, участь народних засідателів.

Вищий нагляд за точним виконанням законів покладался на прокуратуру. Прокурор УРСР здійснював цей нагляд через систему органів прокуратури. Окружних, районних та міських прокурорів призначав на п'ять років Прокурор УРСР з наступним затвердженням Прокурором СРСР. Вони здійснювали свої функції незалежно від будь-яких місцевих органів, підпорядковуючись лише Прокуророві СРСР.

Окремим XII Розділом Конституції визначався порядок її зміни. Розділ містив одну статтю – 146, яка встановлювала, що зміна Конституції УРСР провадиться лише за рішенням Верховної Ради УРСР, ухваленим більшістю не менше ніж 2/3 голосів.

Конституція УРСР 1937 р. втратила чинність з прийняттям Конституції УРСР 1978 р.

Досліджуючи зміст і особливості Конституції Української РСР 1937 р., В.М. Заруба зазначав, що вона була побудована на основі Конституції СРСР 1936 р. і в цілковитій відповідності до неї. Разом з тим Конституція УРСР враховувала національні особливості республіки³⁸⁶.

Четверту радянську Конституцію УРСР прийнято 20 квітня 1978 р. позачерговою сьомою сесією Верховної Ради УРСР IX скликання. Конституція містила десять розділів, 18 глав та 171 статтю³⁸⁷.

Текст проекту Конституції розробила комісія на чолі з В.В. Щербицьким відповідно до Конституції СРСР 1977 р., “яка відобразила новий стан розвитку Радянської держави – побудову в СРСР

³⁸⁶ Заруба В.М. Історія держави і права України [Електронний ресурс] / Віктор Миколайович Заруба. – Режим доступу: <http://histua.com/knigi/istoriya-derzhavi-i-prava-ukraini-zaruba/konstituciya-usrr-1919-r>.

³⁸⁷ Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки від 20 квітня 1978 р. [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1978.html>.

розвинутого соціалістичного суспільства і стала політико-правовою основою конституцій усіх соціалістичних республік”³⁸⁸.

У преамбулі Конституції було вказано на наступність конституційного розвитку України, ідей і принципів Конституцій 1919, 1929, 1937 рр., а носієм влади проголошувалися не трудящі, а народ. Закріплювалося всевладдя рад народних депутатів, демократичний централізм, соціалістична демократія, соціалістична законність; КПРС визначалась як “керівна і спрямовуюча сила радянського суспільства, ядро його політичної системи, державних і громадських організацій”.

Основні положення Конституції зводилися до такого:

1. Україна є загальнонародна держава, яка виражає волю й інтереси робітників, селян та інтелігенції, трудящих республіки всіх національностей. Вся влада в Україні належить народові. Народ здійснює державну владу через Ради народних депутатів, які становлять політичну основу України. Всі інші державні органи підконтрольні й підзвітні Радам народних депутатів.

2. Організація та діяльність держави будуються на засадах виборності всіх органів державної влади, підзвітності їх народові, відповідальності кожного державного органу й службової особи за доручену справу, обов’язковості рішень вищих органів для нижчих згідно з розподілом їх повноважень.

3. Держава Україна, усі її органи діють на основі законності, забезпечують охорону правопорядку, інтересів суспільства, прав і свобод громадян. Державні та громадські організації, службові особи зобов’язані додержувати Конституції й законів України.

Характеризуючи зміст Конституції 1978 р., О.М. Мироненко зазначає, що Конституція передбачала систему прав та обов’язків громадян і декларувала суверенітет УРСР та її право вільного виходу із Союзу РСР. Система органів державної влади республіки, наголошував автор, порівняно з Конституцією УРСР 1937 р. зазнала змін. Ради депутатів трудящих були перейменовані на ради народних депутатів. Строк повноважень Верховної Ради збільшувався до 5 років, інших рад – до 2,5 року. Певною новацією стала окрема глава про народних депутатів, що закріплювала їхній статус як повноважних представників народу, котрі керуються загальнодержавними інтересами. Депутат визнавався особою недоторканною, мав право запиту й міг бути в

³⁸⁸ Заруба В.М. Історія держави і права України [Електронний ресурс] / Віктор Миколайович Заруба. – Режим доступу: <http://histua.com/knigi/istoriya-derzhavi-i-prava-ukraini-zaruba/konstituciya-usrr-1919-r>.

будь-який час відкликаний за рішенням більшості виборців у встановленому законом порядку³⁸⁹.

Згідно з Конституцією 1978 р., найвищий орган державної влади – ВР УРСР – складався з 650 депутатів і скликався на чергові сесії двічі на рік. До її виключної компетенції належали питання прийняття та внесення змін до основного закону, затвердження державних планів економічного й соціального розвитку, державного бюджету і звітів про їх виконання, утворення підзвітних органів. Право законодавчої ініціативи надавалося Президії ВР УРСР, її постійним комісіям, депутатам, Раді Міністрів УРСР, Верховному Суду УРСР, Прокурору УРСР та громадським організаціям в особі їх республіканських органів. Президія ВР визначалася постійно діючим органом Верховної Ради, їй підзвітним, і в період між сесіями виконувала функції найвищого органу державної влади.

Найвищим виконавчим і розпорядчим органом державної влади визначався Уряд Української РСР – Рада Міністрів УРСР. Для вирішення питань, пов'язаних з керівництвом народним господарством, державним управлінням, як постійний орган РМ діяла її президія. Республіканські міністерства і відомства підпорядковувалися РМ безпосередньо, союзно-республіканські перебували в подвійному підпорядкуванні. Обласні, міські, районні у містах, селищні та сільські ради народних депутатів визначалися органами державної влади на відповідних територіях і мали вирішувати всі питання місцевого значення, виходячи з інтересів громадян. Сесії рад скликалися не менше ніж 4 рази на рік. Їх виконавчими і розпорядчими органами були виконкоми.

Судова влада, як і в Конституції 1937 р., не визнавалась окремою гілкою влади; вона називалася правосуддям, що покладалося на Верховний Суд УРСР, обласні, Київський міський суди, районні (міські) народні суди, організація й порядок діяльності яких визначалися законами не тільки України, а й СРСР.

Вищий нагляд за точним та однаковим виконанням законів з боку державних органів, юридичних і фізичних осіб здійснювався Генеральним прокурором СРСР через призначуваних ним і підлеглих йому Прокурора УРСР та обласних прокурорів.

Після набуття Конституцією 1978 р. чинності до неї вносилися численні зміни і доповнення, особливо впродовж 1989–1995 рр.³⁹⁰

³⁸⁹ Мироненко О.М. Конституція УРСР 1978 / О.М. Мироненко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 2001. – Т. 3: К–М. – 792 с. – С. 306–307.

³⁹⁰ Конституція (Основний Закон) України від 20 квітня 1978 р. зі змінами і доповненнями [Електронний ресурс] / Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1978-plus.html>.

(зокрема, після проголошення незалежності України в 1991 р.), коли кардинальні зміни торкнулися всіх 10 розділів і 19 глав. Були додані глави “Автономна Республіка Крим”, “Президент України”, нові статті. Взагалі до Конституції 1978 р. Верховна Рада внесла більше ніж 200 доповнень. Як зазначали В.М. Заруба і Р.Ю. Васьковський, в Україні приймалися закони, що нерідко суперечили чинній Конституції, а це підривало принципи законності, негативно впливало на стабільність у державі³⁹¹. У червні 1995 р. Конституція 1978 р. фактично була замінена Конституційним договором між Президентом України та Верховною Радою України. Формально вона втратила чинність 28 червня 1996 р. з прийняттям Конституції України 1996 р.³⁹².

Характеризуючи Конституції Радянської України, А.Г. Слюсаренко і М.В. Томенко дійшли висновку, що всі чотири конституції були документами політичними й розроблялися спершу в ідеологічних відділах ЦК КПРС. Тому, враховуючи це, а також статус квазі-держави, якою була Україна, стверджують вони, ці конституційні акти з великим застереженням можна віднести до групи основних законів держави³⁹³. В.В. Речицький вважає, що український конституціоналізм радянського періоду не був самостійним правовим явищем, бо конституційні акти Радянської України були або копією російських, або одним із варіантів конституційної моделі, спеціально розробленої політичним центром для союзних республік у складі СРСР; а ці моделі розроблялися в рамках універсальної політико-правової марксистсько-ленінської парадигми³⁹⁴.

І.Є. Словська також називає конституціоналізм радянської епохи (1919–1991 рр.) прийняттям символічних українських конституцій несuverенної української держави та пануванням єдиної марксистсько-

³⁹¹ Заруба В.М. Історія України [Електронний ресурс] / Віктор Миколайович Заруба, Ростислав Юрійович Васковський. – Режим доступу: <http://histua.com/knigi/istoriya-ukraini-zaruba-vaskovskij/derzhavotvorchi-procesi-v-ukraini-u-1991-2001>.

³⁹² Мироненко О.М. Конституція УРСР 1978 / О.М. Мироненко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 2001. – Т. 3: К–М. – 792 с. – С. 306–307.

³⁹³ Слюсаренко А.Г. Історія української конституції / А.Г. Слюсаренко, М.В. Томенко. – К. : Знання України, 1993. – 192 с. – С. 128.

³⁹⁴ Речицький В. Конституціоналізм. Украинский опыт / Всеволод Речицкий // Харьковская правозащитная группа ; худож.-оформитель И. Гаврилюк. – Харьков : Фолио, 1998. – 160 с. – С. 106.

ленінської теорії конституції³⁹⁵. На її думку, основні закони Радянської України в різні роки майже без змін закріплювали широкі демократичні (на жаль, формальні) права громадян і статус недоторканності особи, вертикальну субординацію та підпорядкування державних інститутів, побудову органів державної влади та управління із залученням народних мас. Україна проголошувалася складовою Союзу РСР.

На наш погляд, таке негативне сприйняття названими та деякими іншими представниками сучасної наукової думки конституцій радянського періоду є недостатньо обґрунтованим і таким, що не дає справжнього розуміння природи радянського типу конституціоналізму, розвитку правової системи суспільства, побудованого на інших, ніж сучасна буржуазна держава, засадах. Не варто недооцінювати значення та вплив радянських конституцій на розвиток не лише українського, а й світового конституціоналізму, зокрема, в частині соціальних прав людини, внеску їх у формування сучасної концепції установчої влади³⁹⁶.

З початком у квітні 1985 р. так званої “перебудови” в СРСР стали розгортатися нові процеси демократизації суспільства, політика держави була спрямована на активізацію громадської думки, розвиток політичних свобод. Проте зміни, як вважають Л.І. Кормич і В.В. Багацький, гальмувалися через спрощений командний підхід до реформування. Стара система працювала й далі за інерцією, не було узгодженої концепції реформування, занадто вузьким було коло реформаторів у самій КПРС, а вузька соціальна база для проведення реформ не сприяла їх успіхам. Замість зміцнення СРСР перебудова привела його до розпаду та припинення існування КПРС³⁹⁷.

Досліджуючи конституційні процеси в період “перебудови” в СРСР, у тому числі в Україні, Л.І. Кормич і В.В. Багацький зазначають: на першому етапі перебудови була оприлюднена її стратегія: нове політичне мислення, радикальна економічна реформа, демократизація всієї політичної структури. Розпочиналася перебудова з покра-

³⁹⁵ Словська І.Є. Український конституціоналізм: етапи становлення і розвитку : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Ірина Євгенівна Словська. – К., 2004. – 213 с. – С. 97.

³⁹⁶ Максакова Р.М. Формування концепції установчої влади в Радянській Україні (відповідно до положень Конституцій УСРР 1919 р. та 1929 р.) / Р.М. Максакова // Влада. Людина. Закон. – 2012. – № 2. – С. 38–43; Максакова Р.М. Формування концепції установчої влади в Радянській Україні (в Конституціях УРСР 1937 р. та 1978 р.) / Р.М. Максакова // Влада. Людина. Закон. – 2012. – № 3. – С. 24–29.

³⁹⁷ Кормич Л.І. Історія України від Найдавніших Часів і до XXI століття [Електронний ресурс] / Л.І. Кормич, В.В. Багацький. – Режим доступу: <http://histua.com/knigi/istoriya-ukraini-vid-najdavnishih-chasiv/perebudova-v-srsr-i-v-ukraini>.

щення інформованості населення країни. Відродився дореволюційний термін “гласність”. Тоді під гласністю розуміли інформацію, яка пробиравася через перепони офіційної цензури. Та командні методи керівництва економікою залишалися незмінними. Малося на увазі, що основні ідеї реформи управління економікою полягають у поєднанні централізованого директивного планування з наданням підприємствам певної свободи. Про заміну адміністративно-командних методів ринковими не йшлося.

Тим не менше, перебудова управління економікою в Україні набула широкого розмаху. Було ліквідовано 103 республіканські органи управління, управлінські функції центру були передані місцевим органам, підприємствам та об’єднанням. Ліквідувалися 14 міністерств і відомств, 83 організації середньої ланки. Були реорганізовані 1500 підприємств, цехів, дільниць та інших структурних підрозділів. Майже на 80 тис. одиниць скоротився управлінський апарат.

Поглиблення процесу перебудови було прискорене І з’їздом Рад СРСР. Під тиском громадськості в жовтні 1989 р. Верховна Рада УРСР прийняла Закон “Про мови в Українській РСР”. Цим документом був юридично закріплений державний статус української мови, гарантовано рівноправність мов усіх народів, які проживали на території України, і створено умови для розширення сфери функціонування української мови як мови корінного народу. Відповідно до закону протягом п’яти років українська мова мала замінити російську в діяльності державних установ.

Запровадження в суспільну практику політичного плюралізму сприяло появі масових громадських рухів та організацій. Усе більш рішуче виступають за поглиблення перебудови, аж до зміни існуючого ладу, неформальні організації, нові українські політичні партії. Політичне життя в Україні набуває все більш активних форм.

Значущою подією в суспільно-політичному житті України стали вибори народних депутатів до Верховної Ради УРСР у березні 1990 р. У ній утворилася більшість (239 депутатів) та опозиція – Народна рада (125 депутатів). Парламентська опозиція почала відігравати помітну роль у політичній сфері³⁹⁸.

Водночас зазнають ревізії існуючі союзні відносини. У зв’язку із цим Г.М. Федущак-Паславська у своїй дисертаційній роботі вказує також на існування проблеми суверенітету Радянської України, зазначаючи, що невизначеність правових формул не давала змоги точно

³⁹⁸ Кормич Л.І. Історія України від Найдавніших Часів і до XXI століття [Електронний ресурс] / Л.І. Кормич, В.В. Багацький. – Режим доступу: <http://histua.com/knigi/istoriya-ukraini-vid-najdavnishih-chasiv/perebudova-v-srsr-i-v-ukraini>.

з'ясувати, який саме тип відносин покладалася в основу федерації. Загальною тенденцією в СРСР було те, що послаблення своєї влади центр намагався компенсувати “формально юридичним” суверенітетом союзних республік³⁹⁹. Право на вихід із союзу як головна гарантія суверенітету закріплювалося в усіх радянських конституціях, але юридичний механізм його реалізації був розроблений лише в 1990 р., напередодні розпаду СРСР.

Про можливі проблеми у визначенні меж суверенітету ще на початку ХХ ст., у 1903 р. (задовго до створення СРСР), зазначав відомий український правознавець М.І. Палиєнко. Він наголошував, що союзна держава може бути перехідною стадією не лише на шляху до створення єдиної держави, а й на шляху до повного її розпаду⁴⁰⁰.

3.2. Концептуальні підходи до визначення установчої влади в конституційному процесі України 1991–1996 рр.

3.2.1. Від Декларації про державний суверенітет України до Акта проголошення незалежності України

Як зазначають автори однієї з праць з історії сучасної України⁴⁰¹, на початку 90-х рр. ХХ ст. Україна, разом з іншими радянськими республіками СРСР, опинилася в епіцентрі суспільно-політичних катаклізмів, які приголомшили і змінили не тільки Україну, СРСР, а й увесь світ. “Серйозна дама Кліо* тоді поставила, зокрема, еліти України та інших республік перед надзвичайними історичними викликами – широкомасштабними і всеохоплюючими кризами усіх систем суспільного організму – політичної, економічної, духовної. Загальні суспільні настрої в СРСР того часу найбільш точно відбивала назва культової кінострічки 90-го року найвідомішого кіномитця – “Так жити не можна!”.

Верховні Ради союзних республік, обрані весною 1990 р. на хвилі цих суспільних настроїв і надій, були налаштовані на серйозні, радикальні реформи. Щоправда, реформи різного ступеня радикальності, та без чіткого й ясного плану дій, кінцевих цілей і моделей.

³⁹⁹ Федущак-Паславська Г.М. Політико-правова ідея суверенітету державної влади та її реалізація в державотворенні України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Г.М. Федущак-Паславська. – Л., 2000. – 20 с. – С. 14.

⁴⁰⁰ Палиєнко Н.И. Суверенитетъ. Историческое развитие идеи суверенитета и ее правовое значение / Николай Иванович Палиєнко. – Ярославль : Типографія Губернскаго Правленія, 1903. – 567 с. – С. 566–567.

⁴⁰¹ Здобуття незалежності України 1991. Історія проголошення, документи, свідчення : у 2 т. – Житомир : Рута, 2011. – Т. 1. – 752 с.

* Муза історії у давньогрецькій міфології.

Верховна Рада Української РСР XII скликання, вперше обрана на демократичних виборах на основі обов'язкової альтернативності висування кандидатів, уже через два місяці своєї роботи у складних і запеклих дебатах, у кінцевому підсумку, майже одноголосно сформувала своє бачення стратегічного шляху республіки, прийнявши 16 липня 1990 р. Декларацію про державний суверенітет України. Повнота політичного суверенітету, повновладдя народу республіки як основа для процвітання республіки – такою була генеральна лінія Верховної Ради, підтримана на всеукраїнському опитуванні 17 березня 1991 р. 80% населення України. Водночас Законом “Про економічну самостійність Української РСР” та Програмою переходу до ринкової економіки було визначено напрям трансформації економічної системи України. Схожі процеси відбувалися й в інших республіках СРСР.

Почався процес формування нових економічних, політичних, державних моделей. Процес надзвичайно складний і важкий, перш за все через свою історичну новизну в усіх аспектах, неймовірно ускладнений до того ж безліччю проблем ідеологічного, історичного, ментального, етнічного, культурного і просто особистісно-амбіційного характеру тощо.

Цей непростий і небезконфліктний процес міг тривати довго і досить болісно для народів, але, найголовніше, він був еволюційним і відносно мирним. Проте, у цей процес глобальної трансформації, який охопив не тільки СРСР, а й країни Центральної Європи (падіння Берлінської стіни й об'єднання Німеччини, “оксамитові” революції та падіння комуністичних режимів у країнах Варшавського договору і розпад цієї організації тощо), було здійснено грубе насильницьке втручання з метою зупинити хід історії. Антиконтитуційний путч ГКЧП у Москві 19–21 серпня 1991 р. не міг зупинити і не зупинив лавину невблаганних і нестримних історичних процесів. Але ця агресивна демонстрація консервативного керівництва СРСР, що поставила народи СРСР перед реальною смертельною небезпекою, безповоротно завершила еволюційний етап. Глобальні зміни в усіх сферах життя набули лавиноподібного, обвального характеру.

Фактично, у цей час відбулося як мінімум чотири справжні революції:

- державного устрою: “супердержаву” СРСР розпалася на 15 незалежних держав;

- політичного устрою: від всевладдя КПРС, яка в одну мить припинила своє існування, здійснено перехід до багатопартійного демократичного управління державою і суспільством;

– економічного устрою: від адміністративно-командної соціалістичної економіки до багатоукладної ринкової;

– ідеологічна: від “соціалістичного вибору” (який ще у травні 1991 р. був зазначений Верховною Радою УРСР у Концепції нової Конституції України) до заборони Компартії України.

Причому саме в Україні всі ці революції мали найбільш глибокий і обвальний характер. Важко оцінити “внесок” кожної з цих революцій у подальший перебіг історії, зокрема в Україні. Але видається, що найбільший вплив мала саме сукупність, кумулятивність революційних перетворень, збіг багатьох найважливіших різнопланових подій у часі “день у день”. Важко знайти історичний аналог такого збігу масштабних і глибоких трансформацій. Хіба що події у Російській імперії 1917 р. та громадянської війни 1918–1921 рр. Тільки тоді всі ці революції мали зворотний напрям і завершилися океанами людської крові і трагедій планетарного масштабу (автори, щоправда, “забули” згадати про Першу світову війну, з якої *почалися* всі ці революційні події. – Р. М.).

Тобто насправді виклик історії постав перед Верховною Радою України небаченої складності і відповідальності. У серпні 1991 р. різко завершився процес “вільної творчості” у побудові законодавчих моделей економічного, політичного та іншого устрою майбутньої суверенної України. Розпочався етап будівництва в екстремальних умовах реальних механізмів реальної держави і суспільства. Одночасно необхідно було приймати невідкладні рішення в усіх сферах суспільного життя – міжнародних справах і конфліктах, державного управління, розбудови збройних сил і ядерного роззброєння, правоохоронної діяльності, управління економікою і реалізації ринкових реформ, соціального захисту, гуманітарній сфері тощо”⁴⁰².

Інакше до визначення історичної ситуації, що склалася в Україні на межі 80–90-х рр. ХХ ст., підходить О.І. Юшик, який, досліджуючи поняття правової реформи та необхідність її здійснення в Україні, спробував віднайти глибинні причини виникнення цієї ситуації.

Україна на зламі 80–90-х рр. ХХ ст., зазначає автор, опинилась в епіцентрі історичних змін, пов’язаних з вирішенням суперечностей, які визрівали всередині соціалістичної системи, зокрема, її авангарду – Союзу РСР. Суспільна система, що існувала в Україні, розглядалась ідеологами як соціалістична. Чи була вона дійсно соціалістичною – на це наука ще мусить дати відповідь. А проте після перемоги соціалістичної революції в 1917 р. у Росії в процесі переходу від капі-

⁴⁰² Здобуття незалежності України 1991. Історія проголошення, документи, свідчення : у 2 т. – Житомир : Рута, 2011. – Т. 1. – 752 с. – С. 5–7.

талізму до комунізму політика держави в СРСР була так чи інакше зорієнтована на побудову соціалізму, що є загальновизнаним історичним фактом у світовому співтоваристві. Наслідком такої політики стала ліквідація існуючого на той час класу буржуазії та формування нової класової структури суспільства.

Але спрямованість перетворень у соціально-економічній сфері в Україні відмінна від соціалістичної орієнтації, вона визначається як капіталізація суспільства, в ході якої відбувається різка майнова диференціація його членів та відновлюються давно забуті населенням буржуазні майнові відносини і форми, притаманні буржуазному суспільству. Тобто ми маємо справу з різким поворотом або навіть з рухом у зворотному напрямі в процесі згаданого вище історичного переходу від капіталізму до комунізму; з поворотом у розвитку суспільства, який вказує на те, що загальна базисна суперечність капіталізму в ході соціалістичного будівництва в СРСР не була повністю вирішена при розв'язанні системи суперечностей перехідного від капіталізму до соціалізму суспільства, не перетворилась у якісно нову базисну суперечність якісно нового суспільного ладу, лише набула нової форми, оскільки трудящі так і не стали справжніми власниками засобів виробництва.

На думку автора, оскільки загальна соціалістична власність належить тільки трудящим і нікому іншому, то, отже, вона належить одночасно кожному трудящому – і як індивіду, і як члену окремого колективу трудящих, і як громадянину держави, в усій суперечливості цих моментів. Якщо правильно, що соціалістичне виробництво, на відміну від капіталістичного, здійснюється за єдиним планом в інтересах усіх членів суспільства, то, оскільки всі члени суспільства різні, відрізняються і їх реальні інтереси. Відтак, потрібно враховувати диференціацію цих інтересів у процесі соціалістичного виробництва. А якщо погодитись з В.І. Леніним у тому, що держава при соціалізмі ще необхідна для охорони спільної власності на засоби виробництва, то постає закономірне питання: від кого охороняє держава спільну власність у суспільстві, в якому немає антагоністичних класів, забезпечується рівність усіх членів суспільства щодо володіння засобами виробництва? І чому охороняє загальну власність саме держава?

Ігнорування складного й суперечливого характеру загальної власності призвело до недооцінки товарно-грошових відносин, товарного обміну як реальних моментів соціалістичного суспільного виробництва, до абсолютизації ролі плану, отже, перебільшення ролі державного управління економікою тощо. Утвердження цієї теоретично

хибної позиції не могло не впливати негативно на практичну політику КПСР.

Не маючи уявлення про соціалістичну власність, зазначає далі О.І. Ющик, навряд чи можна розраховувати на правильне розуміння суспільства, яке офіційна пропаганда впродовж кількох десятиліть називала соціалізмом, що переміг повністю й остаточно. Перетворення капіталізму в соціалістичне суспільство, на що спрямовувались діяльність партії та функціонування держави в СРСР, не досягло очікуваних результатів через незнання правлячою партійно-державною верхівкою об'єктивних закономірностей побудови соціалізму та ігнорування нею реальних суперечностей, особливо в соціально-економічній сфері. Наслідком її політики ставало все більше загострення загальної суперечності суспільної системи, на основі якої визрівала складна низка суперечностей у політичній, державно-правовій та інших сферах, яка стала сприйматись як загальносистемна суспільна криза.

На думку О.І. Ющика, загальна базисна суперечність, яка визначилась у СРСР у 1930-х рр., полягала в тому, що головна продуктивна сила – трудящий, залишаючись найманим працівником, фіксувалась у процесі виробництва в старій приватній формі привласнення продуктивних сил; водночас засоби виробництва привласнювались у такій формі, котра заперечувала приватне функціонування головної продуктивної сили державою, яка, виступаючи від імені суспільства, являла собою загальну форму привласнення, а відтак, означало заперечення трудящого індивіда як суб'єкта власності. Існування цієї базової суперечності в панівному економічному укладі зумовлювало вирішальною мірою розвиток господарсько-політичної системи, що склалась у процесі здійснення диктатури пролетаріату. Незважаючи на всі запевнення про суспільний характер державної власності, її управління, з усіма привілеями, що випливають із цього, було фактично узурповано вузькою групою партійно-державної номенклатури. На рівні масової свідомості державна власність подавалась як казенна або навіть нічийна. У суспільстві наростало відчуження виробників від управління й розпорядження власністю, яка фактично перетворилася на приватну власність держави, владної еліти, використовувану нею у своїх цілях.

Як показало життя, необхідність вирішення суперечностей, яких намагались не помічати, виявилася сильнішою за фальшиві декларації могутньої колись політичної влади. Монополізація власності і влади в СРСР партійно-державною владною верхівкою, відчуження від влади не лише трудящих, а й основної партійної маси, викликало все більш

широку опозицію панівній владній верхівці, у тому числі в самій КПРС. У партії все вирішувалося Політбюро і Секретаріатом (усього 30–32 особи) та групкою (не більше ніж 15–20 осіб) самої верхівки партійного апарату. Оскільки, однак, ця опозиція мала стихійний, аморфний характер, тобто не була об'єднана на єдиній політичній, ідеологічній чи організаційній основі, – протидія її панівній верхівці виявилася найбільш дієвою в тій сфері, в якій існувала формальна ви-значеність протистояння, а саме: у відносинах центральної влади з регіональними панівними елітами. Останні використали в боротьбі проти союзного центру національний фактор та заінтересованість ряду провідних капіталістичних країн у руйнуванні світової наддержави – СРСР.

Наслідком зіткнення опозиції із центральною панівною верхівкою стало відсторонення останньої від влади шляхом заборони КПРС та припинення існування Союзу РСР. Цей результат, на думку О.І. Ющика, є необхідним з погляду вирішення базисної суперечності радянської суспільної системи в умовах, що склалися на початку 90-х рр. XX ст. у КПРС, державі, суспільстві. Разом з тим таким способом усунення від влади панівної верхівки КПРС опозиція тільки ліквідувала той консервативний момент, що блокував вирішення цієї суперечності, але при цьому не лише не зняла її, а створила умови для виникнення всеохоплюючої політичної, економічної, соціальної тощо суспільної кризи.

Насамперед, розвал Радянського Союзу й утворення незалежних держав замість колишніх союзних республік призвели до руйнування єдиного народногосподарського комплексу, розриву необхідних господарських зв'язків, різкого скорочення виробництва і, відтак, економічної кризи в Україні; остання зумовила, зрештою, кризові явища в усіх інших сферах суспільного життя, виявивши численні суперечності, що існували в радянському суспільстві.

По суті, суспільна криза в Україні означає необхідний спосіб стихійного розвитку згаданої вище базисної суспільної суперечності, вирішення якої штучно блокувалося правлячою верхівкою радянського суспільств; криза – це той спосіб, який реалізується об'єктивно за відсутності достатніх умов для свідомого вирішення цієї суперечності. Внаслідок такого стихійного розвитку обидві сторони заперечуються одночасно, нагромаджуючи існуючі та викликаючи появу нових суспільних суперечностей, складається загрозлива для існування суспільства комбінація історичних умов. При цьому, якщо на боці державної власності замість колишньої владної партійно-державної верхівки з'являється новий суб'єкт, то становище найманих праців-

ників унаслідок кризи істотно погіршується. Відтак, згадана базисна суперечність, залишаючись, по суті, тим самим проявом відчуження трудящих від основних засобів виробництва, набуває нової форми. Відтепер найманим працівникам протистоїть вузька коаліція нових власників визначальних засобів виробництва, яка складається, в основному, з представників нового паразитуючого капіталу та владарюючої корумпованої верхівки державної бюрократії, що захопили ключові позиції в економіці та в системі державної влади України⁴⁰³.

Правильне розуміння сутності суспільно-політичних умов, у яких відбувалося становлення установчої влади в Україні у вказаний період, є важливим для правильної оцінки значення та змісту тих актів публічної влади, які приймалися в цей період, зокрема, також Декларації про державний суверенітет України.

Прийняття Верховною Радою Української РСР 16 липня 1990 р. “Декларації про державний суверенітет України”⁴⁰⁴ вважається відправною точкою формування нормативно-правової моделі конституційного устрою сучасної України. У цьому акті вперше було сформульовано визначальні для майбутньої національної правової системи моменти: демократичне суспільство, в якому народ є єдиним джерелом державної влади. Саме прийняття Декларації поклало початок першого етапу розвитку незалежності Української держави, впродовж якого відбулися суттєві зміни в державному устрої Української РСР, що супроводжувалися істотними змінами конституційного ладу та правової системи України.

У цьому історичному документі, як зазначає О.І. Ющик, проголошувався державний суверенітет України як верховенство, самостійність, повнота і неподільність влади Республіки в межах її території та незалежність і рівноправність у зовнішніх відносинах. Такого суверенітету Українська РСР у складі Союзу РСР тоді не мала, тому в преамбулі Декларації утвердження суверенітету і самоврядування народу України визначалося як *мета*, якою керувався законодавчий орган. За Декларацією, Українська РСР визнавалася самостійною у вирішенні будь-яких питань свого державного життя, забезпечуючи на її території верховенство Конституції і законів Республіки⁴⁰⁵.

Попри те, що в більшості республіканських декларацій про державний суверенітет, включаючи й Україну) йшлося про використання

⁴⁰³ Ющик О.І. Правова реформа: загальне поняття, проблеми здійснення в Україні / О.І. Ющик. – С. 112–132.

⁴⁰⁴ Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. – № 31. – Ст. 429.

⁴⁰⁵ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу : монографія / О.І. Ющик. – К. : Парламентське вид-во, 2004. – С. 199–200.

їх положень і принципів для укладання союзного договору, логіка розвитку процесів у республіках вказувала на їх рух до повної незалежності. Враховуючи це, союзне керівництво прийняло рішення про проведення загальносоюзного референдуму 17 березня 1991 р. з питання збереження Союзу РСР.

У зв'язку із цим треба позначити ті моменти, що передували прийняттю Декларації про державний суверенітет. Насамперед, відзначимо, що на момент ухвалення Декларації в Україні було чинним законодавство Союзу РСР, а також Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки, прийнята Верховною Радою Української РСР 20 квітня 1978 р. У цей період до Конституції УРСР вносяться законом від 27 жовтня 1989 р. зміни, що були зумовлені перебудовними суспільними процесами, а саме: в розділ 9 Конституції "Система і принципи діяльності рад народних депутатів". Ради всіх рівнів визначалися як єдина система представницьких органів державної влади УРСР. Для місцевих рад встановлено строк їх повноважень п'ять років (замість попереднього два з половиною роки), введено обрання радами їх голів, встановлено обмеження на зайняття посади службовими особами, які обираються або призначаються Радами (крім суддів), не більше ніж двома строками підряд. Передбачалося проведення місцевих референдумів з найважливіших питань місцевого значення тощо.

Зміни вносилися також до виборчої системи, передбачалося проведення виборів як по *одномандатних*, так і *багатомандатних* виборчих округах. Право висування кандидатів у народні депутати було надане зборам виборців за місцем проживання, а також передбачено включення до виборчих бюлетенів будь-якої кількості кандидатів. Встановлювалося обмеження перебування громадян одночасно народним депутатом не більше ніж у двох радах. Була змінена редакція глави, присвяченої Верховній Раді Української РСР: встановлено вичерпний перелік питань, віднесених до її виключного відання як найвищого органу державної влади УРСР; скорочено склад Верховної Ради з 650 до 450 народних депутатів, розширено коло суб'єктів права законодавчої ініціативи, до якого включено, зокрема, Комітет конституційного нагляду УРСР, Комітет народного контролю УРСР, а також республіканські органи громадських організацій та Академію наук УРСР.

Законом вносилися зміни щодо статусу Президії Верховної Ради УРСР, визначався статус Голови Верховної Ради як найвищої службової особи республіки. Президія переставала виконувати функції вищого органу державної влади УРСР у міжсесійний період. Перед-

бачалася можливість роботи народних депутатів у Верховній Раді УРСР на постійній основі, чого раніше не було.

Законом вносилися зміни щодо статусу Ради Міністрів УРСР (виключено підзвітність і відповідальність уряду перед Президією Верховної Ради УРСР у міжсесійний період, передбачено подання новоутвореною Радою Міністрів програми подальшої діяльності на строк її повноважень на розгляд Верховної Ради УРСР та встановлено щорічну звітність уряду перед Верховною Радою).

Законом утворювався Комітет конституційного нагляду УРСР, який мав обиратися Верховною Радою УРСР строком на десять років з-поміж спеціалістів у галузі політики і права у складі дев'яти осіб, було визначено його конституційний статус. Організація і порядок діяльності Комітету, згідно із Законом, мала визначатися законодавством СРСР та УРСР про конституційний нагляд.

Змінювалися також положення глави 18 Конституції “Суд і арбітраж”. По-перше, був змінений порядок обрання народних суддів районних (міських) судів: замість обрання їх громадянами району (міста) на основі загального, рівного і прямого виборчого права при таємному голосуванні строком на п’ять років передбачалося обрання цих суддів обласними Радами народних депутатів строком на десять років. Судді інших судів повинні були обиратися Верховною Радою строком на десять років, замість їх обрання місцевими радами строком на п’ять років. Народні засідателі районних (міських) судів обиралися на зборах громадян строком на п’ять років. Встановлювалася відповідальність за втручання в діяльність суддів і народних засідателів зі здійснення правосуддя та законодавчі гарантії їх незалежності.

За словами О.І. Ющика, “сукупність наведених вище змін до Конституції УРСР свідчить про їх загалом “косметичний”, поверховий характер; ці зміни суттєво не впливали на зміст важливих для правлячої тоді КПРС владних інститутів, практично не зачіпали існуючого конституційного ладу в союзній республіці, знаходячись у фарватері політики, здійснюваної партійною верхівкою. Досить сказати, що в преамбулі названого вище Закону УРСР “Про зміни і доповнення Конституції (Основного Закону) Української РСР” від 27 жовтня 1989 року говорилося: “З метою розвитку соціалістичної демократії, самоврядування народу, вдосконалення виборчої системи, структури і діяльності Рад народних депутатів і органів правосуддя *та відповідно до Закону СРСР* “Про зміни і доповнення Конституції (Основного Закону) СРСР”, Верховна Рада Української РСР постановляє...”

Зовсім інший характер конституційних змін, пов’язаних із зміненням статусу союзної республіки на статус незалежної суверенної

держави, самостійної у вирішенні будь-яких питань свого державного життя, впливав з Декларації про державний суверенітет України. Проголошення в Декларації самовизначення української нації, народовладдя, громадянства Української РСР, її територіального верховенства та економічної самостійності, самостійного вирішення питань культурного розвитку, екологічної безпеки, зовнішньої і внутрішньої безпеки, міжнародних відносин, – увесь цей комплекс питань передбачав необхідність внесення суттєвих змін у конституційний лад в Україні”⁴⁰⁶.

Зокрема, на думку автора, визнання в Декларації народу України єдиним джерелом державної влади в Республіці означало заперечення керівної участі КПРС у державному будівництві. Відтак, надалі передбачалося анулювання ст. 6 Конституції УРСР і зняття таким чином формальної суперечності, що існувала між ст. 2 та 6 Конституції (оскільки в ст. 2 встановлювалося, що вся влада в Українській РСР належить народу, який здійснює державну владу через ради народних депутатів, які є *політичною основою* Української РСР; а в ст. 6 “*ядром* політичної системи суспільства, *державних* і громадських організацій” визнавалася КПРС). Так само проголошення економічної самостійності Української РСР заперечувало конституційні положення про те, що економіка Республіки є складовою єдиного народногосподарського комплексу, який охоплює всі ланки суспільного виробництва, розподілу та обміну на території СРСР. З визначенням самостійності Української РСР у зовнішньополітичній діяльності втрачалася необхідність керуватися цілями, завданнями і принципами зовнішньої політики, визначеними Конституцією СРСР тощо⁴⁰⁷.

Враховуючи це, після прийняття Декларації про державний суверенітет України до Конституції Української РСР (1978 р.) менше ніж за рік було внесено значну кількість принципових змін законами від 24 жовтня 1990 р., 18 квітня, 21 травня, 19 червня та 5 липня 1991 р.

Зокрема, законом від 24 жовтня 1990 р. внесено суттєві зміни у розділ I “Основи суспільного ладу і політики Української РСР”. Так, у главі “Політична система” виключалася згадка про “принцип демократичного централізму” в організації та діяльності держави; виключалася ст. 6 про КПРС як керівну і спрямовувальну силу суспільства; замість участі професійних спілок, ВЛКСМ, кооперативних та інших громадських організацій відповідно до їх статутних завдань в управ-

⁴⁰⁶ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу: монографія / О.І. Ющик. – К.: Парламентське вид-во, 2004. – С. 203.

⁴⁰⁷ Там само.

лінні державними і громадськими справами, у вирішенні політичних, господарських і соціально-культурних питань конституювалася участь у розробці і здійсненні політики Республіки, в управлінні державними і громадськими справами *політичних партій*, громадських організацій і рухів через своїх представників, обраних до Рад народних депутатів, та в інших формах, на основі їх програм і статутів відповідно до Конституції та законів Української РСР. Водночас заборонялися створення і діяльність партій, інших громадських організацій і рухів, що ставлять за мету зміну шляхом насильства конституційного ладу, територіальної цілісності держави, а також підрив її безпеки, розпалювання національної та релігійної ворожнечі.

У зв'язку з припиненням монополії КПРС у суспільстві вказаним законом конституювалося право громадян Української РСР на об'єднання в політичні партії, інші громадські організації, участь у рухах, що сприяють задоволенню їх законних інтересів; при цьому визначалися виключні умови обмеження у здійсненні цього права, а також передбачалося гарантування політичним партіям умов для виконання їх статутних завдань.

Змінами глави 7 “Українська РСР – союзна республіка у складі СРСР” припинялося делегування республікою прав, визначених у Конституції СРСР, Союзу РСР в особі його вищих органів державної влади й управління та встановлювалося верховенство законів УРСР на її території. Низка положень цього Закону стосувалася змін у статусі державних органів Української РСР: Верховної Ради УРСР, Ради Міністрів УРСР, суду й арбітражу, прокуратури⁴⁰⁸.

Фактично, на думку О.І. Ющик, конституційний закон від 24 жовтня 1990 р. став першим рішучим кроком на шляху радикальної трансформації конституційних основ правової системи України.

Наступними конституційними законами (від 18 квітня та 21 травня 1991 р.) Уряд УРСР було названо Кабінетом Міністрів Української РСР і визначено як найвищий орган державного управління республіки (до цього він вважався вищим виконавчим і розпорядчим органом державної влади), який утворюється Верховною Радою УРСР. Було встановлено, що Уряд складає свої повноваження перед новообраною Верховною Радою УРСР на її першій сесії.

12 лютого 1991 р. було прийнято закон про відновлення Кримської АРСР у межах території Кримської області в складі Української РСР, у зв'язку з чим Конституцію УРСР доповнено новою главою 7-1 “Кримська АРСР”. Цим же законом від 19 червня 1991 р. вносилися зміни до статей, що визначали статус і порядок діяльності місцевих

⁴⁰⁸ Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. – № 45. – Ст. 606.

Рад народних депутатів, їх виконавчих комітетів. Суттєві зміни було внесено в судоустрій у зв'язку з утворенням системи арбітражних судів, очолюваних Вищим арбітражним судом (замість органів держарбітражу), для вирішення господарських спорів. Таким чином, Верховний Суд втрачав статус найвищого судового органу Української РСР. Визнавалися несумісними заняття посади судді і статус народного депутата. Нарешті, цим законом було передбачено утворення Конституційного Суду замість Комітету конституційного нагляду УРСР.

У черговий раз змінювалися конституційні положення щодо статусу і порядку діяльності Верховної Ради та Уряду УРСР, склад суб'єктів права законодавчої ініціативи (до яких було включено Конституційний Суд, Вищий арбітражний суд, а також Верховну Раду Кримської АРСР і водночас виключено з числа цих суб'єктів Комітет народного контролю УРСР та громадські організації). Вводився інститут відставки Кабінету Міністрів УРСР або окремих його членів у разі вираження їм недовіри Верховною Радою УРСР⁴⁰⁹.

22 травня 1991 р. Верховна Рада розглянула Концепцію нової Конституції України⁴¹⁰ і доручила Комісії по розробці нової Конституції доопрацювати її з урахуванням обговорення і винести на схвалення Верховної Ради, яке відбулося 19 червня 1991 р. Так, 19 червня 1991 р. Верховна Рада Української РСР прийняла Постанову про схвалення Концепції нової Конституції України⁴¹¹.

Зміст Концепції нової Конституції України зводився до визначення загальнометодологічних принципів самої Концепції, а також структури Конституції. Щодо загальнометодологічних принципів, то їх було сформульовано шість, зміст яких зводився до такого: нова Конституція повинна ґрунтуватися на Декларації про державний суверенітет України, закріпити, розвинути й конкретизувати її положення; Конституція має визначати пріоритети загальнолюдських цінностей, закріпити принципи соціальної справедливості, утвердити демократичний і гуманістичний вибір народу України, чітко показати прихильність України загальновизнаним нормам міжнародного права; норми нової Конституції повинні бути нормами прямої дії; нова Конституція має бути стабільною; для забезпечення стабільності й ефективності Конституції має бути запроваджений інститут конституцій-

⁴⁰⁹ Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 9. – Ст. 84; № 19. – Ст. 233; № 26. – Ст. 294; № 35. – Ст. 467.

⁴¹⁰ Про Концепцію нової Конституції України: Постанова ВР УРСР від 22.05.1991 р. № 1056–ХІІ // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 26. – Ст. 302.

⁴¹¹ Концепція нової Конституції України: схвалена Постановою ВР УРСР від 19.06.1991 р. № 1213–ХІІІ // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 35. – Ст. 466.

них законів, посилання на які міститимуться в тексті самої Конституції.

Однією з найбільш значущих змін до Конституції в цей період стало заснування поста Президента Української РСР законом від 5 липня 1991 р.

Згідно із цим Законом, Президент УРСР визнавався найвищою посадовою особою Української держави і главою виконавчої влади. Він обирається громадянами УРСР на основі загального, рівного і прямого виборчого права при таємному голосуванні строком на п'ять років. Визначалися повноваження Президента і відповідні зміни у статусі інших органів влади. Президентів було надано право підписання законів та повернення закону зі своїми запереченнями до Верховної Ради для повторного обговорення й голосування. При цьому було встановлено, що закон вважається прийнятим, якщо Верховна Рада підтвердить раніше прийняте нею рішення більшістю голосів. Встановлювалося, що в разі порушення Президентом Конституції і законів УРСР він за висновком Конституційного Суду може бути зміщений з посади Верховною Радою рішенням не менш як двох третин від загальної кількості народних депутатів. Було встановлено, що Верховна Рада УРСР може призначити всеукраїнський референдум з питання про дострокове припинення повноважень Президента за ініціативою громадян. У цей же день був ухвалений Закон «Про Президента Української РСР»⁴¹².

Події у Москві 19–21 серпня 1991 р. різко прискорили процес руху союзних республік, які на той час ще не стали самостійними державами, до їх незалежності. Зокрема, Верховна Рада Української РСР 24 серпня 1991 р. прийняла постанову, якою проголосила Україну незалежною демократичною державою. Цією постановою визнавалися чинними на території України лише її Конституція, закони, постанови Уряду та інші акти законодавства республіки. Водночас нею передбачалося провести 1 грудня 1991 р. республіканський референдум на підтвердження проголошення незалежності. Референдум підтвердив акт проголошення незалежності України.

“Таким чином, – за визначенням О.І. Ющика, – перший рік після прийняття Декларації про державний суверенітет України можна розглядати як *перший етап* розвитку незалежності української держави, впродовж якого сталися суттєві зміни у державному устрої Української РСР, що супроводжувалися істотними змінами конституційного ладу та правової системи України... Після проголошення Актом від

⁴¹² Про Президента Української РСР : Закон УРСР від 05.07.1991 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 33. – Ст. 445, 446.

24 серпня 1991 р. України незалежною демократичною державою почався відлік *другого етапу* розвитку сучасної української державності⁴¹³.

3.2.2. Концептуальне визначення установчої влади в Декларації про державний суверенітет України

Прийняття Верховною Радою Української РСР 16 липня 1990 р. Декларації про державний суверенітет України⁴¹⁴ вважають відправною точкою формування нормативно-правової моделі конституційного устрою сучасної України.

Декларація складалася з преамбули й десяти розділів. У тексті Декларації зазначено, що Верховна Рада Української РСР, виражаючи волю народу України, маючи на меті утвердити суверенітет і самоврядування народу України, проголошує державний суверенітет як верховенство, самостійність, повноту і неподільність влади Республіки в межах її території та незалежність і рівноправність у зовнішніх відносинах. Декларація, як зазначено в її тексті, є основою для нової Конституції і законів України.

Але, як виявиться пізніше, закладені в Декларації положення тільки частково знайшли своє втілення в новій Конституції України⁴¹⁵.

Наголошуючи на вихідному значенні Декларації для здійснення установчо-державної функції народовладдя, Л.М. Шипілов у дисертаційній роботі “Принцип народовладдя і його здійснення в Україні”, зокрема, зазначав, що цей документ, визначивши стратегію розвитку країни на побудову демократичного суспільства і правової держави, закріпив ряд положень, що мають фундаментальне значення для ствердження народовладдя в Україні⁴¹⁶. До таких концептів автор відносить: 1) проголошення принципу національного суверенітету (“Українська РСР як суверенна національна держава розвивається... на основі здійснення українською нацією свого невід’ємного права на самовизначення”); 2) спрямованість самого документа, яка впливає з Преамбули Декларації, на “повноцінний політичний, економічний, соціа-

⁴¹³ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу: монографія / О.І. Ющик. – К.: Парламентське вид-во, 2004. – С. 206.

⁴¹⁴ Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. – № 31. – Ст. 429.

⁴¹⁵ Дет. див.: Максакова Р.М. Трансформація установчої влади в Україні: від Декларації про державний суверенітет до Конституції України / Р.М. Максакова // Держава та регіони. Серія: Право. – 2010. – № 4. – С. 6–11.

⁴¹⁶ Шипілов Л.М. Принцип народовладдя і його здійснення в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 / Леонтій Миколайович Шипілов. – Х., 2004. – 208 с. – С. 141.

льний і духовний розвиток народу України”, що отримує свою деталізацію в розділах VI, VII, VIII, на утвердження суверенітету і самоврядування народу України.

Проголошені в Декларації принципи територіальної цілісності держави та права націй на самовизначення можна вважати відображенням закладеної в текст документа концепції установчої влади.

Зокрема, І.А. Куян зазначає, що викладений у Декларації принцип територіального верховенства, або непорушності території і політичної незалежності держав тісно пов’язаний з іншими принципами цієї Декларації: невтручання у справи та внутрішню компетенцію інших держав; вирішення міжнародних спорів мирними засобами; суверенної рівності держав, а також рівноправності та самовизначення народів. За принципом рівноправності і права народів розпоряджатися своєю долею всі народи мають право вільно визначати свій політичний статус і здійснювати економічний, соціальний та культурний розвиток, і кожна держава повинна поважати це право. Способами здійснення права народу на самовизначення декларація визначає створення суверенної та незалежної держави, вільне приєднання до незалежної держави або об’єднання з нею чи встановлення будь-якого іншого політичного статусу, вільно визначеного народом. За Декларацією, кожна держава повинна утримуватися від будь-яких насильницьких дій, що позбавляють народи їх права на самовизначення, свободу й незалежність. Водночас автор зазначає, що положення цього принципу не повинні тлумачитися як такі, що санкціонують або заохочують будь-які дії, що могли б призвести до розчленування, часткового чи цілковитого порушення територіальної цілісності або політичної єдності суверенних та незалежних держав.

Отже, підсумовує І.А. Куян, вже за змістом Декларації про принципи міжнародного права вбачається взаємопроникнення принципів територіальної цілісності держав та права націй на самовизначення⁴¹⁷. Роблячи цей висновок, І.А. Куян посилається на Й.Д. Левіна, з позиції якого принцип права на самовизначення – це морально-політична норма, що встановлює межі значущості принципу територіального status quo. З поєднання цих двох принципів випливає, що кожна держава має право на свою територіальну недоторканність, оскільки це право спирається на згоду народів, які населяють цю територію⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Куян І. Співвідношення принципів територіальної цілісності держави та права націй на самовизначення як складових частин державного суверенітету [Електронний ресурс] / І. Куян // Віче. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/1554/>.

⁴¹⁸ Левин И.Д. Суверенитет / И.Д. Левин. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. – 373 с.

У Декларації про державний суверенітет України народ визнавався єдиним джерелом *державної влади*. Таке визначення створило формальну суперечність із чинною на той час Конституцією⁴¹⁹.

Декларація вперше формулює визначення поняття “народ України”, який становлять *громадяни Республіки всіх національностей*. Саме цей суб’єкт надалі виступає як *суверен*, якому належить повнота влади в Україні. Це положення згодом було реалізоване у формі референдуму 1 грудня 1991 р., хоча в Декларації формами здійснення влади народу визначалося *безпосереднє народовладдя* та реалізація влади *через народних депутатів, обраних до Верховної і місцевих рад Української РСР* і нічого не було сказано про референдуми⁴²⁰.

Разом з тим це питання має дуже важливе значення для визначення установчої влади в сучасній українській історії. Справа в тому, що про всеукраїнський референдум *на конституційному рівні* вперше згадано лише в конституційному Законі № 2113-12 від 14 лютого 1992 р., згідно з яким до повноважень Верховної Ради України було віднесено прийняття рішень про проведення *всеукраїнських референдумів*. До того часу чинна Конституція УРСР 1978 р. такого повноваження не передбачала, в ній узагалі не було такого поняття. Відповідно до положень ст. 5 Конституції, визначалося, що найважливіші питання державного життя виносяться на *всенародне обговорення*, а також ставляться на *всенародне голосування (референдум)*. Крім зазначеного в ст. 5, жодної згадки про референдум в інших положеннях Конституції УРСР у редакції 1978 р. не було. У ст. 46 Конституції було закріплене право громадян Української РСР брати участь в управлінні державними і суспільними справами, *в обговоренні та прийнятті законів і рішень загальнодержавного й місцевого значення*. Це право забезпечувалося можливістю обирати та бути обраним до Рад народних депутатів і інших виборних органів, *“брати участь у всенародних обговореннях та голосуваннях”*. При цьому не йшлося про те, чи це голосування в ході опитування громадської думки, чи вони означають обов’язкове для влади рішення громадян. Тобто, задекларувавши референдум як спосіб вирішення найважливіших питань державного життя в ст. 5, змістом наступних положень Конституції не передбачалося за громадянами право на участь у референдумах; не визначався

⁴¹⁹ Ющик О.І. Теоретичні проблеми законодавчого процесу : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 / Олексій Іванович Ющик. – К., 2005. – 396 с. – С. 198–199.

⁴²⁰ Нагадаємо, що на момент прийняття Декларації про державний суверенітет діяла Конституція УРСР 1978 р. згідно з положеннями якої ради народних депутатів – ВР, обласні, районні, міські, районні у містах, селищні і сільські – становили єдину систему органів державної влади (ст. 78 Конституції УРСР).

механізм їх організації та проведення. Не врегульовані ці питання були і чинним на той час конституційним законодавством. Така формула не давала підстав говорити про народ як суб'єкта, що здійснює владу через всенародний референдум.

3 липня 1991 р. Верховна Рада прийняла Закон УРСР “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” № 1286-XII, яким було визначено порядок організації і проведення референдумів в Україні⁴²¹. З погляду реалізації установчої влади можна зазначити, що Верховна Рада в цьому випадку перевищила свої повноваження щодо чіткого виконання норм чинної на той час Конституції УРСР і запровадила нові зміни в системі здійснення установчої влади.

Так, по-перше, Верховна Рада, нехтуючи визначеною в тексті Основного Закону термінологією, який встановлював можливість проведення *всенародного голосування (референдуму)*, на свій власний розсуд встановила систему референдумів в Україні, закріпивши їх у Законі “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” та визначивши такі види референдумів: *всеукраїнський і місцевий*.

По-друге, нормами Конституції передбачалася можливість *проведення референдумів щодо найважливіших питань державного життя*, проте жодної згадки про обговорення на референдумах питань місцевого значення (як це визначав Закон № 1286-XII) Конституція не містила.

По-третє, чинна на той час редакція Конституції УРСР не відносила до відання Верховної Ради повноваження щодо прийняття рішень про проведення всеукраїнських референдумів (відповідна норма була закріплена лише 14 лютого 1992 р. Законом “Про внесення змін до Конституції” № 2113-12⁴²²).

По-четверте, навіть у наступному процесі внесення змін до Конституції й прийняття Закону про референдуми не було визначено як вид *республіканський* референдум. Внесені зміни передбачали, що питання державного життя вирішуються шляхом проведення *всеукраїнського* референдуму. До того ж, визначений у Постанові Верховної Ради УРСР “Про проголошення незалежності України” від 24 серпня 1991 р. № 1427-XII ВР референдум 1991 р. як *республіканський* у наступних нормативно-правових актах Верховної Ради називався вже *всеукраїнським* (наприклад: Постанова ВРУ “Про проведення *всеук-*

⁴²¹ Про всеукраїнський та місцеві референдуми: Закон України від 3 липня 1991 р. № 1286-XII [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=2&user=1239870492680093>.

⁴²² Про внесення змін і доповнень до Конституції (Основного Закону) України: Закон України від 14 лютого 1992 р. № 2113-12 // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 20. – Ст. 271.

раїнського референдуму в питанні про проголошення незалежності України” від 11 жовтня 1991 р. № 1660-XII⁴²³; Постанова ВРУ “Про форму бюлетеня для голосування на *всеукраїнському* референдумі” від 11 жовтня 1991 р. № 1661-XII⁴²⁴). Тому слід наголосити й на термінологічній невідповідності прийнятих Верховною Радою актів.

Виходить, що призначення Верховною Радою УРСР республіканського референдуму на 1 грудня 1991 р., а також закріплення за Верховною Радою повноваження проголошувати всеукраїнський референдум (визначене Законом України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”) здійснювалося всупереч чинному конституційному регулюванню. А процес регламентації інституту референдуму, здійснений Верховною Радою, був внутрішньо суперечливим. Тому можна впевнено стверджувати, що Закон “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” не був конституційним, бо він не відповідав чинній Конституції. Неправовий характер мали й положення Постанови Верховної Ради УРСР “Про проголошення незалежності України” щодо призначення референдуму.

Та, незважаючи на таку регламентацію питань щодо референдумів в УРСР, це не стало на заваді Верховній Раді УРСР призначити і провести республіканський референдум, який відбувся 1 грудня 1991 р. з питання підтвердження проголошеної нею ж незалежності України в Постанові Верховної Ради УРСР “Про проголошення незалежності України” від 24 серпня 1991 р. № 1427-XII⁴²⁵.

Таким чином, прийнятий 3 липня 1991 р. Закон України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”, незважаючи на його внутрішньо суперечливий характер, а також сумнівну правову основу, зайняв особливе місце в процесі конституювання установчої влади в Україні. А проведений відповідно до його положень референдум 1 грудня 1991 р. надав вищої юридичної сили Акту проголошення незалежності України. По суті, Всеукраїнський референдум 1991 р. став формою національного державотворення⁴²⁶.

⁴²³ Про проведення всеукраїнського референдуму в питанні про проголошення незалежності України: Постанова Верховної Ради України від 11 жовтня 1991 р. № 1660-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 48. – Ст. 663.

⁴²⁴ Про форму бюлетеня для голосування на всеукраїнському референдумі: Постанова Верховної Ради України від 11 жовтня 1991 р. № 1661-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 48. – Ст. 664.

⁴²⁵ Про проголошення незалежності України: Постанова Верховної Ради УРСР від 24 серпня 1991 р. № 1427-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 38. – Ст. 502.

⁴²⁶ Погорілко В.Ф. Референдне право України: навч. посіб. / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко. – К.: Ліра-К, 2006. – 366 с. – С. 66.

У положеннях Декларації про державний суверенітет було закладено основні ідеї установчої влади, зокрема, щодо визначення органу, який має право виступати від імені народу. У тексті Декларації зазначено: *“Від імені всього народу може виступати виключно Верховна Рада Української РСР”*. При цьому особливо наголошено, що від імені всього народу України не можуть виступати жодна політична партія, громадська організація, інше угруповання чи окрема особа.

Окремий розділ Декларації присвячено головним засадам організації і здійснення державної влади. Зазначено, що *державна влада здійснюється за принципом її розподілу на законодавчу, виконавчу та судову*. До речі, цей *принцип* організації державної влади в Україні було *вперше проголошено* саме в Декларації про державний суверенітет України. Також документ проголошував територіальне верховенство Української РСР на всій території республіки. Виключне право на володіння, користування і розпорядження національним багатством України визнавалося за народом України.

Декларацією встановлювалося, що Українська РСР визнає перевагу загальнолюдських цінностей над класовими, пріоритет загально-визнаних норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного права.

Щодо забезпечення внутрішньої і зовнішньої безпеки проголошувалося, що Українська РСР має право на власні Збройні Сили.

В Декларації вказано, що вона є основою для нової Конституції, законів України і визначає позиції Республіки при укладанні міжнародних угод, також принципи Декларації мають використовуватися для укладання союзного договору.

Характеризуючи Декларацію як акт, у якому закладено основи установчої влади сучасної української держави, розкриваючи її зміст, В.І. Акуленко, називає Декларацію політичним і правовим актом проголошення державного суверенітету. Не маючи сили закону, пише автор, Декларація відіграла важливу роль в утвердженні реального суверенітету України, розбудові Української держави⁴²⁷.

Важливість Декларації, на думку О.І. Ющика, полягає в тому, що в цьому акті вперше формулювалися визначальні для майбутньої національної держави та правової системи моменти. Саме прийняття Декларації поклало початок першого етапу розвитку незалежності Української держави, впродовж якого сталися суттєві зміни в держав-

⁴²⁷ Акуленко В.І. Декларація про державний суверенітет України 1990 / В.І. Акуленко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 2: Д–Й. – 744 с. – С. 35.

ному устрої УРСР, що супроводжувалися істотними змінами конституційного ладу та правової системи України⁴²⁸.

Виступаючи на урочистому засіданні Верховної Ради України з нагоди 20-ї річниці прийняття Декларації про державний суверенітет України, В.М. Литвин високо оцінив роботу тодішньої Верховної Ради, яка, за його словами, проголосивши Декларацію “оперативно і послідовно”, заклала підвалини нового курсу розвитку українського законодавства. Уже 30 липня 1990 р. ухвалене рішення про повернення в нашу державу для продовження служби солдат, які були призвані з її території до лав Радянської Армії. 2 серпня 1990 р. ухвалено Закон “Про економічну самостійність Української РСР”, 31 жовтня – Постанову “Про реалізацію Декларації про державний суверенітет України у сферах відносин з радянськими республіками”, якою упорядковувалася механізм укладення міжнародних договорів; 4 грудня – Закони “Про ціни і ціноутворення” і “Про державну податкову службу Української РСР”; 25 грудня – Закон “Про міліцію”, Постанову “Про реалізацію Декларації про державний суверенітет України в сфері зовнішніх зносин”, де визначався порядок встановлення дипломатичних, консульських і торговельних відносин України з іноземними державами⁴²⁹.

При цьому, враховуючи всі позитивні чинники щодо значення Декларації в історії сучасного українського конституціоналізму взагалі та визначення основ установчої влади зокрема, не можна однозначно стверджувати про її беззаперечний характер та відсутність проблем щодо реалізації її положень. Зокрема, О.І. Ющик, досліджуючи цю проблематику, відзначає: “Оскільки формування національної правової системи багато в чому не відповідало Декларації про державний суверенітет України, постає питання про її обов’язковість як акта законодавчого органу”⁴³⁰. Варто сказати, вказує автор, що до 1990 р. в Українській РСР був приклад прийняття акта під назвою “декларація”. Мається на увазі Декларація Верховної Ради УРСР від 20 квітня 1978 р. про прийняття та оголошення Конституції (Основного Закону) УРСР. Очевидно, що тоді вона мала значення особливо урочистого закону про прийняття та введення в дію Конституції Української РСР 1978 р., була конституційним актом законодавчого характеру, що суттєво відрізняється від Декларації 1990 р. Адже

⁴²⁸ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу: монографія / О.І. Ющик. – К.: Парламентське вид-во, 2004. – С. 206, 210.

⁴²⁹ 20 років Декларації про державний суверенітет України: час для консолідації [Електронний ресурс] // Віче. – Режим доступу: <http://www.viche.info/news/1057/>.

⁴³⁰ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу: монографія / О.І. Ющик. – К.: Парламентське вид-во, 2004. – С. 206, 210.

остання, як сказано в ній, слугувала основою для нової Конституції та законів, тобто за своєю змістовною спрямованістю була протилежністю Декларації 1978 р., заперечуючи чинну на той час Конституцію й орієнтуючи на вироблення нової Конституції. З другого боку, вона передбачала верховенство чинної Конституції УРСР на території республіки. Отже, із прийняттям Декларації про державний суверенітет юридична дія існуючої Конституції УРСР лишалася незмінною, але змінювалася суспільно-політична оцінка її змісту та перспективи дії в майбутньому. Це вказує на *політико-декларативний, а не нормативно-правовий характер Декларації*, що зумовлювало необхідність конституювати її положення в новій Конституції, закріпити їх у вигляді нормативних приписів, а не декларативних положень, перевести їх на мову юридичного закону⁴³¹.

Оцінюючи важливість Декларації для розвитку законодавства України, В.М. Заруба і Р.Ю. Васьковський наголошували на тому, що Декларація дала підстави для реорганізації державного механізму, місцевого самоврядування, органів прокуратури, міліції, суду в інтересах республіки⁴³².

Зміст Декларації дійсно мав концептуальне значення для закладення основ установчої влади на території незалежної України. Але слід також звернути увагу й на те, що, підтримуючи в цілому висновки В.М. Заруби і Р.Ю. Васьковського щодо впливу Декларації на подальший розвиток конституціоналізму в Україні, досить суперечливою можна визначити їх позицію щодо закладених у Декларації підстав для реорганізації місцевого самоврядування, оскільки реорганізації може бути підданий вже сформований інститут, що не можна сказати про інститут місцевого самоврядування, який за чинною на той час Конституцією 1978 р. навіть не існував. Хоча його відсутність у тексті Декларації, яка в цьому ж тексті визначалася основою для нової Конституції і законів України, не заважала появі цього інституту спочатку на рівні поточного законодавства, а потім і в тексті Основного Закону.

О.І. Ющик зазначає, що “практика законодавчої діяльності Верховної Ради УРСР після 16 липня 1990 р. засвідчила політико-декларативний характер Декларації про державний суверенітет, оскільки національна правова система на початковому етапі її становлення формувалася на внутрішньо суперечливій політико-правовій осно-

⁴³¹ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу: монографія / О.І. Ющик. – К.: Парламентське вид-во, 2004. – С. 211.

⁴³² Заруба В.М. Історія України [Електронний ресурс] / Віктор Миколайович Заруба, Ростислав Юрійович Васковський. – Режим доступу: <http://histua.com/knigi/istoriya-ukraini-zaruba-vaskovskij>.

ві. Закріплені в Конституції основи суспільного ладу і державного устрою Української РСР втратили сенс політико-нормативного орієнтира для формування національного права, однак залишались юридично обов'язковою конституційною базою законодавства. Тому із самого початку закладався внутрішньо суперечливий характер творення правової системи, а помножений на економічні та соціально-політичні суперечності в суспільстві, цей процес набував із часом хаотичного руйнівного характеру»⁴³³.

Однак суперечливий характер практики реалізації Декларації не применшує її вагомий вплив на подальший розвиток державотворчих процесів в Україні та визначення нової системи установчої влади. Адже, як зазначає Ю.С. Шемшученко, хоча за своїм змістом Декларація відповідно до її назви присвячена насамперед і переважно державному суверенітету, її зміст значно ширший і багатогранніший, реально вона проголошує основні засади майбутнього державного суспільного ладу України, статусу людини й громадянина, організації державної влади тощо⁴³⁴.

3.2.3. Ідеї Декларації про державний суверенітет України й розробка нової Конституції України

Концептуальні засади установчої влади, закладені в текст Декларації про державний суверенітет України, у процесі розробки нової Конституції України зазнали істотних трансформацій⁴³⁵.

Досліджуючи цей період конституційного правотворення, В.Я. Тацій та Ю.М. Тодика визначили *два етапи* підготовки нової Конституції України⁴³⁶. Завданням *першого етапу* (1990–1993 рр.) була підготовка проекту нової конституції; *другого* (1994–1996 рр.) – опрацювання на основі проекту Конституції 1993 р. діючих у той час

⁴³³ Ющик О.І. Проблема співвідношення Декларації про державний суверенітет і Конституції України в контексті правової держави [Електронний ресурс] / О.І. Ющик // Віче. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/2152/>.

⁴³⁴ Шемшученко Ю. Державний суверенітет і правова держава (до 20-річчя Декларації про державний суверенітет України) [Електронний ресурс] / Ю. Шемшученко // Віче. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/2146/>.

⁴³⁵ Максакова Р.М. Трансформація установчої влади в Україні: від Декларації про державний суверенітет до Конституції України / Р.М. Максакова // Держава та регіони. Серія: Право. – 2010. – № 4. – С. 6–11; Максакова Р.М. Ідея установчої влади народу в Декларації про державний суверенітет та Конституції України: проблеми співвідношення / Р.М. Максакова // Концепція правової держави у світлі Декларації про державний суверенітет і Конституції України : матеріали науково-практичної конференції (21 червня 2010 р., м. Київ). Частина II // Віче. – 2010. – № 18. – С. 4–6.

⁴³⁶ Тацій В.Я. Нова Конституція України і питання розвитку конституційного процесу / В.Я. Тацій, Ю.М. Тодика // Правознавство: доповіді та повідомлення III Міжнародного конгресу українців. – Х. : Око, 1996. – С. 3–4.

Конституції України 1978 р. і Конституційного Договору між Верховною Радою та Президентом України 1995 р.

М.Ф. Орзіх виділяв *три основних етапи* проведення конституційної реформи, наголошуючи при цьому, що така періодизація є досить умовною, бо відбувається історичне “накладення” подій, їх хронологічне перетинання:

- 1) формування нормативно-правової моделі конституційного ладу України (1989–1995 рр.);
- 2) підготовка та прийняття Конституції України (1992–1996 рр.);
- 3) новелізація конституційного ладу, підготовка змін до Конституції України, формування політико-правової системи українського конституціоналізму (сучасний етап)⁴³⁷.

М.О. Теплюк називає *чотири періоди* процесу розроблення й прийняття нової Конституції України:

- 1) від прийняття Декларації до утворення першої Конституційної комісії (липень – жовтень 1990 р.);
- 2) робота першої Конституційної комісії (жовтень 1990 р. – листопад 1994 р.);
- 3) робота другої Конституційної комісії (листопад 1994 р. – березень 1996 р.);
- 4) розгляд і прийняття Конституції України Верховною Радою України (березень – 28 червня 1996 р.)⁴³⁸.

Також *чотири етапи* процесу розроблення й прийняття Конституції України називає О.Ф. Фрицький, але з дещо іншим підходом до визначення окремих періодів. Так, *перший етап*, як і в періодизації М.О. Теплюка, на думку науковця, починається з прийняття Декларації 16 липня 1990 р., а закінчується поданням 26 жовтня 1993 р. чергового проекту Конституції; *другий* – розпочався після завершення дострокових парламентських, президентських виборів та охоплював період з 10 листопада 1994 р. до 8 червня 1995 р.; *третій* – з 18 червня 1995 р. до 28 червня 1996 р.; *четвертий* – розпочався з 28 червня 1996 р. і тривав до часу прийняття ВРУ Закону про імплементацію в текст Основного Закону змін і доповнень, внесених на підставі всеукраїнського референдуму, проведеного за народною ініціативою 16 квітня 2000 р.⁴³⁹

⁴³⁷ Орзіх М.Ф. Конституционная реформа в Украине: [учеб. пособ.] / Марк Филиппович Орзіх. – О. : Юрид. лит-ра, 2003. – 128 с. – С. 11.

⁴³⁸ Теплюк М.О. Верховна Рада України: від Декларації – до Конституції України 1996 р. / М.О. Теплюк // Український парламентаризм: минуле і сучасне / [за ред. Ю.С. Шемшученка]. – К. : Парламентське вид-во, 1999. – С. 198–216.

⁴³⁹ Фрицький О.Ф. Конституційне право України : підручник / О.Ф. Фрицький. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – 536 с. – С. 85–93.

У літературі запропоновано й кілька інших варіантів періодизації процесу розробки та прийняття Конституції України. Відмінності в періодизації, на думку О.І. Ющика, зумовлені відсутністю єдиного підходу до її визначення. Автор також звертає увагу на те, що в одних випадках науковці застосовують певні критерії для проведення періодизації (наприклад, виходять з того, який суб'єкт був основною рушійною силою конституційного процесу в той чи інший період); а в інших – важко знайти будь-яку класифікуючу основу⁴⁴⁰.

При цьому для визначення процесу розробки, прийняття й внесення змін до Конституції дослідники застосовують різну термінологію. Одні називають його конституційним процесом, інші – конституційною реформою. Критикуючи ряд авторів за “необережне застосування термінології” (Р. М.), О.І. Ющик зазначав, що розробку та прийняття Конституції України 1996 р. не можна називати конституційною реформою, бо при цьому відбувалися найбільш істотні зміни конституційно-правових інститутів і прийняття *першої конституції нової держави*, а не трансформація конституції існуючої держави⁴⁴¹. Автор обґрунтовує власний підхід до визначення термінології та виділення періодизації процесу розробки, прийняття й подальшого внесення змін до Конституції. Визначаючи процес розробки і прийняття нової Конституції як особливий вид законодавчого процесу – конституційний процес, він розмежовує три способи його реалізації в Україні:

– *поточний конституційний процес*, спрямований на внесення змін до чинної впродовж певного часу Конституції 1978 р. (жовтень 1990 р. – червень 1995 р.);

– *перспективний конституційний процес*, зміст якого становить вироблення нової Конституції України (тривав паралельно з поточним і закінчився в липні 1996 р. підписанням нової Конституції України);

– *новітній конституційний процес*, зміст якого становить внесення змін до Конституції України 1996 р. (розпочався в лютому 1997 р. з прийняттям ВРУ постанови про загальний план законодавчих робіт на 1997 р., якою Інституту законодавства доручалося розробити законопроект про внесення змін до Конституції України)⁴⁴².

Робота Верховної Ради та Президента України, проведена в період розвитку українського конституціоналізму щодо розробки та

⁴⁴⁰ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу: монографія / О.І. Ющик. – К.: Парламентське вид-во, 2004. – 519 с. – С. 247.

⁴⁴¹ Там само. – С. 250.

⁴⁴² Там само. – С. 279–281.

прийняття Конституції України 1996 р., відображена в 24 нормативних актах з питань прийняття Конституції України, таких як:

– Постанова Верховної Ради Української РСР “Про Комісію по розробці нової Конституції Української РСР” від 24 жовтня 1990 р. № 405-ХІІ⁴⁴³;

– Постанова Верховної Ради Української РСР “Про Концепцію нової Конституції України” від 22 травня 1991 р. № 1056-ХІІ⁴⁴⁴;

– Постанова Верховної Ради Української РСР “Про Концепцію нової Конституції України” від 19 червня 1991 р. № 1213-ХІІ⁴⁴⁵;

– Постанова Верховної Ради України “Про обрання співголовою Комісії по розробці нової Конституції України Голови Верховної Ради України Плюща І.С.” від 22 квітня 1992 р. № 2293-ХІІ⁴⁴⁶;

– Постанова Верховної Ради України “Про проект нової Конституції України” від 1 липня 1992 р. № 2525-ХІІ⁴⁴⁷;

– Постанова Верховної Ради України “Про проект нової Конституції України” від 8 жовтня 1993 р. № 3494-ХІІ⁴⁴⁸;

– Постанова Верховної Ради України “Про чисельний склад Комісії з опрацювання проекту нової Конституції України (Конституційної Комісії)” від 20 вересня 1994 р. № 165/94-ВР⁴⁴⁹;

– Постанова Верховної Ради України “Про кандидатури до складу Комісії по опрацюванню проекту нової Конституції України (Конституційної комісії України)” від 21 жовтня 1994 р. № 227/94-ВР⁴⁵⁰;

⁴⁴³ Про Комісію по розробці нової Конституції Української РСР : Постанова Верховної Ради Української РСР від 24 жовтня 1990 р. № 405-ХІІ // Відомості Верховної Ради. – 1990. – № 45. – Ст. 607.

⁴⁴⁴ Про Концепцію нової Конституції України : Постанова Верховної Ради Української РСР від 22 травня 1991 р. № 1056-ХІІ // Відомості Верховної Ради. – 1991. – № 26. – Ст. 302.

⁴⁴⁵ Про Концепцію нової Конституції України : Постанова Верховної Ради Української РСР від 19 червня 1991 р. № 1213-ХІІ // Відомості Верховної Ради. – 1991. – № 35. – Ст. 466.

⁴⁴⁶ Про обрання співголовою Комісії по розробці нової Конституції України Голови Верховної Ради України Плюща І.С. : Постанова Верховної Ради України від 22 квітня 1992 р. № 2293-ХІІ // Відомості Верховної Ради. – 1992. – № 30. – Ст. 424.

⁴⁴⁷ Про проект нової Конституції України : Постанова Верховної Ради України від 1 липня 1992 р. № 2525-ХІІ // Відомості Верховної Ради. – 1992. – № 37. – Ст. 550.

⁴⁴⁸ Про проект нової Конституції України : Постанова Верховної Ради України від 8 жовтня 1993 р. № 3494-ХІІ [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/3494.html>.

⁴⁴⁹ Про чисельний склад Комісії з опрацювання проекту нової Конституції України (Конституційної Комісії) : Постанова Верховної Ради України від 20 вересня 1994 р. № 165/94-ВР [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/0165.html>.

– Постанова Верховної Ради України “Про склад Комісії з опрацювання проекту нової Конституції України (Конституційної Комісії)” від 10 листопада 1994 р. № 231/94-ВР⁴⁵¹;

– Постанова Президії Верховної Ради України “Про проект Постанови Верховної Ради України, поданий народними депутатами України щодо Конституційного договору між Верховною Радою України та Президентом України” від 5 червня 1995 р. № 350/95-ПВ⁴⁵²;

– Указ Президента України “Про забезпечення додержання положень Конституційного Договору між Президентом України і Верховною Радою України “Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України” від 9 серпня 1995 р. № 723/95⁴⁵³;

– Постанова Верховної Ради України “Про питання розробки проекту нової Конституції України” від 22 вересня 1995 р. № 345/95-ВР⁴⁵⁴;

– Конституційний Договір між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України від 8 червня 1995 р.⁴⁵⁵;

⁴⁵⁰ Про кандидатури до складу Комісії по опрацюванню проекту нової Конституції України (Конституційної комісії України) : Постанова Верховної Ради України від 21 жовтня 1994 р. № 227/94-ВР // Відомості Верховної Ради. – 1994. – № 44. – Ст. 403.

⁴⁵¹ Про склад Комісії з опрацювання проекту нової Конституції України (Конституційної Комісії) : Постанова Верховної Ради України від 10 листопада 1994 р. № 231/94-ВР // Відомості Верховної Ради. – 1994. – № 46. – Ст. 419.

⁴⁵² Про проект Постанови Верховної Ради України, поданий народними депутатами України щодо Конституційного договору між Верховною Радою України та Президентом України : Постанова Президії Верховної Ради України від 5 червня 1995 р. № 350/95-ПВ [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/P350.html>.

⁴⁵³ Про забезпечення додержання положень Конституційного Договору між Президентом України і Верховною Радою України “Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України” : Указ Президента України від 9 серпня 1995 р. № 723/95 [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/U723.html>.

⁴⁵⁴ Про питання розробки проекту нової Конституції України : Постанова Верховної Ради України від 22 вересня 1995 р. № 345/95-ВР [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/0345.html>.

⁴⁵⁵ Конституційний Договір між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України від 8 червня 1995 р. // Відомості Верховної Ради. – 1995. – № 18. – Ст. 133.

- Постанова Верховної Ради України “Про проект Закону України про порядок прийняття нової Конституції України” від 22 лютого 1996 р. № 61/96-ВР⁴⁵⁶;
- Постанова Верховної Ради України “Про включення до порядку денного пленарних засідань Верховної Ради України питання про проект Конституції України” від 2 квітня 1996 р. № 115/96-ВР⁴⁵⁷;
- Постанова Верховної Ради України “Про подальшу роботу над проектом Конституції України” від 19 квітня 1996 р. № 128/96-ВР⁴⁵⁸;
- Постанова Верховної Ради України “Про включення до порядку денного питання про Тимчасову спеціальну комісію по опрацюванню проекту Конституції України” від 19 квітня 1996 р. № 131/96-ВР⁴⁵⁹;
- Постанова Верховної Ради України “Про створення Тимчасової спеціальної комісії по опрацюванню проекту Конституції України” від 5 травня 1996 р. № 169/96-ВР⁴⁶⁰;
- Постанова Верховної Ради України “Про проект Конституції України” від 4 червня 1996 р. № 219/96-ВР⁴⁶¹;
- Постанова Верховної Ради України “Про зміни в складі Тимчасової спеціальної комісії по опрацюванню проекту Конституції України” від 7 червня 1996 р. № 235/96-ВР⁴⁶²;

⁴⁵⁶ Про проект Закону України про порядок прийняття нової Конституції України : Постанова Верховної Ради України від 22 лютого 1996 р. № 61/96–ВР [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/0061.html>.

⁴⁵⁷ Про включення до порядку денного пленарних засідань Верховної Ради України питання про проект Конституції України : Постанова Верховної Ради України від 2 квітня 1996 р. № 115/96–ВР [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/0115.html>.

⁴⁵⁸ Про подальшу роботу над проектом Конституції України : Постанова Верховної Ради України від 19 квітня 1996 р. № 128/96–ВР [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/0128.html>.

⁴⁵⁹ Про включення до порядку денного питання про Тимчасову спеціальну комісію по опрацюванню проекту Конституції України : Постанова Верховної Ради України від 19 квітня 1996 р. № 131/96–ВР [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/0131.html>.

⁴⁶⁰ Про створення Тимчасової спеціальної комісії по опрацюванню проекту Конституції України : Постанова Верховної Ради України від 5 травня 1996 р. № 169/96–ВР [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/0169Z.html>.

⁴⁶¹ Про проект Конституції України : Постанова Верховної Ради України від 4 червня 1996 р. № 219/96–ВР [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/0219.html>.

⁴⁶² Про зміни в складі Тимчасової спеціальної комісії по опрацюванню проекту Конституції України : Постанова Верховної Ради України від 7 червня 1996 р. № 235/96–ВР [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/0235.html>.

– Постанова Верховної Ради України “Про порядок висвітлення роботи Верховної Ради України по обговоренню проекту Конституції України” від 19 червня 1996 р. № 251/96-ВР⁴⁶³;

– Постанова Верховної Ради України “Про зміни в складі Тимчасової спеціальної комісії по опрацюванню проекту Конституції України” від 24 червня 1996 р. № 252/96-ВР⁴⁶⁴;

– Постанова Верховної Ради України “Про процедуру продовження розгляду проекту Конституції України у другому читанні” від 27 червня 1996 р. № 253/96-ВР⁴⁶⁵;

– Закон України “Про прийняття Конституції України і введення її в дію” від 28 червня 1996 р. № 254/96-ВР⁴⁶⁶.

Характеризуючи цей період розвитку українського конституціоналізму, О.І. Ющик зазначав, що фактично конституційний закон від 24 жовтня 1990 р. став першим рішучим кроком на шляху радикальної трансформації конституційних основ правової системи України. Конституційними законами від 18 квітня та 21 травня 1991 р. Уряд УРСР було названо Кабінетом Міністрів Української РСР і визначено як найвищий орган державного управління республіки (до цього він вважався вищим виконавчим і розпорядчим органом державної влади), який утворюється Верховною Радою у складі Прем’єр-міністра, Першого віце-прем’єр-міністра, Віце-прем’єр-міністра, Державного секретаря Кабінету Міністрів, державних міністрів, міністрів УРСР. Встановлювалося, що Уряд складає свої повноваження перед новообраною Верховною Радою УРСР на її першій сесії. Ці зміни здійснено, як зазначалося в назві Закону від 21 травня, “у зв’язку з вдосконаленням системи державного управління”. Дослідник акцентував на тому, що ще *до прийняття* згаданих конституційних законів Верховна Рада УРСР 18 квітня 1991 р. ухвалила *звичайний* закон, яким утворила Кабінет Міністрів УРСР у наведеному складі, включивши додатково до

⁴⁶³ Про порядок висвітлення роботи Верховної Ради України по обговоренню проекту Конституції України : Постанова Верховної Ради України від 19 червня 1996 р. № 251/96-ВР [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/0251.html>.

⁴⁶⁴ Про зміни в складі Тимчасової спеціальної комісії по опрацюванню проекту Конституції України : Постанова Верховної Ради України від 24 червня 1996 р. № 252/96-ВР [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/0252.html>.

⁴⁶⁵ Про процедуру продовження розгляду проекту Конституції України у другому читанні : Постанова Верховної Ради України від 27 червня 1996 р. № 253/96-ВР [Електронний ресурс] // Сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/site/const/post/0253.html>.

⁴⁶⁶ Про прийняття Конституції України і введення її в дію : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254/96-ВР // Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 30. – Ст. 142.

нього *Постановою ВР* від 13 травня 1991 р. Голову Комітету державної безпеки Української РСР⁴⁶⁷.

Надаючи характеристику першому етапові підготовки нової Конституції України (за наведеною вище періодизацією В.Я. Тація та Ю.М. Тодики), наголосимо, що він відзначився прийняттям Верховною Радою України Концепції нової Конституції України⁴⁶⁸ та на її основі проекту Конституції України⁴⁶⁹. У цих документах, як зауважує Л.М. Шипілов, знайшли своє закріплення базові елементи народовладдя, проголошені ще Декларацією про державний суверенітет України, зокрема, щодо визначення поняття “народ”, належності всієї повноти влади в Україні народові, форм здійснення народовладдя: “шляхом всенародного голосування (референдуму), виборів, а також через систему державних органів” (ст. 115 проекту Конституції України від 1 липня 1992 р.)⁴⁷⁰. Також чітко визначалося місце Президента в системі гілок влади як глави виконавчої влади (ст. 175 проекту Конституції України від 1 липня 1992 р.) та Прем’єр-міністра України, як заступника Президента України за посадою (ст. 190 проекту).

За словами автора, зазначений проект пройшов всенародне обговорення, що тривало протягом п’яти місяців і в процесі якого щодо проекту Конституції України було внесено понад 47 тис. пропозицій, проте його подальша доля через суб’єктивні фактори вітчизняного політикуму була похована у владних кулуарах⁴⁷¹.

У цілому підтримуючи викладену вище позицію Л.М. Шипілова, зауважимо, що визначення в Концепції нової Конституції України та на її основі в проекті Конституції України такої форми здійснення народовладдя, як всенародне голосування (референдум), навряд чи можна вважати закріпленням базових елементів народовладдя, проголошених ще Декларацією про державний суверенітет України. Нагадаємо, що розділом II “Народовладдя” в Декларації визначено, що повновладдя народу України реалізується на основі Кон-

⁴⁶⁷ Ющик О.І. Теоретичні проблеми законодавчого процесу : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 / Олексій Іванович Ющик. – К., 2005. – 396 с. – С. 199.

⁴⁶⁸ Про Концепцію нової Конституції України : Постанова Верховної Ради Української РСР від 19 червня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 35. – Ст. 466.

⁴⁶⁹ Про проект нової Конституції України : Постанова Верховної Ради України від 1 липня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 37. – Ст. 550.

⁴⁷⁰ Шипілов Л.М. Принцип народовладдя і його здійснення в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Леонтій Миколайович Шипілов. – Х., 2004. – 208 с. – С. 143.

⁴⁷¹ Тацій В.Я. Нова Конституція України і питання розвитку конституційного процесу / В.Я. Тацій, Ю.М. Тодика // Правознавство : доповіді та повідомлення III Міжнародного конгресу українців. – Х. : Око, 1996. – С. 3–23.

ституції Республіки як *безпосередньо*, так і *через народних депутатів*, обраних до Верховної і місцевих Рад Української РСР. Як виявляється, жодної згадки про всенародне голосування (референдум) Декларація не містила.

Знаковою подією цього періоду стало питання про заснування поста Президента України, яке (звертаємо особливу увагу) виникло після прийняття Декларації про державний суверенітет. Верховна Рада 25 червня 1991 р. ухвалила Постанову “Про вибори Президента Української РСР”, якою визнала за доцільне заснувати пост Президента України (в Постанові – Української РСР) до прийняття нової Конституції і провести вибори Президента у 1991 р.

А 5 липня 1991 р. було прийнято Закони України “Про заснування поста Президента Української РСР і внесення змін і доповнень до Конституції (Основного Закону) Української РСР”, “Про Президента Української РСР” і “Про вибори Президента Української РСР”⁴⁷². У цих нормативних документах визначено *статус Президента як вищої посадової особи в системі державної влади*.

Незважаючи на те, що в тексті Декларації про державний суверенітет взагалі не було згадки про інститут Президента та інститут місцевого самоврядування, на думку В. Сухоноса, саме Декларація виявилася основним чинником формування в Україні інституту глави держави. Остаточню сформований пізніше, відповідно до Конституції та чинного законодавства, інститут глави держави не лише відтворював суспільні відносини, що склалися в 1990–1996 рр., а й опосередкував міжнародний досвід функціонування схожих інститутів державної влади⁴⁷³. На думку вченого, УРСР за часів існування СРСР не можна вважати повноцінною державою, адже вона не мала прав суверенітету як верховенства в здійсненні зовнішньої та внутрішньої політики незалежно від зовнішніх сил. У цьому разі верховенство (тобто суверенітет) належало виключно Союзу РСР. Саме тому в УРСР до 1990 р. фактично не було й глави держави. Таке становище, як зазначає науковець, тривало до 16 липня 1990 р., коли Верховна Рада УРСР прийняла Декларацію про державний суверенітет України, де в розділі III наголосила на верховенстві на території УРСР Конституції та законів України. Фактично саме із часу прийняття Декларації можна було б казати, що Україна стає державою – суб’єктом федерації, главою якої став Голова Верховної Ради УРСР Л. Кравчук. А 5 липня

⁴⁷² Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1991. – № 33. – Ст. 445, 446, 448.

⁴⁷³ Сухонос В. Декларація про державний суверенітет України як основний чинник формування інституту глави держави [Електронний ресурс] / В. Сухонос // Віче. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/2192/>.

1991 р. було прийнято Закон УРСР “Про Президента Української РСР” № 1295-XII, у ч. 1 ст. 1 якого зазначено: “Відповідно до Конституції Української РСР Президент Української Радянської Соціалістичної Республіки є найвищою посадовою особою Української держави і главою виконавчої влади”⁴⁷⁴.

Запровадження поста Президента України, як зазначає М.В. Савчин, накладалося на неревізований інститут вищого представницького органу влади – Верховну Раду України. До прийняття Конституції України у 1996 р., зазначає далі автор, Верховна Рада України не була, у власному розумінні, парламентом. Відповідно до радянської концепції народовладдя, влада народу конституювалася в представницькі ієрархічні інститути – ради народних депутатів, на вершині якої й знаходилася Верховна Рада України. Відповідно до концепції народовладдя всією повнотою влади володіла саме Верховна Рада України, а від імені держави виступав формально колегіальний орган як своєрідний глава держави – Президія Верховної Ради. Таким чином, резюмує М.В. Савчин, з 1991 р. і до прийняття Конституції 1996 р. в Україні існувала проблема інституційного характеру – конкуренція повноважень Верховної Ради України і нового інституту – Президента України⁴⁷⁵.

У лютому 1992 р. до Конституції Української РСР було внесено зміни, згідно з якими *Президент України визначався главою держави й главою виконавчої влади України*. Слід відзначити, що цей же статус залишився за Президентом в укладеному 8 червня 1995 р. Конституційному Договорі між Верховною Радою та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції⁴⁷⁶. У Договорі наголошено на отриманні як Верховною Радою, так і Президентом України своїх повноважень безпосередньо від народу.

Оцінюючи значення Декларації, важливо також підкреслити й ті ідеї щодо концепції установчої влади, які не знайшли відображення в ній, але в майбутньому були реалізовані в Конституції України. Мова йде про інститут *місцевого самоврядування*, через який реалізується влада народу.

⁴⁷⁴ Сухонос В. Декларація про державний суверенітет України як основний чинник формування інституту глави держави [Електронний ресурс] / В. Сухонос // Віче. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/2192/>.

⁴⁷⁵ Савчин М.В. Конституційний статус Президента України / М.В. Савчин // Конституційне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / [за заг. ред. Ю.С. Шемшученка]. – К. : Юридична думка, 2008. – 800 с. – С. 389.

⁴⁷⁶ Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 18. – Ст. 133.

Слід звернути увагу, що вперше поняття місцевого самоврядування з'явилося в законодавстві України в Законі УРСР “Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР та місцеве самоврядування”, прийнятому 7 грудня 1990 р.⁴⁷⁷ У преамбулі зазначеного Закону встановлено, що, *виходячи з Конституції Української РСР, Декларації про державний суверенітет України*, цей Закон визначає засади місцевого самоврядування – основи демократичного устрою влади в республіці; Закон є основою реалізації державної влади і місцевого самоврядування. Цікаво, однак ані в Конституції УРСР 1978 р., ані в Декларації термін “місцеве самоврядування” не вживається. У ст. 2 Конституції УРСР від 20 квітня 1978 р., у редакції, що діяла на той момент, зазначено, що *вся влада в Українській РСР належить народові. Народ здійснює державну владу* через Ради народних депутатів, які становлять політичну основу Української РСР. Жодної згадки про *місцеве самоврядування* та навіть просто про *самоврядування* народу, як зазначено в тексті Декларації, у Конституції УРСР немає. Єдине, що встановлено в Конституції УРСР щодо влади на території певної місцевості, це закріплення в ст. 46 положення про те, що громадяни Української РСР мають право *брати участь в управлінні державними і громадськими справами*, в обговоренні та прийнятті законів і рішень загальнодержавного й місцевого значення. Звертаємо увагу на те, що в тексті Основного Закону рішення місцевого значення не віднесено до питань самоврядування або місцевого самоврядування, Конституція УРСР 1978 р. визначала їх питаннями *державного або громадського життя*.

У Декларації про державний суверенітет також відсутній термін “місцеве самоврядування”, хоча в преамбулі і йдеться *про самоврядування народу*, але народ України визначено як єдине джерело *державної влади*. Зокрема, у положеннях преамбули Декларації проголошено, що Верховна Рада Української РСР, *маючи на меті утвердити суверенітет і самоврядування народу України*, проголошує суверенітет.

Відповідно до положень ст. 2 Закону УРСР “Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР та місцеве самоврядування” від 7 грудня 1990 р., сільські, селищні, районні, міські, районні в містах, обласні Ради народних депутатів та їх органи, які є *державними органами місцевого самоврядування*, є також основною ланкою в системі місцевого самоврядування.

⁴⁷⁷ Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР та місцеве самоврядування : Закон УРСР від 7 грудня 1990 р. № 533–ХІІ // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 2. – Ст. 5.

Найближче за змістом до реалізації положень Декларації виявилася перша концепція нової Конституції України, яка повинна була зафіксувати, розвинути й конкретизувати положення Декларації. Концепція розроблена першою Конституційною комісією, утвореною в складі 59 осіб під головуванням Голови Верховної Ради Л.М. Кравчука. Утворена комісією робоча група на чолі з професором юридичного факультету Київського університету Л.П. Юзьковим після вивчення досвіду конституційного будівництва в Україні, а також практики світового конституціоналізму підготувала вказану Концепцію. Після тривалих дебатів концепція була схвалена сесією Верховної Ради і 3 липня 1991 р. опублікована в пресі.

Концепція передбачала, що в усіх адміністративно-територіальних одиницях має діяти система органів державної влади і *самоврядування* – ради та органи територіального громадського самоврядування (збори і сходи громадян, місцеві референдуми, інші форми безпосередньої демократії)⁴⁷⁸. У зв'язку з подіями серпня 1991 р. положення концепції нової Конституції так і не набули подальшого розвитку.

Перший проект нової Конституції України був підготовлений трохи більше ніж через рік після схвалення концепції, однак він значною мірою відрізнявся від неї. Так, у проекті *місцеві ради визначено як органи місцевого і регіонального самоврядування*, тоді як за концепцією вони мали бути органами державної влади і самоврядування на місцях (як це і передбачено в тексті Декларації). Ця розбіжність, пояснює М.О. Теплюк⁴⁷⁹, була зумовлена змістом Закону України “Про місцеві Ради народних депутатів, місцеве та регіональне самоврядування” від 26 березня 1992 р. № 2234-ХІІ, яким Верховна Рада України внесла зміни до Закону УРСР “Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР та місцеве самоврядування” від 7 грудня 1990 р.

Згідно зі ст. 1, 2 нової редакції Закону (від 26 березня 1992 р.), органами місцевого самоврядування визначено сільські, селищні, міські, районні в містах Ради народних депутатів; а районні та обласні Ради народних депутатів – як органи регіонального самоврядування⁴⁸⁰. Надання обласним Радам статусу органів регіонального самоврядування певною мірою пов'язане з необхідністю передбачити в проекті Конституції двопалатний парламент – Національні збори України, зазначав М.О. Теплюк, тоді як за концепцією Верховна Рада

⁴⁷⁸ Теплюк М.О. Верховна Рада України: від Декларації – до Конституції України 1996 р. / М.О. Теплюк // Український парламентаризм: минуле і сучасне / [за ред. Ю.С. Шемшученка]. – К. : Парламентське вид-во, 1999. – С. 198–216.

⁴⁷⁹ Там само. – С. 198–216.

⁴⁸⁰ Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 28. – Ст. 387.

України мала бути однопалатним парламентом⁴⁸¹. Вважаючи це питання важливим, продовжує автор, Конституційна комісія запропонувала й варіант однопалатного парламенту.

Прийнятий Верховною Радою України 3 лютого 1994 р. Закон “Про формування місцевих органів влади і самоврядування” поновив місцеве самоврядування на всіх рівнях адміністративно-територіального поділу держави⁴⁸². Крім цього, представницька та виконавча влада на місцевому рівні об’єднувалася в особі одного керівника – голови Ради. Підпорядкування центральним органам влади здійснювалося лише з питань реалізації делегованих повноважень.

Досліджуючи еволюцію місцевого самоврядування в Україні, В.А. Григор’єв писав, що амбівалентний підхід законодавця до визначення суверенітету та повновладдя народу спостерігався й у ході конституційно-проектних робіт⁴⁸³. Так, у проекті, затвердженому Конституційною комісією 11 березня 1996 р., ст. 5 Конституції не містила вказівки на “місцеве самоврядування”; в ній зазначалося, що “Україна є республікою. Єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо та через органи державної влади”⁴⁸⁴. Але в процесі доопрацювання проекту Тимчасовою спеціальною комісією, за пропозицією групи народних депутатів текст статті було змінено та викладено в чинній на сьогодні редакції. У подальшій роботі над проектом Конституції України, вказує В.А. Григор’єв, пропозиції щодо виключення “місцевого самоврядування” з тексту статті законодавцем сприйняті не були⁴⁸⁵.

У ст. 5 прийнятої 28 червня 1996 р. Конституції України народ уже визнавався *джерелом влади* (без визначення, як це було раніше, – “*державної*” влади); а також було вказано, що *народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування*. Крім цього, питанням місцевого самоврядування було присвячено окремий Розділ XI Конституції⁴⁸⁶. А подальше законо-

⁴⁸¹ Теплюк М.О. Верховна Рада України: від Декларації – до Конституції України 1996 р. / М.О. Теплюк // Український парламентаризм: минуле і сучасне / [за ред. Ю.С. Шемшученка]. – К. : Парламентське вид-во, 1999. – С. 198–216.

⁴⁸² Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 22. – Ст. 144.

⁴⁸³ Григорьев В.А. Эволюция местного самоуправления. Отечественная и зарубежная практика : монография / В.А. Григорьев. – К. : Истина, 2005. – 424 с. – С. 10.

⁴⁸⁴ Порівняльна таблиця текстів проектів Конституції України: Схвалені та доопрацьовані Тимчасовою спеціальною комісією 11 березня 1996 р. / Секретаріат Верховної Ради України. – К., 1996. – С. 47.

⁴⁸⁵ Григорьев В.А. Эволюция местного самоуправления. Отечественная и зарубежная практика : монография / В.А. Григорьев. – К. : Истина, 2005. – 424 с. – С. 10–11.

⁴⁸⁶ Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

давче регулювання та деталізацію положень Конституції інститут місцевого самоврядування отримав у Законі України “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР⁴⁸⁷.

Найбільш важливою подією для утвердження суверенітету та реалізації установчої влади на території сучасної України стало проголошення Верховною Радою Української РСР України незалежною демократичною державою. Про це було прийнято відповідну Постанову ВР УРСР “Про проголошення незалежності України” від 24 серпня 1991 р. № 1427-ХІІ⁴⁸⁸. У результаті прийняття Акта проголошення незалежності Україна була визнана суверенною державою та повноцінним суб’єктом міжнародно-правових відносин більшістю країн світу.

На відміну від Декларації про державний суверенітет, що стверджувала лише верховенство Конституції й законів УРСР на своїй території, Акт наголошував, що на території України мають чинність виключно Конституція та закони України, постанови Уряду й інші акти законодавства республіки.

В Акті було зазначено, що, здійснюючи Декларацію про державний суверенітет України, Верховна Рада Української Радянської Соціалістичної Республіки урочисто проголошує незалежність України та створення самостійної Української держави. У документі зазначалося, що територія України є неподільною й недоторканою. У Постанові від 24 серпня 1991 р. № 1427-ХІІ вказано на необхідність проведення республіканського референдуму на підтвердження акта проголошення незалежності, який має відбутися 1 грудня 1991 р.

Всукраїнський референдум відбувся в строки, визначені Постановою. Акт проголошення незалежності підтримали 90,3% громадян, що взяли участь у голосуванні. На підставі результатів всеукраїнського референдуму 1 грудня 1991 р. Україна першою з колишніх радянських республік заявила, що стосовно себе Договір 1922 р. про утворення СРСР вважає недійсним і нечинним. А 8 грудня 1991 р. підписання Біловезької угоди президентами Росії, України та Головою Верховної Ради Білорусі юридично припинило існування Радянського Союзу⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

⁴⁸⁸ Про проголошення незалежності України : Постанова ВР УРСР від 24 серпня 1991 р. № 1427-ХІІ // Відомості Верховної Ради. – 1991. – № 38. – Ст. 502.

⁴⁸⁹ Погорілко В.Ф. Конституційне право України : підручник / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко ; [за заг. ред. В.Ф. Погорілка]. – К. : Наукова думка : Прецедент, 2006. – 344 с. – С. 165.

Наступною знаковою подією в контексті установчої влади стала розробка першого проекту Конституції України. Проект, підготовлений робочою групою під керівництвом Л.П. Юзькова, після редакційних змін від 29 січня 1992 р., привернув серйозну увагу як вітчизняних, так і зарубіжних спеціалістів. Його обговорення пройшло 3–5 березня 1992 р. на міжнародному семінарі в Празі, 3–5 липня в Києві на симпозиумі “Конституція незалежної України”, а також на численних круглих столах. Цей проект після відповідних доповнень та численних експертиз 5 червня 1992 р. був ухвалений Конституційною комісією і винесений на розгляд Верховної Ради України. 1 липня 1992 р. Верховна Рада України ухвалила постанову про винесення розробленого Конституційною комісією проекту Конституції України до 1 листопада 1992 р. на всенародне обговорення. Але, за словами В.Ф. Погорілка і В.Л. Федоренка, перший проект Конституції України, як і наступні конституційні проекти, не був реалізований через перманентні протистояння між Президентом України та Верховною Радою України на тлі тривалої соціально-економічної кризи в Україні⁴⁹⁰.

Прийняття 20 вересня 1994 р. Постанови Верховної Ради України “Про чисельний склад Комісії з опрацювання проекту нової Конституції України (Конституційної Комісії)”⁴⁹¹ закріплювало представницький принцип участі в Конституційній комісії гілок влади та Автономної Республіки Крим (15 – від Верховної Ради України, 15 – від Президента України, 1 – від Верховної Ради Автономної Республіки Крим, 7 – від судових установ України та Генеральної Прокуратури України).

Наступним вагомим кроком конституювання установчої влади в Україні стало укладення 8 червня 1995 р. Конституційного Договору між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України⁴⁹². Схвалення Договору стало розв’язанням протистояння

⁴⁹⁰ Погорілко В.Ф. Конституційне право України : підручник / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко ; [за заг. ред. В.Ф. Погорілка]. – К. : Наукова думка : Прецедент, 2006. – 344 с. – С. 59.

⁴⁹¹ Про чисельний склад Комісії з опрацювання проекту нової Конституції України (Конституційної Комісії) : Постанова Верховної Ради України від 20 вересня 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. –1994. – № 40. – Ст. 367.

⁴⁹² Конституційний Договір між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України від 8 червня 1995 р. № 1к/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. –1995. – № 18. – Ст. 133.

між обома органами первинного представництва влади народу – Верховною Радою України і Президентом України (про що прямо зазначено в Преамбулі Договору) та стимулювало процес прийняття нової Конституції.

Договір декларував, що “на період до прийняття нової Конституції України організація та функціонування органів державної влади і місцевого самоврядування здійснюється на засадах, визначених Законом “Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні”.

Розділ I Договору визначав Україну демократичною, соціальною, правовою державою, яка утворена на основі здійснення українським народом свого суверенного права на самовизначення, виражає волю народу і захищає інтереси своїх громадян. Договором встановлено, що вся повнота влади в Україні належить народові. Народ є єдиним джерелом влади і здійснює її як безпосередньо – шляхом референдумів, так і через систему державних органів та органів місцевого самоврядування. Державна влада в Україні, згідно з положеннями Договору, будується на засадах її розподілу на законодавчу, виконавчу й судову, а місцеве самоврядування в Україні здійснюється через територіальну самоорганізацію громадян безпосередньо та через органи місцевого самоврядування, що обираються безпосередньо громадянами України, які проживають на території відповідно міста, селища, села.

Верховна Рада України визначалася єдиним органом законодавчої влади України, до складу якого входять 450 народних депутатів, обраних на чотири роки на основі загального, рівного і прямого виборчого права при таємному голосуванні. Її статус регулював Розділ II Договору.

Президент України, згідно з положеннями Розділу III, є главою держави і главою державної виконавчої влади України. Положення Договору передбачали, що Президент України як глава державної виконавчої влади здійснює цю владу через очолювані ним Уряд – Кабінет Міністрів України та систему центральних і місцевих органів державної виконавчої влади. Президент України обирається громадянами України строком на п’ять років на основі загального, рівного і прямого виборчого права при таємному голосуванні.

Розділ IV Договору закріплював конституційний статус Уряду України, яким Кабінет Міністрів України визначено як центральний колегіальний орган державної виконавчої влади, підпорядкований Президентові України і відповідальний перед ним.

Згідно з положеннями Розділу V Договору визначено статус судів. Зокрема, вказано, що судову владу в Україні здійснюють виключ-

но суди. Конституційний Суд України, загальні та арбітражні суди становлять судову систему України.

Прокуратура України визначалася органом державного обвинувачення, здійснення загального нагляду та нагляду за виконанням покарань у місцях позбавлення волі. Її статус закріплював Розділ VI Договору.

Розділом VII Договору визначено статус місцевих органів державної виконавчої влади та місцевого самоврядування, а також Автономної Республіки Крим. У Розділі VIII Договору вказано, що до прийняття нової Конституції України положення чинної Конституції України діють лише в частині, що узгоджується із цим Конституційним Договором.

На думку В.Ф. Погорілко та В.Л. Федоренко, Договір фактично відіграв роль альтернативної форми внесення змін до Конституції України, своєрідного механізму імплементації Закону “Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні”. Дослідники наголошували на тому, що аналіз співвідношення чинної на той час Конституції України, Закону “Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні” та Договору “Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України” свідчить про неоднозначність змісту і форми Договору 1995 р.⁴⁹³

Тогочасне й нинішнє чинне конституційне законодавство України не передбачає такої юридичної форми нормативно-правового акта, як “конституційний договір”. В.Ф. Погорілко та В.Л. Федоренко зазначали, що викликає сумнів і правомірність підписання договору Президентом України, який не був наділений законодавчими функціями. За своєю сутністю Договір мав “надконституційний” характер щодо Конституції 1978 р., але за змістом і юридичною силою був фактично конституційним законом, дія якого обмежувалася в часі.⁴⁹⁴

Незважаючи на неоднозначну правову природу Договору, названі автори зауважували, що це не спростовує його значення в національному конституційному процесі. В.Ф. Погорілко та В.Л. Федоренко резюмували, що Договір “Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України” 1995 р. став помі-

⁴⁹³ Погорілко В.Ф. Конституційне право України : підручник / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко ; [за заг. ред. В.Ф. Погорілка]. – К. : Наукова думка : Прецедент, 2006. – 344 с. – С. 59–61.

⁴⁹⁴ Погорілко В.Ф. Конституційне право України: Академічний курс : підручник : у 2 т. / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко ; [за заг. ред. В.Ф. Погорілка]. – К. : Юридична думка, 2006. – Т. 1. – 544 с. – С. 338–339.

тною віхою в історії конституційного права України, оскільки стимулював конституційний процес і прискорив прийняття чинної Конституції України, а також сприяв консолідації суспільства та розбудові держави^{495, 496}.

Прийняття Договору, як зазначає в дисертаційній роботі С.В. Резніченко, стало органічною частиною конституційного процесу в Україні, воно засвідчило принципово новий підхід до здійснення державної політики, на відміну від тоталітаризму радянського часу, – метод консенсусу між сторонами в політиці. Самий факт виникнення такого соціально-правового феномену, як Конституційний Договір, продовжував автор, показав позитивний приклад вирішення найбільш хворобливих кризових питань і проблем для держав із нестабільною політичною ситуацією⁴⁹⁷.

На думку О.І. Ющика, своєрідність цього політичного акта полягала в тому, що, фіксуючи певний тимчасовий компроміс різних політичних сил у боротьбі за владу, він мав водночас певне юридичне навантаження, оскільки метою цього Договору було введення Закону “Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні”, схваленого більшістю Верховної Ради України 18 травня 1995 р., у систему правових актів, що визначають конституційний лад України⁴⁹⁸.

Критично оцінюючи процесуально-правовий аспект ухвалення обох актів, О.І. Ющик зазначав, що Договір можна оцінювати позитивно, оскільки він дав змогу уникнути більш гострого розвитку подій, що не виключав російського варіанта силового усунення парламенту Президентом. Проте в правовому відношенні, продовжував науковець, цей акт, безперечно, був антиконституційним, що руйнував правову систему України в самій основі. На думку О.І. Ющика, помилковим є висновок Конституційного Суду України про те, що Конституційний Договір діяв на конституційному рівні разом з Конституцією України, яку він одночасно заперечував у частині, що не узгоджувалася із цим Договором. У системі правозастосування щодо цих двох актів не було передбачено ні суб’єктів, які мали б визначати в остан-

⁴⁹⁵ Погорілко В.Ф. Конституційне право України : підручник / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко ; [за заг. ред. В.Ф. Погорілка]. – К. : Наукова думка : Прецедент, 2006. – 344 с. – С. 59–61.

⁴⁹⁶ Погорілко В.Ф. Конституційне право України: Академічний курс : підручник : у 2 т. / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко ; [за заг. ред. В.Ф. Погорілка]. – К. : Юридична думка, 2006. – Т. 1. – 544 с. – С. 338–339.

⁴⁹⁷ Резніченко С.В. Договір як джерело конституційного права України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / С.В. Резніченко. – Одеса, 1999. – 19 с. – С. 12.

⁴⁹⁸ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу : монографія / О.І. Ющик. – К. : Парламентське вид-во, 2004. – 519 с. – С. 217.

ній інстанції таку “узгодженість”, ні механізму цього визначення. Тому на практиці, продовжував автор, кожний суб’єкт керувався тими положеннями Конституції або договору, якими вважав за потрібне, і так, як це йому було вигідно⁴⁹⁹.

Оцінюючи значення Договору в становленні національної правової системи, О.І. Ющик писав: “Перш за все Конституційний договір засвідчив, що чинна Конституція України для владної верхівки, неспроможної змінити її законним шляхом, на початок 1995 р. фактично перестала існувати. ... По-друге, законодавчий орган і глава держави визнали наявність глибокої економічної, а також політичної кризи, що призводить до соціальної напруги в суспільстві, його криміналізації та до політичного протистояння владних структур. ... Фактично вказаний акт не вирішував жодної з тих правових проблем, “прагнення” розв’язати які декларувалися в його преамбулі”⁵⁰⁰.

Виходячи з того, що як за формою, так і за змістом Договір був антиконституційним актом, О.І. Ющик зауважує, що він не вніс чіткості у визначення базових засад формування національної правової системи, тому його не варто розглядати як конститууючий момент у становленні національної правової системи⁵⁰¹.

Дійсно, Конституційний Договір не вирішував проблеми прийняття нової Конституції України. Уже 24 листопада 1995 р. Конституційна комісія підтримала пропозицію Президента України й утворила нову робочу групу в складі чотирьох представників Верховної Ради України, чотирьох представників Президента України і двох представників від органів правосуддя для доопрацювання конституційного проекту. Проект, розроблений першою робочою групою і доопрацьований другою робочою групою, був винесений на обговорення Конституційної комісії 12 березня 1996 р. і рекомендований до розгляду Верховною Радою України. 20 березня проект Конституції України був поданий на спеціальне засідання парламенту. Співголови Конституційної комісії Л. Кучма та О. Мороз, попри різницю поглядів і оцінок проекту, були однастайні в прагненні до якнайшвидшого прийняття Основного Закону⁵⁰².

⁴⁹⁹ Ющик О.І. Правова реформа: загальне поняття, проблеми здійснення в Україні / О.І. Ющик ; Ін-т законодавства Верховної Ради України. – К., 1997. – 192 с. – С. 151.

⁵⁰⁰ Ющик О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу : монографія / О.І. Ющик. – К. : Парламентське вид-во, 2004. – 519 с. – С. 217–218.

⁵⁰¹ Там само. – С. 223.

⁵⁰² Погорілко В.Ф. Конституційне право України : підручник / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко ; [за заг. ред. В.Ф. Погорілка]. – К. : Наукова думка : Прецедент, 2006. – 344 с. – С. 59–61.

Для ознайомлення зі змістом розробленого Конституційною комісією проекту Конституції України широких верств населення та врахування пропозицій від осіб та об'єднань громадян були прийняті Розпорядження Президента України “Про заходи щодо роз'яснення проекту Конституції України” від 6 квітня 1996 р.⁵⁰³, Розпорядження Президента України “Про заходи щодо обговорення проекту Конституції України у програмах Державного комітету телебачення і радіомовлення України” від 8 травня 1996 р.⁵⁰⁴, Постанова Верховної Ради України “Про порядок висвітлення роботи Верховної Ради України по обговоренню проекту Конституції України” від 19 червня 1996 р.⁵⁰⁵, у яких передбачалося організувати інформаційно-роз'яснювальну роботу серед населення щодо проекту нової Конституції України, повну трансляцію засідань Верховної Ради України з обговорення проекту Конституції України тощо.

2 квітня 1996 р. Верховна Рада України винесла питання про проект Конституції України до порядку денного пленарних засідань, а 17 квітня 1996 р. розпочався його розгляд. 28 травня – 4 червня 1996 р. відбулося перше читання проекту, а через два тижні – друге читання. Доопрацьований Тимчасовою спеціальною комісією проект Основного Закону був прийнятий Верховною Радою в першому читанні 4 червня (258 голосів – “за”). При підготовці до другого читання до проекту Конституції України Тимчасова спеціальна комісія врахувала близько 6 тис. поправок до зазначеного акта.

Ситуація загострилася 26 червня 1996 р., коли Рада національної безпеки України і Рада регіонів при Президентові України виступили з різким засудженням будь-яких подальших зволікань з прийняттям нової Конституції України, оскільки останні загострюють соціально-економічну ситуацію в державі. Того ж дня Президент України видав указ про проведення 25 вересня 1996 р. всеукраїнського референдуму щодо прийняття нової Конституції України, в основу якої було покладено варіант проекту Основного Закону в редакції робочої групи від 11 березня 1996 р. У відповідь на це Верховна Рада України прийняла 27 червня Постанову “Про процедуру продовження розгляду

⁵⁰³ Про заходи щодо роз'яснення проекту Конституції України : Розпорядження Президента України від 6 квітня 1996 р. // Урядовий кур'єр. – 1996. – № 68–69. – 11 квітня.

⁵⁰⁴ Про заходи щодо обговорення проекту Конституції України у програмах Державного комітету телебачення і радіомовлення України : Розпорядження Президента України від 8 травня 1996 р. // Урядовий кур'єр. – 1996. – № 84–85. – 14 травня.

⁵⁰⁵ Про порядок висвітлення роботи Верховної Ради України по обговоренню проекту Конституції України : Постанова Верховної Ради України від 19 червня 1996 р. // Голос України. – 1996. – 22 червня.

проекту Конституції України у другому читанні”. Було також вирішено вести роботу в режимі одного засідання до прийняття нової Конституції України. 28 червня 1996 р. Верховна Рада України прийняла і ввела в дію Конституцію України (“за” проголосували 315 народних депутатів). Після прийняття Конституції України Президент України оголосив про скасування свого указу щодо проведення всеукраїнського референдуму.

Так, політична конфронтація напередодні ухвалення Конституції, на думку Л.М. Шипілова, створила можливість альтернативності способу її прийняття – парламентом чи, відповідно до Указу Президента України від 26 червня 1996 р., на загальнонаціональному референдумі. Доцільність моменту зумовила перший спосіб прийняття⁵⁰⁶.

Одночасно Закон України “Про прийняття Конституції України і введення її в дію” від 28 червня 1996 р. засвідчив втрату чинності Конституцією (Основним Законом) України від 20 квітня 1978 р. з наступними змінами та доповненнями, а також Конституційним Договором між Верховною Радою України та Президентом України у зв’язку з прийняттям Конституції України⁵⁰⁷.

Отже, ідеї установчої влади, закладені в текст Декларації про державний суверенітет, у процесі підготовки та прийняття Конституції України 1996 р. зазнали суттєвих змін. Відповідно, у тексті прийнятого Основного Закону ці ідеї були частково трансформовані, а інститути влади набули дещо іншого змісту.

Так, говорячи про співвідношення положень Декларації та Конституції, Ю.С. Шемшученко привертав увагу до проблеми механізмів побудови правової держави: за Декларацією, держава забезпечує верховенство Конституції та законів на своїй території, найвищий нагляд за точним і однаковим виконанням законів здійснюється Генеральним прокурором (розділ III); у Конституції фактично не згадується про принцип законності, без якого неможливо говорити про правову державу. А принцип верховенства закону замінений принципом верховенства права в Україні, про що йдеться у ст. 8 Основного Закону, “визнається і діє принцип верховенства права”.

Ю.С. Шемшученко вважає, що така трансформація здійснена не на користь побудови правової держави. Не маючи жодних заперечень проти принципу верховенства права, правознавець вважає, що він має

⁵⁰⁶ Шипілов Л.М. Принцип народовладдя і його здійснення в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Леонтій Миколайович Шипілов. – Х., 2004. – 208 с. – С. 145.

⁵⁰⁷ Закон України “Про прийняття Конституції України і введення її в дію” від 28 червня 1996 р. № 254/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 142.

значення переважно у сфері законодавчої діяльності, де повинен застосовуватися з метою запобігання прийняттю “неправових законів”, а під час виконання прийнятих законів визначальним має бути принцип верховенства Конституції й закону (принцип законності). Абстрактний принцип верховенства права тут працює на користь тим, хто намагається обійти закон, підмінити законність політичною чи клановою доцільністю тощо. З огляду на це, на думку дослідника, до Конституції варто включити обидва принципи – і верховенства права, і верховенства закону, бо саме закон є формою життя й дії права.

Ще одна проблема, за словами Ю.С. Шемшученко, – економічний суверенітет України як основа побудови правової держави. У Декларації цьому питанню присвячено спеціальний Розділ – VI “Економічна самостійність”. Передбачено, що “Українська РСР забезпечує захист усіх форм власності”. У чинній Конституції такого розділу немає. Питання власності регулюється фрагментарно й безсистемно. Недостатньо чітко виписані форми власності та механізми їх забезпечення. Це призвело до суперечностей Конституції із чинним законодавством у цій сфері. У Конституції, зокрема, нічого не сказано про колективну форму власності, тоді як Господарський кодекс України 2000 р. передбачив цю форму та її правовий статус. Конституція містить норму про те, що держава забезпечує захист прав усіх суб’єктів права власності господарювання (ст. 13). Однак ця норма виявилася декларативною. Бо нині в руках держави залишилося тільки близько 20% власності. У країні діє мораторій на продаж сільськогосподарської землі, але ця земля продається чи незаконно привласнюється у великих масштабах. Держава не в змозі запобігти рекетові, забезпечити депозитні вклади населення в банках тощо⁵⁰⁸.

3.3. Визначення установчої влади в чинній Конституції України

3.3.1. Суб’єкти установчої влади за Конституцією України

Щодо значення Конституції України 1996 р. О.І. Ющик пише: “Оцінюючи багатоаспектну і загалом позитивну історичну роль Конституції України 1996 р., варто зосередити особливу увагу на її пізнавально-дидактичному, повчальному значенні. Адже процес прийняття та багаторічної дії чинної Конституції дає багатий матеріал для роздумів, для розвитку вітчизняної і світової політико-правової думки.

⁵⁰⁸ Шемшученко Ю. Державний суверенітет і правова держава (до 20-річчя Декларації про державний суверенітет України) [Електронний ресурс] / Ю. Шемшученко // Віче. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/2146/>.

Серед різних проблем, які постають з цих роздумів, найважливішою видається проблема організації та реалізації в Україні установчої влади⁵⁰⁹.

На думку В.М. Шаповала, “Конституція як основний закон держави не утворює самої держави, а лише відповідно до різного за формою волевиявлення носія установчої влади встановлює засади її організації”⁵¹⁰.

Водночас Ю. Таран зазначає, що проблеми з українською Конституцією виникають здебільшого через те, що в неї намагаються внести дуже різнопланові ідеологічні настанови: більша демократизація влади, урядова стабільність, відповідальність Уряду (Президента, Верховної Ради) то перед народами, то один перед одним. Триває також суперечка, чи відповідає вона європейським традиціям, чи ні. Як правило, дискусії довкола цих питань є “філософсько-метафоричного” характеру, який не має нічого спільного з питаннями дієздатності самої Конституції⁵¹¹. Верховна Рада України прийняла чинну Конституцію в червні 1996 р. – чи не найпізніше з усіх республік колишнього Радянського Союзу. Власне, український законодавець вирішив, що Верховна Рада може виконувати установчу функцію, відповідно, він обрав і шляхи введення Конституції – голосуванням кваліфікованої парламентської більшості, реалізуючи при цьому свій представницький мандат. Верховна Рада могла б зажадати проведення і загальнонаціонального референдуму з приводу Конституції. Але якщо ми згадаємо всі перипетії, які виникали навколо конституційного процесу, то побачимо, що відкладати введення в дію Основного Закону просто не видавалося можливим⁵¹².

Концепція установчої влади, закладена в текст Конституції України 1996 р., мала певні відправні положення, у тому числі частково ними стали положення Декларації про державний суверенітет України, Акта проголошення незалежності України та Конституційного Договору.

Як зазначено в преамбулі Конституції України, Верховна Рада, приймаючи Конституцію, керувалася Актом проголошення незалеж-

⁵⁰⁹ Ющик О. Конституційні проблеми установчої влади в Україні [Електронний ресурс] / О. Ющик // Юридичний вісник України. – № 42 (642). – Режим доступу: http://www.yurincom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine/publications/?aid=1908&rid=65.

⁵¹⁰ Шаповал В. Сутнісні характеристики конституції як основного закону держави / В. Шаповал // Право України. – 2008. – № 10. – С. 4–12.

⁵¹¹ Таран Ю. Чи достатньо демократичною була процедура прийняття української Конституції? [Електронний ресурс] / Ю. Таран // ДИАЛОГ.ua. – 2006. – 04 липня. – Режим доступу: http://dialogs.org.ua/project_ua_full.php?m_id=7629.

⁵¹² Там само.

ності України від 24 серпня 1991 р.⁵¹³. Жодної згадки щодо Декларації про державний суверенітет у Конституції України немає. Хоча у зверненні Верховної Ради України до народу, затвердженому Постановою Верховної Ради України “Про проведення всеукраїнського референдуму в питанні про проголошення незалежності України”⁵¹⁴ від 11 жовтня 1991 р. було вказано, що Акт проголошення незалежності – це продовження і реальна дія Декларації про державний суверенітет України. У самому тексті Акта проголошення незалежності України також є застереження про здійснення Декларації про державний суверенітет України.

Можливо, одним із пояснень відсутності в тексті Основного Закону посилання на текст Декларації як основи для Конституції України є те, що Декларація за своєю юридичною природою була актом органу законодавчої влади – Верховної Ради Української РСР, тоді як Акт проголошення незалежності України має вищу юридичну силу, ніж Декларація; адже, будучи прийнятим Верховною Радою України 24 серпня 1991 р., він схвалений 1 грудня 1991 р. всенародним голосуванням.

Слід звернути увагу на те, що втілена в тексті Конституції України концепція установчої влади пройшла суттєві трансформації в період з моменту прийняття Декларації про державний суверенітет до кінцевої стадії – прийняття Конституції 1996 р. Закладена в 1990 р. в тексті Декларації первісна концепція установчої влади в Конституції була значно змінена. Так, наприклад, якщо Декларацією передбачалося здійснення представництва народу конкретними депутатами у виборному органі державної влади (Верховної або місцевих Рад Української РСР), то за концепцією, закладеною в ст. 5 Конституції України, це представництво здійснює система органів державної влади та місцевого самоврядування.

Одним із питань закріплення ідеї установчої влади в Конституції України стало визначення суб’єкта, який має право виступати від імені народу. Конституція України не містить положень щодо наділення Верховної Ради України статусом органу, який може виступати від імені українського народу. Але, напевне, виходячи з уже згадуваних у підрозділі 3.2.1 положень Декларації про державний суверенітет, які закріплювали, що від імені всього народу може виступати ви-

⁵¹³ Про проголошення незалежності України: Постанова Верховної Ради України від 24 серпня 1991 р. № 1427 // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 38. – Ст. 502.

⁵¹⁴ Про проведення всеукраїнського референдуму в питанні про проголошення незалежності України: Постанова Верховної Ради України від 11 жовтня 1991 р. № 1660–ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 48. – Ст. 663.

ключно Верховна Рада Української РСР, у преамбулі Конституції України було зазначено: “Верховна Рада України від імені Українського народу – громадян України всіх національностей, ... приймає цю Конституцію – Основний Закон України”. Базуючись на преамбулі Конституції, сучасна юридична думка закріпила за Верховною Радою України статус загальнонаціонального представницького органу державної влади, який має виключне право представляти увесь Український народ і виступати від імені всього народу⁵¹⁵.

Але в такому разі виникає логічне запитання: чи набуває в такий спосіб Верховна Рада України статусу органу установчої влади? Напевно, що ні. Як зазначають автори коментаря до Конституції України, Верховна Рада здійснює лише установчі функції, беручи участь у формуванні інших органів влади, здійснюючи парламентський контроль за їх діяльністю, а також через вільно обраних народних депутатів представляє Український народ і діє в інтересах усіх громадян України⁵¹⁶.

Свою позицію щодо належності Верховної Ради України до здійснення установчої влади висловив і Конституційний Суд України. Так, у Рішенні Конституційного Суду України від 3 жовтня 1997 р. № 4-зп⁵¹⁷ зазначено, що, *прийнявши Конституцію України в 1996 р., парламент України здійснив установчу владу, але на це народ лише одноразово уповноважив Верховну Раду України – так було зазначено в іншому Рішенні Конституційного Суду України від 11 липня 1997 р. № 3-зп*⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Див. напр.: Український парламентаризм: минуле і сучасне / [за ред. Ю.С. Шемшученка]. – К.: Парламентське вид-во, 1999. – С. 218; Погорілко В.Ф. Конституційне право України: підручник / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко; [за заг. ред. В.Л. Федоренка]. – [2-ге вид., переробл. і доопр.]. – К.: Алерта: КНТ: Центр учбової літератури, 2010. – С. 235.

⁵¹⁶ Коментар до Конституції України: науково-популярне видання / [ред. кол. В.Ф. Опришко (голова)]. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1996. – С. 177.

⁵¹⁷ Рішення Конституційного Суду 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 р. № 4-зп // Офіційний вісник України. – 1997. – № 42. – С. 59.

⁵¹⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України Постанови Верховної Ради України від 1 жовтня 1996 р. “Про тлумачення статті 98 Конституції України” (справа щодо конституційності тлумачення Верховною Радою України статті 98 Конституції України) від 11 липня 1997 р. № 3-зп // Офіційний вісник України. – 1997. – № 29. – С. 85.

У цьому аспекті перед юридичною наукою постає нагальна потреба з'ясувати межі та природу представництва Українського народу, що здійснює Верховна Рада України. *Чи може вона виступати від імені всього народу, чи має діяти в інтересах народу?*

У ч. 2 ст. 5 Конституції України зазначено, що “носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ”⁵¹⁹.

Пояснюючи зміст установчої влади, вкладений в Основний Закон України, а також місце Верховної Ради в процесі здійснення установчої влади, КСУ в Рішенні у справі про набуття чинності Конституцією України від 3 жовтня 1997 р. № 4-зп встановив: “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 на законодавчу, виконавчу і судову (ч. 1 ст. 6) та визначено засади організації встановлених влад, включно законодавчої. Прийняття Конституції України Верховною Радою України означало, що у даному випадку установча влада була здійснена парламентом”⁵²⁰.

Проте, як зазначає С.І. Шкірчак, “наведена правова позиція КСУ нерідко ігнорується з різних причин, зокрема політичних. Її фактично замовчують ті, хто вважає Верховну Раду України своєрідним конституційним деміургом і свідомо або несвідомо здійснює підміну понять. І хоча у більшості європейських країн саме парламент виконує функції установчої влади і питань при цьому не виникає, український контекст полягає в тому, що виконання Верховною Радою установчої функції важко оцінити навіть на задовільно, оскільки, по-перше, український парламент фактично проігнорував вищенаведене рішення КСУ, не розробивши дієві механізми реалізації народом своєї установчої влади (даний факт можна вважати антинародним, адже вчинений він представницьким органом); по-друге, поправки, що були внесені до Конституції України у 2004 р., зрештою, стали однією з причин подальшої перманентної політичної кризи, адже розподіл повноважень між гілками влади, закріплений новою редакцією Конституції, сповна не задовольнили основних політичних акторів... Таким чином,

⁵¹⁹ Конституція України. Закон України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р. № 2222-IV. – X. : Парус, 2005. – 60 с.

⁵²⁰ Рішення Конституційного Суду 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 р. // Офіційний вісник України. – 1997. – № 42. – С. 59–62.

Верховна Рада показує незадовільні результати виконання установчої функції”⁵²¹.

Власне, судді Конституційного Суду вже опосередковано розглядали питання про установчий характер Верховної Ради. Зокрема, в окремій думці судді Конституційного Суду М.Д. Савченка у справі щодо конституційності здійсненого Президентом права вето стосовно прийнятого Верховною Радою Закону України “Про внесення змін до статті 98 Конституції України” зазначено таке: “Верховна Рада України як єдиний орган законодавчої влади в Україні здійснює не лише законодавчу функцію, яка є пріоритетною, а й інші функції держави, зокрема установчу..., приймаючи Конституцію України, Верховна Рада України діяла як орган установчої, а не законодавчої влади”⁵²².

Цікаво, що суддя М.Д. Савенко дає ще один цікавий коментар: “Оскільки Основний Закон України прийнято органом установчої влади, то логічним є внесення змін до нього саме цим органом”, не вказуючи при цьому на якісь додаткові процедури, на зразок загальнонаціонального референдуму⁵²³.

Створення й діяльність спеціальних органів установчої влади за Конституцією України 1996 р. не передбачається, хоча практика національного державотворення знає випадки, коли представницький орган влади взяв на себе такі повноваження, прийнявши від імені Українського народу і виражаючи його суверенну волю (як зазначено в Преамбулі Конституції) – Основний Закон України. У цьому випадку парламент України здійснив установчу владу⁵²⁴, на що народ лише одноразово уповноважив Верховну Раду України⁵²⁵. В подальшому, відповідно, установчу владу в Україні може здійснювати або народ безпосередньо, або органи, уповноважені від імені народу здійснювати не всю установчу владу⁵²⁶, а лише окремі установчі повноваження.

⁵²¹ Шкірчак С.І. Реформування інституту установчої влади в Україні: проблеми і перспективи / С.І. Шкірчак // Політологія: Наукові праці. – 2010. – Т. 122. – Вип. 109. – С. 93–96.

⁵²² Окрема думка судді Конституційного суду Савенка М.Д. стосовно рішення від 11.03.2003 р. № 6–рп [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/pls/wccu/p0062?lang=0&rej=0&pf5511=33828&pf5921=669>.

⁵²³ Там само.

⁵²⁴ Рішення Конституційного Суду України від 3 жовтня 1997 р. № 4–зп // Офіційний вісник України. – 1997. – № 42. – С. 59.

⁵²⁵ Рішення Конституційного Суду України від 11 липня 1997 р. № 3–зп // Офіційний вісник України. – 1997. – № 29. – С. 85.

⁵²⁶ Бо відповідно до Рішення КСУ від 5 жовтня 2005 р. № 6–рп/2005 (справа про здійснення влади народом) влада народу є первинною, єдиною і невідчужуваною і не може бути узурпована державою, її органами або посадовими особами.

Роз'яснюючи положення ч. 2 ст. 5 Конституції України “носієм суверенітету... є народ”, КСУ виходив з того, що Конституція закріплює принцип народного суверенітету, згідно з яким органи державної влади та органи місцевого самоврядування здійснюють владу в Україні, що походить від народу⁵²⁷.

Як і Конституції України, Конституції Російської Федерації (далі – РФ) не відомий термін “установча влада”, хоча її конституційне закріплення є майже тотожним. Так, згідно з ч. 1 ст. 3 Конституції РФ, єдиним джерелом влади та носієм суверенітету в РФ є її багатонаціональний народ. Форми реалізації влади народу як у РФ, так і в Україні, відповідно до ч. 2 ст. 3 Конституції РФ та ч. 3 ст. 5 Конституції України, мають однакову конституційну регламентацію. Але слід звернути увагу на деякі переваги конституційного закріплення форм безпосередньої демократії в РФ, мається на увазі визнання на конституційному рівні *серед інших форм влади народу вищим безпосереднім її проявом* – референдум та вільні вибори (ч. 3 ст. 3 Конституції РФ). Про відокремлення цих форм прояву влади народу на конституційному рівні за Основним Законом України можна лише здогадуватися на підставі аналізу структури Конституції та у зв'язку з відмежуванням для регламентації цих форм окремого III розділу Конституції України, що дістав назву “Вибори. Референдуми”. Хоча з позиції КСУ, висловленої в Рішенні КСУ від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005 (справа про здійснення влади народом)⁵²⁸, яким встановлено, що в Конституції України закріплено взаємозв'язок безпосередньої (здійснення народного волевиявлення через вибори, референдуми тощо) та представницької (здійснення влади народом через органи державної влади та органи місцевого самоврядування) демократії в Україні, та відсутні переваги жодної із цих форм здійснення влади народом.

Конституція РФ, як і Конституція України, не містить спеціальних норм, які б закріплювали порядок реалізації форм безпосереднього народовладдя. Напевно, дійсно в цьому немає сенсу, бо такі аспекти можуть бути врегульовані поточним законодавством. Хоча відсутність на рівні Конституцій окремих процедур щодо здійснення влади народом призводить до виникнення ряду проблем у сфері реалізації народовладдя. Відомий російський конституціоналіст О.Є. Кутафін зазначав, що в умовах народовладдя влада здійснюється шляхом: по-перше, конституювання народом; по-друге, легітимації народом; по-

⁵²⁷ Офіційний вісник України. – 1997. – № 42. – С. 59.

⁵²⁸ Офіційний вісник України. – 2005. – № 41. – С. 31. – Ст. 2605.

третє, контролюється народом⁵²⁹. Лише таким способом, на його думку, народовладдя як форма держави і спосіб правління перетворюється на організаційний принцип володіння та здійснення влади, а уявлення про народ як вихідний і кінцевий пункт демократичної легітимації є базовим у розумінні демократії. У випадку як України, так і РФ відповідають дієності лише два перші способи здійснення народовладдя, відсутність конституційного визнання за народом прямих (безпосередніх) форм і способів контролю порушує цей принцип і, відповідно, може ставити під сумнів реальність народовладдя. Законодавство обох держав не передбачає жодних механізмів впливу народу на процес контролю за державною владою, отож, і третій складовий елемент цього ланцюга на практиці реалізувати неможливо. У такому аспекті постановки питання ми приєднуємося до думки В.М. Сиріх, який стосовно проблем конституційної регламентації влади народу в РФ зазначив, що конституційне замовчування щодо кола питань народовладдя дало змогу видалити з державно-правової практики такі форми участі народу в управлінні справами держави, як: 1) регулярні звіти депутатів перед своїми виборцями та відкликання депутатів, що не виправдали довіри виборців; 2) Конституція РФ не містить права населення вносити проекти федеральних законів через федеральні громадські організації та політичні партії; 3) населення обмежено в можливості дієво впливати на процес дострокового припинення повноважень федеральних органів та посадових осіб⁵³⁰. Подібні проблеми характерні й для українського державотворення у сфері реалізації влади народу.

Незважаючи на ніби-то зовнішню схожість більшості конституційних положень у сфері регламентації установчої влади в Україні та в РФ, слід наголосити на ряді суттєвих уособлень порядку здійснення й конституційного визнання певних форм установчої влади.

Відправним моментом концепції установчої влади, закладеної в текст Конституції України 1996 р., вважаються положення ч. 2 ст. 5 Конституції України, де зазначено: “Носієм суверенітету і єдиним джерелом *влади* в Україні є народ”. Як бачимо, уточнення “*державної*” влади, що було в Декларації про державний суверенітет України, в Конституції відсутнє. За Конституцією України (ч. 3 ст. 5), народ здійснює владу *безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування*.

⁵²⁹ Кутафин О.Е. Российский конституционализм / О.Е. Кутафин. – М. : Норма, 2008. – С. 211.

⁵³⁰ Комментарий к Конституции Российской Федерации / [ред. коллегия: Л.А. Окуньков (главный редактор), Б.С. Крылов, А.В. Мицкевич и др.]. – [2-е изд., доп. и перераб.]. – М. : БЕК, 1996. – С. 10.

Пізніше, здійснюючи офіційне тлумачення положення ч. 2 ст. 5 Конституції України, Конституційний Суд України в Рішенні № 6-рп/2005 від 5 жовтня 2005 р. визначив, що положення Основного Закону “Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ” треба розуміти так, що *влада народу є первинною, єдиною і невідчужуваною та здійснюється народом шляхом вільного волевиявлення через різні форми безпосередньої демократії у порядку, визначеному Конституцією та законами України, через органи державної влади та органи місцевого самоврядування, сформовані відповідно до Конституції та законів України*⁵³¹.

З аналізу преамбули і статей Конституції та рішень Конституційного Суду України невизначеним залишається питання щодо статусу суб’єктів установчої влади щодо прийняття конституції. Виходячи з положень Рішення Конституційного Суду України від 11 липня 1997 р. № 3-зп якими передбачено, що народ лише одноразово уповноважив Верховну Раду України на прийняття Конституції України⁵³² логічно припустити, що *єдиним суб’єктом установчої влади, якому належить право приймати Конституцію України, є народ*. Але в жодному положенні Основного Закону України прямо не передбачено, що народ має право приймати Конституцію. Лише опосередковано, аналізуючи положення Конституції, можна дійти такого висновку. Зокрема, цей висновок можна зробити, базуючись на положеннях:

- преамбули Конституції, де зазначено, що Верховна Рада України від імені народу та виражаючи суверенну волю народу приймає Конституцію;

- ч. 2 ст. 5 Конституції, у якій визначено, що “носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ”, це, відповідно до Рішення Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005⁵³³ треба розуміти так, що в Україні вся влада належить народові, а влада народу є первинною, єдиною і невідчужуваною та здійснюється народом шляхом вільного волевиявлення через вибори, референдуми, інші форми безпосередньої демократії в порядку, визначеному Конституцією та законами України, через органи державної влади та органи місцевого самоврядування, сформовані відповідно до Конституції й законів України.

Виходячи з наведених вище положень Основного Закону, можна зробити висновок, що в Україні, згідно з Конституцією, існує первин-

⁵³¹ Офіційний вісник України від 26.10.2005 р. – 2005. – № 41. – С. 31. – Ст. 2605.

⁵³² Рішення Конституційного Суду України від 11 липня 1997 р. № 3–зп // Офіційний вісник України. – 1997. – № 29. – С. 85.

⁵³³ Офіційний вісник України від 26.10.2005 р. – 2005. – № 41. – С. 31. – Ст. 2605.

на установча влада, суб'єктом якої є народ. Також можна констатувати, що, за Конституцією, народ як первинний суб'єкт установчої влади може приймати Конституцію (хоча норми Основного Закону не містять прямої вказівки на існування в народі такого повноваження та механізму здійснення цієї форми реалізації установчої влади). Народ як суб'єкт первинної установчої влади також може здійснювати волевиявлення через вибори, референдуми, інші форми безпосередньої демократії, результати яких мають обов'язкову силу (бо в разі відсутності імперативного характеру результатів волевиявлення народу ці форми демократії не можна вважати формами реалізації установчої влади, про що зазначено в підрозділі 2.2.2 монографії).

Аналізуючи положення ч. 3 ст. 5 Конституції, де зазначено, що “право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами”, які, відповідно до Рішення Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005⁵³⁴, треба розуміти так, що тільки народ має право безпосередньо шляхом всеукраїнського референдуму визначати конституційний лад в Україні, який закріплюється Конституцією України, а також змінювати конституційний лад внесенням змін до Основного Закону України в порядку, встановленому його розділом XIII, можна констатувати, що в Конституції опосередковано за народом визнане повноваження приймати Конституцію. Про це йдеться в згадуваній статті: “право *визначати конституційний лад в Україні належить* виключно *народові*”. Бо сучасні демократичні держави не знають іншого правового способу визначати конституційний лад інакше, ніж здійснювати це шляхом прийняття Конституції. Даючи офіційне тлумачення положенням ч. 3 ст. 5 Конституції, Конституційний Суд України визначив єдиний можливий спосіб прийняття Конституції України народом – всеукраїнський референдум. Такий висновок ґрунтується на вищенаведених положеннях Рішення Конституційного Суду України № 6-рп/2005: “тільки народ має право безпосередньо шляхом всеукраїнського референдуму визначати конституційний лад в Україні, який закріплюється Конституцією України”. Положеннями цієї самої статті за народом як суб'єктом первинної установчої влади визнається право вносити зміни до Конституції (що в тексті Конституції закріплено ч. 3 ст. 5 Конституції: “право змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові”, а в Рішенні Конституційного Суду України № 6-рп/2005 роз'яснено, що тільки народ має право безпосередньо через всеукраїнський референдум змінювати конституційний лад

⁵³⁴ Офіційний вісник України від 26.10.2005 р. – 2005. – № 41. – С. 31. – Ст. 2605.

шляхом внесення змін до Основного Закону України в порядку, встановленому його розділом XIII). Відповідно, можна констатувати, що це право народ реалізує, беручи безпосередню участь у конституційному процесі, отже, ще однією формою здійснення прямої установчої влади є *конституційний процес*.

Як ми вже згадували, положенням ч. 2 ст. 5 Конституції “носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ” закріплено первинну установчу владу, суб’єктом якої є народ. Крім того, виходячи з положень Рішення Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005,⁵³⁵ в Україні вся влада належить народові, але може здійснюватися ним не лише безпосередньо, а й через органи державної влади та органи місцевого самоврядування, сформовані відповідно до Конституції й законів України. З наведеного можна зробити висновок, що цими положеннями визначається *похідна (представницька установча влада), суб’єктами якої виступають органи державної влади та органи місцевого самоврядування*.

Більше ніж 10 років тому відомі українські державознавці В.Я. Тацій та Ю.М. Тодика відзначили, що основоположним завданням сучасного українського конституціоналізму є поєднати конституційну модель з реальною практикою державотворення⁵³⁶. Сподіваємося, що ця проблема буде вирішена членами Конституційної асамблеї, а результати її вирішення знайдуть реальне втілення в змінах до Основного Закону з урахуванням необхідності чіткого визначення на рівні Конституції суб’єктів установчої влади та механізму її реалізації. А поки що, користуючись формулою, запропонованою В.Я. Тацієм та Ю.М. Тодикою, але, навпаки, поєднуючи реальну практику державотворення з існуючою конституційною моделлю установчої влади, пропонуємо такий підхід до визначення в Конституції установчої влади, її суб’єктів та форм реалізації⁵³⁷.

⁵³⁵ Офіційний вісник України від 26.10.2005 р. – 2005. – № 41. – С. 31. – Ст. 2605.

⁵³⁶ Тацій В.Я. Проблеми становлення сучасного конституціоналізму в Україні / В.Я. Тацій, Ю.М. Тодика // Право України. – 2001. – № 6. – С. 3–7.

⁵³⁷ Максакова Р.М. Конституційне закріплення установчої влади в Україні та в Російській Федерації: порівняльно-правовий аналіз / Р.М. Максакова // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: зб. статей / за ред. Ю.С. Шемшученка, Л.В. Губерського, І.С. Гриценка; упор. О.В. Кресін. – К.: Логос, 2009. – 712 с. – С. 282–284; Максакова Р.М. Основні форми реалізації установчої влади: Україна та зарубіжний досвід / Р.М. Максакова // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 2. – С. 374–378; Максакова Р.М. Порядок організації установчої влади визначений в Конституції України / Р.М. Максакова // Митна справа. – 2012. – № 6 (84). – Ч. 2. – Кн. 1. – С. 387–392; Максакова Р.Н. Прямые формы реализации учредительной власти по Конституции Украины / Р.Н. Максакова // Экономика и право Казахстана. – 2012. – № 23 (431). – С. 35–38.

Незважаючи на той факт, що в Конституції України не вживається термін “установча влада”, але, виходячи з того, що він не є “чужинним” національному конституційному законодавству, бо протягом тривалого часу активно використовується в Рішеннях КСУ, а після прийняття Закону України “Про Всеукраїнський референдум” від 6 листопада 2012 р. № 5475-VI став офіційно визнаний і визначений на рівні Закону⁵³⁸. Зокрема, виходячи з положень п. 2 ст. 15 згаданого Закону, установча влада – це влада народу як носія суверенітету і єдиного джерела влади в Україні реалізувати своє виключне право визначати і змінювати конституційний лад в Україні шляхом прийняття Конституції України. Також виходячи із запропонованого нами в підрозділі 2.2 монографії підходу до визначення видів та форм установчої влади, можна дійти висновку, що установча влада в чинній Конституції України отримала конституційне закріплення у вигляді *первісної установчої влади та похідної установчої влади*.

Первісна установча влада належить народові та здійснюється ним через різні форми безпосередньої демократії, зокрема, через вибори й референдуми, а також через конституційний процес.

Похідна установча влада належить народові, але реалізується через здійснення установчих повноважень у діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування.

Пропонуючи в підрозділі 2.2.2 поділ форм реалізації установчої влади за ступенем нормативно-правового регулювання на конституційні, законодавчі та фактичні, зауважимо: аналіз норм Конституції України свідчить, що в Україні конституцією визначені дві перші форми – конституційні й законодавчі. Цьому є логічне пояснення, бо саме такі форми базуються на правовій основі.

Фактичні форми (тобто ті, які, як ми зазначали, здійснюються на позаправовій основі, – це революції, акти громадянської непокори, громадянські війни, національно-визвольні рухи тощо) є конституційно забороненими в Україні. Так, ч. 4 ст. 5 Конституції України встановлено, що “ніхто не може узурпувати державну владу”. У коментарях до цього положення Конституції в Рішенні Конституційного Суду України № 6-рп/2005 було визначено, що його треба розуміти як заборону захоплення державної влади шляхом насилля або в інший неконституційний чи незаконний спосіб органами державної влади та органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, громадянами чи їх об’єднаннями. А враховуючи те, що однією з основних ознак фактичних форм прояву установчої влади є насилля, такі форми

⁵³⁸ Про Всеукраїнський референдум: Закон України від 6 листопада 2012 р. № 5475–VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 92. – Ст. 3729.

є не лише конституційно не визначеними, а й конституційно забороненими в Україні.

До того ж, у Рішенні від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005 Конституційний Суд України зазначив, що “влада народу здійснюється в межах території держави у спосіб і формах, встановлених Конституцією та законами України” (абз. 5 пп. 4.2 п. 4 мотивувальної частини). Отож, фактичні форми здійснення установчої влади в Україні не можуть мати відношення до класифікації форм установчої влади, визначених Конституцією України. Тому в цьому випадку в межах цього розділу монографії розглядатися не будуть як такі, що не мають стосунку до предмета дослідження.

Виходячи з положень ч. 2, 3 ст. 5 Конституції України та офіційного тлумачення згадуваних положень Конституції, викладеного в Рішенні КСУ від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005, концепцію установчої влади, закладену в Конституцію України, можна уявити як здійснення установчої влади через:

- 1) *вибори, референдуми та інші форми безпосередньої демократії, результати яких мають обов’язковий характер*⁵³⁹;
- 2) *діяльність органів державної влади;*
- 3) *діяльність органів місцевого самоврядування;*
- 4) *конституційний процес.*

Говорячи про суб’єктів та форми реалізації установчої влади, визначені в Конституції України, доречно нагадати позицію О.І. Ющика, який вважає, що установча влада в сучасному суспільстві – один із видів суспільно-політичної влади, поряд з такими її видами, як законодавча, контрольна, судова влада тощо, які належать народу і здійснюються ним як єдина влада народу (народовладдя) безпосередньо та через органи державної влади й органи місцевого самоврядування, як зазначено в ст. 5 Конституції України. В установчій владі, за словами О.І. Ющика, реалізується народне волевиявлення, яке здійснюється безпосередньо – через вибори та референдуми й опосередковано – в діяльності відповідних органів держави та місцевого самоврядування. Відтак, Український народ здійснює установчу владу, по-перше, обираючи депутатів до Верховної Ради України, до Верховної Ради Автономної Республіки Крим і до місцевих рад, а також обираючи Президента України. По-друге, народ здійснює установчу владу, затверджуючи на всеукраїнському референдумі закони про внесення змін до розділів I, III і XIII Конституції України відпові-

⁵³⁹ Максакова Р.Н. Институты народной законодательной и местной инициативы в системе форм осуществления учредительной власти в Украине / Р.Н. Максакова // Вопросы экономики и права. – 2012. – № 11 (53). – С. 18–21.

дно до ст. 156 Конституції, а також приймаючи (затверджуючи) інші закони й рішення на всеукраїнському та місцевих референдумах. По-третє, установча влада народу здійснюється через діяльність парламенту, глави держави, Верховної Ради АРК та місцевих рад, у реалізації ними закріплених Конституцією установчих повноважень. Політико-правовий режим народовладдя і, зокрема, режим здійснення народом установчої влади характеризує рівень демократичності суспільства та держави. Цей режим визначається, передусім, у відповідних положеннях чинної Конституції. Чи достатніми для забезпечення належного рівня демократичності суспільства й держави є положення Конституції, які регулюють здійснення народом установчої влади? На це принципове питання відповідь дає системний аналіз Конституції України та практики її реалізації в аспекті виборів, референдумів і конституційного процесу⁵⁴⁰.

Базуючись на запропонованій нами в підрозділі 2.2.2 класифікації форм реалізації установчої влади за суб'єктом на прямі форми реалізації установчої влади та представницькі (похідні) форми реалізації установчої влади, а також виходячи з аналізу зазначених вище конституційних положень, можемо констатувати, що в Конституції України визначено такий порядок організації установчої влади в Україні.

За суб'єктом форми реалізації установчої влади визначені в Конституції України поділяються на прямі (первісні) та представницькі (похідні).

Суб'єктом прямої установчої влади є народ, який здійснює належну йому владу через такі форми реалізації установчої влади: конституційний процес; вибори, референдуми, інші форми безпосередньої демократії, рішення яких є обов'язковими.

Суб'єктами представницької установчої влади є органи державної влади та органи місцевого самоврядування, сформовані відповідно до Конституції та законів України, які здійснюють цю владу через реалізацію установчих повноважень у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України.

За ступенем нормативно-правового регулювання форми реалізації установчої влади, визначені в Конституції України, поділяються на конституційні та законодавчі.

⁵⁴⁰ Ющик О. Конституційні проблеми установчої влади в Україні [Електронний ресурс] / О. Ющик // Юридичний вісник України. – № 42 (642). – Режим доступу: http://www.yurincom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine/publications/?aid=1908&rid=65.

3.3.2. Прямі форми реалізації установчої влади за Конституцією України

Як ми зазначили вище, прямими формами реалізації установчої влади за Конституцією України визначено *конституційний процес, вибори, референдуми, інші форми безпосередньої демократії*, рішення яких є обов'язковими.

Конституювання та подальша інституціоналізація прямих форм реалізації установчої влади, незважаючи на наближення до другого десятиріччя реалізації Конституції України, досі перебуває на початковому етапі. Ще в 1998 р. М.І. Ставнійчук відзначала, що “в науці національного конституційного права теорія прямого народовладдя ... переживає період становлення. Цілком очевидно, що нова Конституція України започаткувала основи механізму функціонування безпосереднього народовладдя в Україні відповідно до нових політичних, економічних відносин життя суспільства та держави, задала орієнтири перспективного розвитку системи народовладдя в Україні. ... Відтепер чи не *найголовніші проблеми реалізації безпосереднього народовладдя пов'язані, насамперед, з реальним наповненням змісту, загальних принципів народовладдя, конкретизації щодо критеріїв визначення системи форм народовладдя відповідно до його суті та принципів, удосконалення правових механізмів регулювання інших форм прямого народовладдя і створення правових механізмів регулювання інших форм безпосереднього народовладдя, адекватних його суті і принципам*”⁵⁴¹ (курсив наш. – Р. М.). Пізніше науковці зауважували, що “*загалом такий інститут, як безпосереднє народовладдя, в Україні ще не зовсім розвинутий. Для його посилення потрібно насамперед удосконалити наявну нормативну базу, а також змінити саме ставлення самих органів до виявів народної демократії ... необхідно активно використовувати, комбінувати різні види прямого народовладдя для досягнення найкращого результату; ефективніше розвивати зв'язки і посилювати взаємодію між самими суб'єктами народовладдя (народ, населення територіальної громади, трудовий колектив, члени об'єднання громадян, окремих громадян)*”⁵⁴² (курсив наш. – Р. М.).

На сьогодні і досі залишається невирішеним питання щодо хоча б чіткого переліку (не кажучи вже про механізм реалізації) інших

⁵⁴¹ Ставнійчук М.І. Теоретичні проблеми становлення прямого народовладдя в Україні / М.І. Ставнійчук // Правова держава : щорічник наукових праць. – К. : Ін-Юре, 1998. – Вип. 9. – С. 78–85.

⁵⁴² Опришко І. Пряме народовладдя. Чи прямим є до нього шлях? / І. Опришко, О. Коваленко // Віче. – 2000. – № 7 (100). – С. 49–55.

форм безпосереднього народовладдя, через які народ може здійснювати установчу владу в Україні.

Конституційний процес

Як ми вже зазначали в попередньому підрозділі, однією з проблемних, але конституційно визначених форм реалізації прямої установчої влади за Конституцією України є *конституційний процес*.

Порядок здійснення установчої влади через конституційний процес передбачає прийняття або внесення змін до Основного Закону. Цей порядок з моменту прийняття Декларації про державний суверенітет України до затвердження його в тексті Конституції України зазнав суттєвих трансформацій. Перетворення пов'язані не лише зі змінами в законодавстві, а й із цілою низкою різноманітних наукових підходів і концепцій щодо процедури та суб'єктів прийняття або внесення змін до Конституції України.

Положення ч. 3 ст. 5 Конституції України закріплюють: “Право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами”. Як відомо, Верховна Рада України – це орган державної влади, отож, однозначно з наведеного вище переліку цей суб'єкт повинен бути викреслений. До того ж, є офіційне тлумачення зазначеної конституційної норми. Зокрема, Рішенням Конституційного Суду від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005 було визначено, що положення зазначеної статті Основного Закону треба розуміти так, що *тільки народ має право безпосередньо шляхом всеукраїнського референдуму визначати конституційний лад в Україні, який закріплюється Конституцією України, а також змінювати конституційний лад внесенням змін до Основного Закону України в порядку, встановленому його розділом XIII*.

М.О. Теплюк у дисертаційній роботі “Конституційно-правові проблеми організації публічної влади в Україні” зазначав, що ідея народного суверенітету, закладена в Конституції 1996 р., виявилася реалізованою не повною мірою, оскільки порядок реалізації народом права визначати та змінювати конституційний лад шляхом прийняття нової Конституції або внесення змін до чинної Конституції виявився конституційованим недостатньо чітко; дослідник привертав увагу до проблематичності реалізації зазначених вище положень як Конституції України, так і Рішення КСУ, наголошуючи на внутрішній суперечності вказаних норм⁵⁴³.

⁵⁴³ Теплюк М.О. Конституційно-правові проблеми організації публічної влади в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Михайло Олексійович Теплюк. – К., 2008. – 208 с. – С. 33.

Наявність цієї проблеми М.О. Теплюк пов'язує і з відсутністю чіткого законодавчого визначення понять “конституційний лад”, “право визначати конституційний лад”, “право змінювати конституційний лад”. Зокрема, дослідник зазначає: “Слід звернути увагу на те, що у чинній Конституції України, на відміну від Конституції (Основного Закону) Української РСР 1978 р., взагалі не вживаються терміни “суспільний” і “державний” лад, а є тільки термін “конституційний лад”.

Поняття “конституційний лад” у Конституції України не визначено, хоча цей термін зустрічається в її тексті тричі. Із положень ст. 17 і 37 Конституції незаперечно випливає, що конституційний лад, тобто закріплений Конституцією України економічний, соціальний, національний, політичний (включаючи державний) та інший устрій України, *забороняється змінювати насильницьким шляхом*. Не таким однозначним є положення ст. 5 Конституції, згідно з яким єдиним суб'єктом, котрий має прерогативу визначати та змінювати конституційний лад, є виключно *Український народ*.

Оскільки в Конституції йдеться про *конституційне право* народу визначати та змінювати конституційний лад, то це означає, що ці акти повинні відбуватися в передбачений Конституцією спосіб як *реалізація народом його конституційних повноважень*, через вибори, референдум та інші форми безпосередньої демократії. Тому, наприклад, вимоги громадян на мітингах, демонстраціях тощо про зміну державного устрою, звернені до законодавчого органу чи глави держави з додержанням Конституції та законів, можуть розглядатися як одна з форм безпосередньої демократії, що допускаються Конституцією.

До того ж *право визначати* конституційний лад і *право змінювати* його в Конституції не розрізняються. У теоретичному плані, очевидно, існують певні відмінності між цими поняттями. Зокрема, *змінами* конституційного ладу є, на наш погляд, окремі реформаційні перетворення окремих складових конституційного ладу, що не вимагають прийняття нової Конституції або нової редакції чинної Конституції. Натомість, *визначення* конституційного ладу передбачає ревізію існуючого суспільного ладу в усіх його основних складових і встановлення якісно нового ладу, що вимагає прийняття нової Конституції. Але з точки зору його реалізації і право визначати, і право змінювати конституційний лад підпорядковуються єдиному конституційному режиму.

Крім того, заслуговує на увагу ще одна принципова обставина. За попередньою Конституцією наша держава визначалася як загаль-

нонародна держава. Було встановлено, що вся влада в Україні належить народові, який здійснює державну владу через ради народних депутатів, які становлять політичну основу України. Найважливіші питання державного життя виносяться на всенародне обговорення, а також ставляться на всенародне голосування (референдум). Водночас Конституцією встановлювалося, що Верховна Рада України є єдиним органом законодавчої влади України і правомочна розглядати та вирішувати будь-яке питання, що не входить згідно з Конституцією до компетенції органів державної виконавчої чи судової влади, а також не є таким, що вирішується виключно всеукраїнським референдумом. До того ж, до виключного відання Верховної Ради України було віднесено насамперед прийняття Конституції України, внесення змін до неї.

Таким чином, ухвалюючи 1996 р. нову Конституцію, Верховна Рада України фактично реалізувала своє конституційне повноваження як уповноважений представницький орган влади, від імені Українського народу та виражаючи його суверенну волю. Парламент, по суті, визначив *новий конституційний лад* України, визнавши носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні народ, закріпивши його виключне право визначати та змінювати в майбутньому конституційний лад, позбавивши водночас такого права державу. За новою Конституцією 1996 р. Верховна Рада України повноважна вносити лише зміни до неї. Натомість, народом затверджуються найбільш принципи зміни до Конституції. Це означає, що політичні сили, які визначали конституційний лад України у 1996 р., поклали в основу концепції її нової Конституції *ідею народного суверенітету*.

Водночас зазначена ідея в Конституції виявилася реалізованою не повною мірою, оскільки *порядок реалізації* народом права визначати та змінювати конституційний лад шляхом прийняття нової Конституції або внесення змін до чинної Конституції виявився конституційованим не досить чітко. Зокрема, у Конституції взагалі не передбачено, що народ має право її *приймати*, а розділом XIII щодо внесення змін до Конституції не передбачається *ініціювання громадянами* таких змін. Отже, за народом залишено лише повноваження затверджувати чи не затверджувати зміни до Конституції, якщо такі будуть ініційовані народними депутатами або Президентом України та прийняті Верховною Радою України. На наш погляд, тут є певна внутрішня суперечність, оскільки належне *виключно* народу право змінювати конституційний лад, по суті, ставиться під сумнів такою “техно-

логією” внесення змін до Конституції, за якою народ фактично позбавлений права змінювати Конституцію самостійно”⁵⁴⁴.

На думку Конституційного Суду України, положення ч. 3 ст. 5 Конституції України треба розуміти так, що “народ... може реалізувати своє право визначати конституційний лад в Україні шляхом прийняття Конституції України на всеукраїнському референдумі” (абз. 4 пп. 4.1 п. 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005 (справа про здійснення влади народом))⁵⁴⁵. Отже, на думку Конституційного Суду України, прийняття нової Конституції України (нової редакції) може бути здійснене установчою владою в спосіб і формах, встановлених Конституцією та законами України.

Відповідно, право народу як суб’єкта установчої влади на прийняття Конституції, з одного боку, не заперечується, про що свідчить наведена вище позиція органу конституційної юрисдикції, а з іншого – реалізація цього права не встановлена Конституцією та законами України, отже, неможлива.

У конституційному поданні від 26 січня 2007 р. глава держави просив Конституційний Суд України дати офіційне тлумачення положень ч. 2 ст. 72, ст. 74 Основного Закону України і з’ясувати, чи можливе прийняття народом на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою нової (нової редакції) Конституції України.

Даючи офіційне тлумачення Конституції за конституційним поданням Президента, Конституційний Суд України (у своєму Рішенні від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/2008 (справа про прийняття Конституції та законів України на референдумі)) зазначив, що в аспекті порушеного в конституційному поданні питання положення ч. 2 ст. 72 у системному зв’язку зі ст. 5 Конституції України слід розуміти так, що *народ як носій суверенітету і єдине джерело влади в Україні може реалізувати на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою своє виключне право визначати і змінювати конституційний лад в Україні шляхом прийняття Конституції України у порядку, який має бути визначений*

⁵⁴⁴ Теплюк М.О. Конституційно-правові проблеми організації публічної влади в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Михайло Олексійович Теплюк. – К., 2008. – 208 с. – С. 33–35.

⁵⁴⁵ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 103 Конституції України в контексті положень її статей 5, 156 та за конституційним зверненням громадян Галайчука Вадима Сергійовича, Подгорної Вікторії Валентинівни, Кислої Тетяни Володимирівни про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої, четвертої статті 5 Конституції України (справа про здійснення влади народом) від 5 жовтня 2005 р. № 6–рп/2005 // Офіційний вісник України від 26.10.2005 р. – 2005. – № 41. – С. 31. – Ст. 2605.

Конституцією й законами України⁵⁴⁶. У згадуваному Рішенні Конституційний Суд також зобов'язав звернути увагу Верховної Ради України, народних депутатів України, Президента України на необхідність ініціювання та приведення існуючого законодавства України з питань референдумів у відповідність до норм чинної Конституції України.

Отже, Конституційний Суд визнав за народом як суб'єктом установчої влади право не лише вносити зміни до Конституції (яке закріплено в тексті Основного Закону), а й право приймати Конституцію. Але у зв'язку з відсутністю в тексті Конституції прямого визнання за народом права приймати нову Конституцію, а також відсутністю конституційно визначеної процедури реалізації такого права, на сьогодні його реалізація неможлива. Але можлива в майбутньому, за умови внесення відповідних змін до Основного Закону України. Напевно, одним із пріоритетних завдань Конституційної Асамблеї має бути саме розробка проекту внесення змін до Основного Закону, які б прямо закріплювали право народу приймати нову Конституцію, а також передбачали б механізм прийняття нової Конституції народом України. Такий проект змін до Конституції, внесений Президентом, буде не лише сприяти належному конституційному регулюванню форм здійснення прямої установчої влади та чіткому конституюванню суб'єкта установчої влади на прийняття нової Конституції, а й стане результатом виконання Президентом приписів згадуваного вище Рішення КСУ від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/2008 щодо ініціювання та приведення існуючого законодавства України у відповідність до норм чинної Конституції України.

Відповідно до логіки конституційного розвитку, як зазначає суддя Конституційного Суду України М.Ф. Селівон, загальним правилом є те, що чинні конституції переважно не містять порядку прийняття (затвердження) нового її тексту чи редакції. Цим презумується її стабільність як Основного Закону держави. Тому цілком закономірно, що й чинна Конституція України не передбачає порядку її заміни новою Конституцією, вона регламентує лише процедуру внесення до неї змін (розділ XIII)⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Президента України про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої статті 5, статті 69, частини другої статті 72, статті 74, частини другої статті 94, частини першої статті 156 Конституції України (справа про прийняття Конституції та законів України на референдумі) від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9954>.

⁵⁴⁷ Окрема думка судді Конституційного Суду України Селівона М.Ф. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 103 і 108 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України “Про проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою” (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9351>.

Але, продовжуючи далі, М.Ф. Селівон зазначає: “Конституційні норми щодо суверенітету народу як єдиного джерела влади, якому належить виключне право визначати і змінювати конституційний лад, Конституційний Суд України пов’язує лише з правом народу вносити зміни до чинної Конституції України (п. 4.2 пп. 2 п. 4.4 мотивувальної частини Рішення). Проте конституційно-правова доктрина, сформульована в Рішенні Конституційного Суду України від 3 жовтня 1997 р. № 4-зп, виходить з іншого принципового положення: прийняття Конституції є актом установчої влади, що належить народу. І установча влада стосовно так званих встановлених влад є первинною. Приймавши 28 червня 1996 р. від імені Українського народу Конституцію України, Верховна Рада України реалізувала делеговану установчу владу одноразово й більше не має повноважень затверджувати Основний Закон держави. Це – прерогатива виключно народу (ст. 5 Конституції України). Тому винесення на референдум питання щодо порядку прийняття нової Конституції всенародним голосуванням повністю відповідає нормам чинної Конституції України щодо виключного права народу встановлювати і змінювати конституційний лад в Україні... Тому виключне право народу щодо встановлення або зміни конституційного ладу може реалізовуватись як внесенням змін до чинної Конституції, так і прийняттям нового Основного Закону. Причому і перший, і другий способи є невід’ємним правом народу як носія суверенітету і єдиного джерела влади”⁵⁴⁸.

Незважаючи на існування таких положень, на сьогодні, в період активізації конституційного процесу, перед державними діячами та науковцями постали такі питання:

- змінювати норми Конституції України слід шляхом прийняття *нової Конституції, нової редакції Конституції* чи шляхом *внесення змін до чинної Конституції 1996 р.?*”;
- хто має здійснювати такі зміни? Можливо, це слід робити *лише* шляхом Всеукраїнського референдуму? Або через створення органу установчої влади – Конституційних зборів (асамблеї), Установчих зборів тощо? Або таке право все ж таки може реалізовувати орган представницької влади – Верховна Рада України (від імені і в інтересах всього Українського народу), як це і передбачено поло-

⁵⁴⁸ Окрема думка судді Конституційного Суду України Селівона М.Ф. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 103 і 108 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України “Про проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою” (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9351>.

женнями п. 1 ст. 85 Конституції України, згідно з якими встановлено, що до повноважень Верховної Ради України *належить* внесення змін до Конституції України в межах і порядку, передбачених розділом XIII Основного Закону.

На думку російських дослідників Т.Я. Хабрієвої і В.Є. Чиркіна, “прийняття постійної конституції установчими зборами, парламентом (незалежно від того, був чи ні він проголошений для прийняття конституції установчими зборами, хоча останнє бажаніше, бо підвищує відповідальність парламентарів), шляхом референдуму – демократичні способи прийняття конституції. Вони є легальними, бо ґрунтуються на нормах основного закону щодо порядку прийняття і зміни конституції. Але в кожного з них можуть бути й певні вади. Установчі збори – представник народу, але все ж таки не сам народ. Це стосується й парламенту. До того ж, якщо він не оголошений діяти як установчі збори на підставах заздалегідь визначеної процедури або в конституції не зазначено, що вона приймається парламентом, це знижує легальність його дії. Бо парламент обирався не для спеціальної мети – прийняття конституції, і погляди виборців могли би бути іншими, якщо б така мета була заздалегідь оголошена. Виборці могли б підходити до кандидатів на виборці посади з дещо інших позицій. Якщо ж парламент сам оголошує себе установчими зборами (наприклад, у Бразилії в 1986 р.), то це також знижує його легітимність, хоча в конкретних умовах при переході від тоталітаризму до демократії це може бути обґрунтованим”⁵⁴⁹.

М.В. Єленін вважає, що найбільш сприятливі умови для розвитку конституційного процесу можуть створити лише установчі збори (на відміну від октроювання, прийняття конституції парламентом або конституційним референдумом) у зв’язку з особливостями конституційно-правового статусу цього представницького органу, що обирається для розробки і прийняття конституції. Його висновки ґрунтуються на таких положеннях: “1) члени установчих зборів отримують від виборців чітко виражений мандат на розробку і прийняття конституції; 2) члени установчих зборів мають можливість зосередити всі свої зусилля на одному питанні, детально обговорюючи проект майбутнього основного закону; 3) установчі збори не належать до жодної з існуючих гілок влади; питання про зміст нової конституції країни виходить з-під прямого контролю існуючих органів державної влади;

⁵⁴⁹ Хабрієва Т.Я. Теория современной конституции / Т.Я. Хабрієва, В.Е. Чиркин. – М. : Норма, 2007. – 320 с. – С. 90–91.

4) в установчих зборах набувають яскравого виразу риси народного представництва, що сприяє утвердженню серед громадян авторитету конституції як основного закону не лише держави, а й суспільства”.⁵⁵⁰

З приводу цього питання в Україні, як ми пам’ятаємо, спочатку на рівні наукових розробок ішлося про необхідність і можливість упровадження нових процедур зміни Конституції та змісту конституційних положень або механізмів конституювання установчої влади^{551, 552, 553, 554, 555}. Так, спочатку на рівні наукових розробок, а пізніше як офіційну позицію держави було визначено новий механізм конституювання установчої влади. Він впроваджений у вигляді Указів Президента України “Про підтримку ініціативи щодо створення Конституційної Асамблеї”⁵⁵⁶ від 21 лютого 2011 р. № 224, “Питання формування та організації діяльності Конституційної Асамблеї”⁵⁵⁷ від 25 січня 2012 р. № 31, “Про Конституційну Асамблею”⁵⁵⁸ від 17 травня 2012 р. № 328/2012, згідно з якими передбачено утворення Конституційної Асамблеї – спеціального дорадчого органу при Президентові України, головною метою створення та діяльності якого є підготовка законопроекту про внесення змін до Конституції України.

⁵⁵⁰ Еленін Н.В. Учредительное собрание: политико-правовая природа : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Н.В. Еленін ; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – М., 1998. – 189 с. – С. 8.

⁵⁵¹ Ющик О.І. Актуальні проблеми законодавчого процесу / О.І. Ющик // Віче. – 2007. – № 12.

⁵⁵² Колишко І. Конституційна ассамблея – путь к новой Конституции Украины / И. Колишко, Ю. Кириченко // Зеркало недели. – 2008. – № 5 (684). – 9 февраля. – С. 3–4.

⁵⁵³ Зелена книга української конституційної реформи : матеріали для громадського обговорення / ІШПА при НАУКМА, ЦППР, УНЦПД, КВУ ; за заг. ред. І. Коліушка, Ю. Кириченко. – К. : Лікей, 2007. – 32 с.

⁵⁵⁴ Проблеми організації державної влади в Україні в контексті політико-правової реформи : матеріали методологічного семінару. – К. : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2008. – 70 с.

⁵⁵⁵ Максакова Р.М. Місце установчої влади в сучасному конституційному процесі в Україні / Р.М. Максакова // Від громадянського суспільства до правової держави : тези III Міжнародної науково-практичної конференції. – Х. : ХНУ ім. В.Н. Каразіна, 2008. – С. 141–143.

⁵⁵⁶ Про підтримку ініціативи щодо створення Конституційної Асамблеї : Указ Президента України від 21 лютого 2011 р. № 224 // Офіційний вісник Президента України. – 2011. – № 5. – Ст. 385.

⁵⁵⁷ Питання формування та організації діяльності Конституційної Асамблеї : Указ Президента України від 25 січня 2012 р. № 31 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 9. – Ст. 317.

⁵⁵⁸ Про Конституційну Асамблею : Указ Президента України від 17 травня 2012 р. № 328/2012 [Електронний ресурс] // Офіційне Інтернет-представництво Президента України. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/documents/14752.html>.

З приводу створення спеціального органу, який би займався виключно внесенням змін до Конституції, цікавим видається досвід нашого найближчого сусіда – РФ. На відміну від України, законодавством якої не передбачено створення окремого органу установчої влади, ст. 135 Конституції РФ визначає таким органом Конституційні Збори. Цей орган, як і парламент (Федеральні Збори), має повноваження щодо перегляду Конституції, але може скликатися у виняткових випадках: 1) для підтвердження незмінності Конституції РФ; 2) для розробки проекту нової Конституції, яка може бути прийнята як цими ж Конституційними Зборами, так і винесена на всенародне голосування; 3) для перегляду гл. 1 “Основи конституційного ладу”, гл. 2 “Права і свободи людини і громадянина” та гл. 9 “Конституційні поправки та перегляд Конституції”. Нагадаємо, що Конституція України також має “захищені” від впливу парламенту розділи. Так, згідно зі ст. 156 Конституції, внесення змін до розділу I “Загальні засади”, розділу III “Вибори. Референдуми” і розділу XIII “Внесення змін до Конституції України” можливо лише після затвердження на всеукраїнському референдумі. Що ж до зміни Конституції України у сфері регламентації прав і свобод людини і громадянина, то, на відміну від положень Конституції РФ, вони взагалі неможливі, якщо такі зміни передбачають скасування або обмеження зазначених прав і свобод. Слід звернути увагу й на те, що за Конституцією України, на відміну від Конституції РФ, взагалі не закріплюються механізми прийняття нової Конституції, допускається лише внесення змін до неї.

Достатньо важко сформулювати чітку позицію щодо надання переваги тій або іншій конституційній регламентації порядку здійснення установчої влади у сфері зміни Конституцій. Але, на перший погляд, надання пріоритету на здійснення таких дій саме народу як первинному суб’єктові установчої влади згідно з Конституцією України, а не органів установчої влади (який є вторинним і похідним від народу суб’єктом установчої влади), як це врегульовує Конституція РФ, може свідчити про вищий ступінь демократизму та народовладдя в Україні. Хоча на противагу зазначеній позиції можна висунути тезу про якість можливої зміни конституційних положень у разі їх обговорення на референдумі (за наявності таких показників, як різний рівень правової обізнаності населення, можливість аналізу та прогнозування взаємозв’язку затверджуваних змін з можливими позитивними або негативними наслідками тощо).

Згідно з Конституцією України, безпосереднє здійснення влади народу (народне волевиявлення) відбувається через вибори, референ-

думи та інші форми безпосередньої демократії (ст. 69 Конституції України).

Виходячи з того, що зазначена стаття Конституції не визначає чіткого переліку форм безпосередньої демократії (крім виборів та референдумів), через які народ може здійснювати установчу владу, можна припустити існування необмеженої кількості варіантів здійснення народного волевиявлення. Але не всі ці варіанти мають стосунок до реалізації саме установчої влади, бо характерним елементом рішень, які приймаються через здійснення тієї чи іншої форми безпосередньої демократії, є імперативний характер.

Український політолог Ю.Р. Мірошніченко, досліджуючи проблеми формування концепції безпосереднього народовладдя в Україні, звертає увагу на те, що механізм народовладдя повинен передбачати не стільки право громадян *брати участь* в управлінні публічними справами, скільки право громадян самостійно *вирішувати* питання місцевого та державного значення, приймаючи для цього обов'язкові до виконання на відповідній території чи для відповідного кола осіб рішення. Це, на його думку, буде справжнє “народовладдя”, а не його імітація, адже “влада” без прийняття владних (загальнообов'язкових) рішень не є владою⁵⁵⁹.

Надаючи характеристику формам реалізації установчої влади, визначеним у Конституції України через форми безпосередньої демократії, також слід виходити з того, що результати народного волевиявлення у визначених Конституцією та законами України формах безпосередньої демократії є обов'язковими (так було зазначено в Рішенні Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005 (справа про здійснення влади народом))⁵⁶⁰.

Вибори

Вибори є першою конституційно проголошеною формою безпосередньої демократії, через яку, як ми з'ясували, здійснюється пряма установча влада. Вибори мають своєю формальною метою обрання глави держави, формування корпусу представницького органу влади чи наділення представницьким мандатом посадової особи. У сучасних умовах вибори є також формою легітимації політичного курсу розвитку держави, підтвердженням чого є обов'язкова майже для всіх типів

⁵⁵⁹ Мірошніченко Ю.Р. Теоретичні засади та проблеми формування концепції безпосереднього народовладдя в Україні [Електронний ресурс] / Юрій Романович Мірошніченко // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2011. – Вип. 6 (9). – Режим доступу: <http://jurlugansk.ucoz.org/load/18-1-0-332>.

⁵⁶⁰ Рішення Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005 (справа про здійснення влади народом) // Офіційний вісник України. – 2005. – № 41. – С. 31. – Ст. 2605.

виборів вимога для реєстрації кандидата (виборчого списку кандидатів) на виборну посаду подання передвиборної програми⁵⁶¹.

Через вибори як форму реалізації установчої влади в Україні народ як єдиний можливий суб'єкт цієї форми реалізації установчої влади утворює органи державної влади, які від народу наділяються правом здійснювати установчу владу в державі через реалізацію визначених цим же народом (шляхом закріплення в конституції) установчих повноважень. Відповідно до положень Конституції України, через вибори народ формує Верховну Раду України (ч. 1 ст. 76 Конституції); обирає Президента України (ч. 1 ст. 103 Конституції). Через вибори як форму реалізації установчої влади в межах певної території України територіальні громади формують представницький орган Автономної Республіки Крим та органи місцевого самоврядування. Так, зокрема, шляхом виборів формується Верховна Рада Автономної Республіки Крим (п. 1 ч. 1 ст. 138 Конституції); сільські, селищні, міські, районні, обласні ради (ч. 1 ст. 142 Конституції); обираються сільські, селищні, міські голови (ч. 2 ст. 142 Конституції).

Слід зауважити, що за існуючою в Україні конституційно-правовою регламентацією, сформувавши загальнонаціональні органи влади (Верховну Раду України та обравши Президента України), народ не може використовувати форми безпосередньої демократії (референдум) для дострокового припинення їх повноважень. По-перше, прямої вказівки на таке повноваження народу не містить текст Основного Закону, хоча він не містить і прямої заборони щодо цього повноваження. По-друге, неодноразові ініціативи щодо винесення на всенародне обговорення питань про дострокове припинення повноважень парламенту та глави держави обернулися для народу чіткою конституційною заборonoю на можливість реалізації цього права як такого, що не передбачене Конституцією України. Ця заборона була висловлена в Рішенні Конституційного Суду України від 27 березня 2000 р. № 3-рп/2000 (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою): "...чинна Конституція України не передбачає інституту висловлення недовіри на всеукраїнському референдумі, в тому числі проголошеному за народною ініціативою, Верховній Раді України чи будь-яким іншим конституційним органам державної вла-

⁵⁶¹ Конституція України : науково-практичний коментар / [редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін.]; Нац. акад. прав. наук України. – [2-ге вид., переробл. і доповн.]. – Х. : Право, 2011. – 1128 с. – С. 504.

ди як можливої підстави дострокового припинення їх повноважень⁵⁶².

На нашу думку, такий стан речей є нелогічним з погляду здійснення установчої влади та суперечить положенням ч. 2 ст. 5 Конституції, яка визначає єдиним джерелом влади в Україні народ. Бо суб'єкт влади, маючи повноваження на формування органів влади, повинен мати повноваження і на контроль за діяльністю цих (сформованих ним) органів, який має виявлятися не лише в періодичному звітуванні сформованих народом органів перед ним же, а й у разі незадовільного виконання покладених на орган обов'язків – припинити його повноваження.

У цьому плані цікавою видається практика Конституційного Суду щодо висловлення своєї думки з аналогічних ситуацій, але щодо повноважень органів державної влади.

Так, наприклад, відповідно до положень п. 23 ч. 1 ст. 106 Конституції України, Президент України утворює суди у визначеному законом порядку. Повноваження Президента України щодо можливості ліквідовувати суди норми Основного Закону не містять. Рішенням Конституційного Суду України від 21 червня 2011 р. № 7-рп/2011 у справі про повноваження державних органів у сфері судоустрою Конституційний Суд визнав конституційним право Президента не тільки створювати, а й ліквідовувати суди загальної юрисдикції⁵⁶³. Згідно з Рішенням, право Президента ліквідовувати суди є невід'ємною частиною його конституційного права їх утворювати.

Виходить, підхід Конституційного Суду з приводу визначення обсягу установчих повноважень Президента щодо формування судів, викладений у Рішенні Конституційного Суду України від 21 червня 2011 р. № 7-рп/2011 за формулою: суб'єкт, що утворив орган, має, відповідно, і право приймати рішення про його ліквідацію, – є нелогічним, бо, напевне, проводячи аналогію з подібним Рішенням від 27 березня 2000 р. № 3-рп/2000, орган конституційної юрисдикції мав

⁵⁶² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 103 і 108 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України “Про проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою” (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою) від 27 березня 2000 р. № 3-рп/2000 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9351>.

⁵⁶³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 54 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень законів України “Про судоустрій і статус суддів”, “Про Вищу раду юстиції” (справа про повноваження державних органів у сфері судоустрою) від 21 червня 2011 р. № 7-рп/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=143435>.

би встановити, що Конституція прямо не закріплює за Президентом право ліквідовувати суди. Але такого не відбулося. Ми цілком підтримуємо висловлений у Рішенні Конституційного Суду України від 21 червня 2011 р. № 7-рп/2011 підхід щодо повноважень Президента ліквідовувати суди як складову його конституційного статусу, який за Конституцією передбачає за ним право їх утворювати. Але у випадку з повноваженнями народу щодо утворення органів влади має застосовуватися такий самий підхід. Частиною конституційного статусу народу як суб'єкта установчої влади щодо створення органів влади шляхом голосування на виборах має бути повноваження народу через таку саму процедуру голосування і припиняти повноваження утворених ним органів. До того ж, таке правове регулювання не є чужим для українського законодавства. Адже, за законодавством України, виборці мають право припиняти повноваження органів та посадових осіб місцевого самоврядування (до цього питання ми ще звернемося в наступних розділах нашої роботи).

До речі, інститут прямої відповідальності органів державної влади розглядався як можливий інститут безпосередньої демократії в Україні ще в процесі роботи над проектами Конституції України. Так, наприклад, у розділі V Концепції нової Конституції України, затвердженій Постановою Верховної Ради УРСР від 19 червня 1991 р. № 1213-XII, з приводу застосування референдуму в конституційній моделі реалізації народовладдя передбачено таке. “За порушення Конституції і Законів Президент несе відповідальність (в порядку імпічменту) перед Верховною Радою, а також відповідальність безпосередньо перед народом (вияв недовіри і дострокове припинення повноважень шляхом ініціативного референдуму народу). Як кінцевий спосіб розв’язання кризи у взаємодії законодавчої і виконавчої влади закріплюється право Верховної Ради оголосити референдум з питання дострокового припинення повноважень Президента; при цьому в разі, коли за наслідками референдуму народ висловить довіру Президенту, Верховна Рада підлягає розпуску”⁵⁶⁴.

Референдум

Референдум як форма здійснення прямої установчої влади полягає в тому, що народ шляхом голосування приймає рішення з важливих питань державного та місцевого значення. Референдуму, як і виборам, притаманна остаточність та обов’язковість їх результату й неможливість перегляду рішень, прийнятих на референдумі, будь-яким

⁵⁶⁴ Концепція нової Конституції України. Затверджена Постановою Верховної Ради УРСР від 19 червня 1991 р. № 1213-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 35. – Ст. 466.

органом влади. Ця ознака (обов'язковість рішень прийнятих через форму безпосередньої демократії) підтверджує належність референдуму до однієї з форм реалізації установчої влади.

Конституційне регулювання референдумів в Україні зведене до приписів, якими визначено:

- право громадян брати участь у всеукраїнському та місцевому референдумах (ч. 1 ст. 38 Конституції);
- суб'єктів ініціювання проведення референдуму – народна ініціатива (ч. 2 ст. 72), Верховна Рада України (п. 2 ч. 1 ст. 85 Конституції);
- суб'єктів, уповноважених призначати (проголошувати) референдум, – Верховна Рада України (п. 2 ч. 1 ст. 85 Конституції), Президент України (п. 6 ч. 1 ст. 106 Конституції);
- вимога обов'язковості вирішення питання про зміну території України всеукраїнським референдумом (ст. 73 Конституції);
- затвердження на всеукраїнському референдумі законопроекту про внесення змін до розділу I “Загальні засади”, розділу III “Вибори. Референдум” і розділу XIII “Внесення змін до Конституції України”, прийнятого не менш як двома третинами від конституційного складу Верховної Ради України (ч. 1 ст. 156 Конституції);
- недопустимість проведення референдуму щодо законопроектів з питань податків, бюджету та амністії (ст. 74 Конституції).

Організація і порядок проведення референдумів, згідно з п. 20 ч. 1 ст. 92 Конституції України, визначаються виключно законами України. Протягом усього періоду існування незалежної України ці питання регулювалися Законом України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” від 3 липня 1991 р. № 1286–XII⁵⁶⁵ у частині, що не суперечила Конституції України, а з 28 листопада 2012 р. у зв'язку з втратою чинності зазначеного Закону – Законом України “Про Всеукраїнський референдум” від 6 листопада 2012 р. № 5475–VI⁵⁶⁶; також питання організації і проведення референдумів врегульовані Законом України “Про Центральну виборчу комісію” від 30 червня 2004 р. № 1932–IV⁵⁶⁷. Як зазначив Конституційний Суд України у Рішенні від 27 березня 2000 р. № 3-рп/2000 (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою), всеукраїнський референдум за народ-

⁵⁶⁵ Закон України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” від 3 липня 1991 р. № 1286–XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 33. – Ст. 443.

⁵⁶⁶ Про Всеукраїнський референдум: Закон України від 6 листопада 2012 р. № 5475–VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 92. – Ст. 3729.

⁵⁶⁷ Закон України “Про Центральну виборчу комісію” від 30 червня 2004 р. № 1932–IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 36. – Ст. 448.

ною ініціативою може бути проведений відповідно до чинного законодавства (абз. 3 пп. 4.1 п. 4 мотивувальної частини).

У зв'язку з набуттям чинності Законом України “Про Всеукраїнський референдум” від 6 листопада 2012 р. в Україні виникла ситуація, в якій громадяни стали позбавленими конституційного права брати участь у місцевому референдумі (закріпленого положеннями ч. 1 ст. 38 Конституції), права громадян на участь у здійсненні місцевого самоврядування через право вирішувати питання місцевого значення шляхом місцевого референдуму (закріпленого положеннями ст. 3, 7 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”), бо новий Закон “Про місцеві референдуми” Верховна Рада України не прийняла, а той, що передбачав механізм реалізації зазначеного права, визнаний нечинним.

Виходить, що положення п. 4 Розділу XIII Закону України “Про Всеукраїнський референдум” від 6 листопада 2012 р. № 5475-VI суперечать положенням ч. 2 ст. 21, ч. 2 і 3 ст. 22 Конституції України, якими закріплено *принципи непорушності прав і свобод людини, недопущення скасування конституційних прав і свобод і звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод* при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів.

Напевно, зазначеної проблеми не виникло б у разі, якщо б у п. 4 Розділу XIII Закону України “Про Всеукраїнський референдум” від 6 листопада 2012 р. № 5475-VI передбачалося б таке: “Визнати з дня офіційного оприлюднення цього Закону такими, що втратили чинність, положення Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” щодо організації і проведення всеукраїнських референдумів”.

Але тепер вирішення цього питання, на наш погляд, можливе шляхом визначення серед *пріоритетних питань* розгляду на порядку денному Верховної Ради України питання щодо прийняття Закону України “Про місцеві референдуми”.

Більш детально референдум як форма здійснення установчої влади буде розглянута нами в підрозділах 4.3.1 та 4.3.2 монографії.

Що стосується інших форм безпосередньої демократії, через які здійснюється пряма установча влада, то на рівні конституційного регулювання така форма лише проголошена положеннями ст. 69 Конституції України: “народне волевиявлення здійснюється через ... інші форми безпосередньої демократії”. Але жодної згадки про перелік цих “інших форм” текст Конституції України не містить.

Відсутність у тексті Конституції України вичерпного кола інших форм безпосередньої демократії, на думку В.Л. Федоренка, від-

повідас змісту ст. 5 Основного Закону, згідно з якою народ має право на безпосередню демократію в будь-яких формах⁵⁶⁸.

На думку Ю.Г. Барабаша, єдиною іншою формою без посередньої демократії, яка відповідає визначеному в Конституції механізму народовладдя, є відкликання виборцями депутатів місцевих рад⁵⁶⁹. Норми Конституції не містять прямої вказівки про цей інститут безпосередньої демократії, хоча чинне законодавство передбачає наявність у виборців такого права і чітко визначає механізм його реалізації (але в рамках заявленого нами питання “Прямі форми реалізації установчої влади за Конституцією України” – інститут відкликання виборцями депутатів місцевих рад ми розглядати не будемо, хоча повністю підтримуємо зазначену вище позицію Ю.Г. Барабаша і вважаємо, що цей інститут має право на існування в системі інших форм безпосередньої демократії в Україні, про що йтиметься в підрозділі 4.3.3 монографії).

Референдна ініціатива щодо проведення всеукраїнського референдуму.

На нашу думку, єдиною іншою формою безпосереднього народовладдя, що встановлена Конституцією та через яку здійснюється пряма установча влада, можна вважати *референду ініціативу щодо проведення всеукраїнського референдуму*. Про те, що референдна ініціатива щодо проведення всеукраїнського референдуму є іншою формою безпосередньої демократії, встановленою в Конституції України, неодноразово зазначали відомі українські правознавці В.Ф. Погорілко⁵⁷⁰ та В.Л. Федоренко⁵⁷¹.

Так, відповідно до положень ч. 2 ст. 72 Конституції України, всеукраїнський референдум проголошується за народною ініціативою на вимогу не менш як трьох мільйонів громадян України, які мають право голосу, за умови, що підписи щодо призначення референдуму зібрано не менш як у двох третинах областей і не менш як по сто ти-

⁵⁶⁸ Федоренко В.Л. Інші форми безпосередньої демократії в Україні / В.Л. Федоренко // *Виборче право України: навч. посіб.* / [за ред. В.Ф. Погорілка, М.І. Ставнійчук]. – К.: Парламентське вид-во, 2003. – 383 с. – С. 324.

⁵⁶⁹ Конституція України: науково-практичний коментар / [редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін.]; Нац. акад. прав. наук України. – [2-ге вид., переробл. і доп.]. – Х.: Право, 2011. – 1128 с. – С. 507.

⁵⁷⁰ Погорілко В.Ф. Конституційно-правові основи безпосередньої демократії в Україні / В.Ф. Погорілко // *Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики. До 10-ї річниці незалежності України*. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. – 356 с. – С. 5–28.

⁵⁷¹ Федоренко В.Л. Інші форми безпосередньої демократії в Україні / В.Л. Федоренко // *Виборче право України: навч. посіб.* / [за ред. В.Ф. Погорілка, М.І. Ставнійчук]. – К.: Парламентське вид-во, 2003. – 383 с. – С. 324–339.

сяч підписів у кожній області. Отож, суб'єктом ініціювання цієї форми демократії є народ, а наслідком ініціювання – конституційно встановлений обов'язок Верховної Ради України або Президента України призначити всеукраїнський референдум.

Коментуючи положення ч. 2 ст. 72 Конституції, Ю.Г. Барабаш зазначав: “Сьогодні Конституція не передбачає такої форми безпосередньої демократії, як народна законодавча ініціатива (хоча на етапі розробки Конституції такі пропозиції вносилися неодноразово), тому “народноініціативний” референдум є по суті єдиним способом прийняття сувереном рішень, які становлять суспільний інтерес”⁵⁷².

Отже, підсумовуючи, зазначимо, що прямі форми реалізації установчої влади за Конституцією України здійснюються через конституційний процес, вибори, референдуми та інші форми здійснення установчої влади народом. Більш детальному аналізу законодавчого регулювання та визначенню проблем реалізації цих форм здійснення установчої влади в Україні буде присвячений четвертий розділ монографії.

3.3.3. Представницькі (похідні) форми реалізації установчої влади за Конституцією України

Представницькі (похідні) форми реалізації установчої влади за Конституцією України здійснюються через діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а саме: через реалізацію ними установчих повноважень у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України.

Згідно з положеннями ч. 1 ст. 6 Конституції України визначено, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Відповідно, існує ціла система органів державної влади, що представляють зазначені гілки влади, через які, виходячи з положень Конституції України, здійснюється влада народу. Це: Верховна Рада України (ч. 1 ст. 75 Конституції України), Кабінет Міністрів України (ч. 1 ст. 113 Конституції України), місцеві державні адміністрації (ч. 1 ст. 118 Конституції України), Конституційний Суд України та суди загальної юрисдикції (ч. 3 ст. 124 Конституції України).

Органами місцевого самоврядування за Конституцією України є: сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи (ч. 3 ст. 140), районні та обласні ради (ч. 4 ст. 140), будинкові, вуличні, квартальні та інші органи самоорганізації населення (ч. 6 ст. 140).

⁵⁷² Конституція України : науково-практичний коментар / [редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін.]; Нац. акад. прав. наук України. – [2-ге вид., переробл. і доп.]. – Х. : Право, 2011. – 1128 с. – С. 525.

Звертаємо увагу, що не всі з перелічених органів державної влади та місцевого самоврядування наділені за Конституцією установчими повноваженнями, отже, не всі вони мають стосунок до реалізації установчої влади. Враховуючи те, що установчими повноваженнями наділені лише представницькі органи влади, слід зазначити, що представницькі (похідні) форми реалізації установчої влади за Конституцією України здійснюються через діяльність *представницьких* органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Такими органами, згідно з Конституцією України є: *Верховна Рада України; Президент України; Верховна Рада Автономної Республіки Крим; сільські, селищні, міські, районні та обласні ради; сільські, селищні, міські голови.*

Верховна Рада України

Відповідно до положень ст. 75 Конституції України, єдиним органом законодавчої влади в Україні визначено парламент – Верховну Раду України. Однак законодавча функція парламенту України хоча і є головною, проте не єдиною. Як відомо, парламент України здійснює законодавчу, представницьку, установчу (кадрову, номінаційну), контрольну та інші функції. Закладений у ст. 75 Конституції статус парламенту суттєво відрізняється від статусу Верховної Ради УРСР, яка була найвищим органом державної влади (ст. 97 Конституції (Основного Закону) УРСР 1978 р.), та від закріпленого в розділі V Концепції нової Конституції України (затвердженої Постановою Верховної Ради України від 19 червня 1991 р.) статусу, яким визначалося, що “законодавча влада здійснюється народом України шляхом референдуму і Верховною Радою України”⁵⁷³.

Так, коментуючи положення ст. 75 Конституції О.В. Петришин і Л.І. Летнянчин, зазначали, що *сучасний парламент* у демократичній державі має ряд важливих ознак, серед них такі: це верховний орган держави, *створений на основі того чи іншого способу представництва народу*; такий, що *виражає його суверенну волю*⁵⁷⁴.

Те, що парламент України є загальнонаціональним представницьким органом державної влади і *лише* йому належить право представляти весь Український народ, можна визначити лише тільки після детального вивчення розділів I і IV Конституції України. Прямої вказівки на це Конституція не містить. На наш погляд, це суттєвий недо-

⁵⁷³ Концепція нової Конституції України : затверджена Постановою Верховної Ради УРСР від 19 червня 1991 р. № 1213–ХІІ // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 35. – Ст. 466.

⁵⁷⁴ Конституція України : науково-практичний коментар / [редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. наук України]. – [2-ге вид., переробл. і доповн.]. – Х. : Право, 2011. – 1128 с. – С. 536.

лік конституювання як парламенту, так і механізму здійснення установчої влади в Україні.

Зокрема, українські науковці роблять висновки щодо конституційного статусу Верховної Ради, а саме: що вона “є загальнонаціональним представницьким органом державної влади, оскільки вона наділена правом представляти весь Український народ – громадян України всіх національностей і виступати від імені всього народу” лише з аналізу преамбули Конституції та її змісту, а також з самої назви парламенту “Верховна Рада України”⁵⁷⁵.

На наш погляд, визначення в Конституції України статусу парламенту має бути доступним не лише для правознавців, які, здійснюючи аналіз цілого ряду норм Основного Закону, а також виходячи зі своїх знань теорії права, роблять відповідні висновки. Закріплення статусу парламенту в Конституції має бути зрозумілим для кожного громадянина, а також має відображати його сутнісне призначення, а не зводитися лише до виконання цим органом функції щодо прийняття законів. Тим більше, що не лише Верховна Рада наділена за Конституцією правом приймати закони – таке право має і народ України. Так, Конституційний Суд України неодноразово роз’яснював, *що право приймати закони і вносити до них зміни може не лише парламент, це право здійснює народ*, якщо це питання стосується ст. 5, 38, 69, 72 Конституції України (п. 3 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 14 грудня 2000 р. № 15-рп/2000 (справа про порядок виконання рішень Конституційного Суду України))⁵⁷⁶. Конституційний Суд України також встановлював, що за змістом ст. 5, 72, 74 Конституції України *народ* як носій суверенітету і єдине джерело влади в Україні, здійснюючи своє волевиявлення через референдум, *може* в порядку, який має бути визначений Конституцією і законами України, *приймати закони, вносити зміни до чинних законів, скасовувати їх* (крім законів з питань податків, бюджету, амністії)

⁵⁷⁵ Конституція України : науково-практичний коментар / [редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін.] ; Нац. акад. прав. наук України. – [2-ге вид., переробл. і доповн.]. – Х. : Право, 2011. – 1128 с. – С. 537.

⁵⁷⁶ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради України “Про чинність Закону України “Про Рахункову палату”, офіційного тлумачення положень частини другої статті 150 Конституції України, а також частини другої статті 70 Закону України “Про Конституційний Суд України” стосовно порядку виконання рішень Конституційного Суду України (справа про порядок виконання рішень Конституційного Суду України) від 14 грудня 2000 р. № 15–рп/2000 // Офіційний вісник України. – 2000. – № 51. – С. 80. – Ст. 2226.

(Рішення Конституційного Суду України від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/2008 (справа про прийняття Конституції та законів України на референдумі))⁵⁷⁷.

Виходячи із цього, на наш погляд, закріплення в Конституції України статусу Верховної Ради має відповідати дійсній сутності цього органу, а не відображати лише одну з його функцій, тим більше, що цю функцію (виходячи з аналізу норм Конституції, а також враховуючи офіційну позицію єдиного органу конституційної юрисдикції, яка, нагадуємо, є обов'язковою до виконання) виконує *не лише Верховна Рада*, адже цю функцію *може виконувати і народ* (а в деяких випадках *лише народ*).

Тому конституційна регламентація статусу Верховної Ради має визначатися в ст. 75 Конституції таким чином: "Верховна Рада України є парламентом України. Це загальнонаціональний представницький орган державної влади, який має виключне право виступати від імені всього народу". Таке конституційне закріплення буде відповідати дійсному призначенню та сутності парламенту України, а також концепції реального втілення похідної (представницької) установчої влади.

Президент України

Специфічне місце в системі державної влади за Конституцією України відведено Президенту України, який, згідно з положеннями ч. 1 ст. 102 Конституції України, є главою держави і виступає від її імені. Як зазначають автори коментаря до Конституції України, статус Президента України, як він визначений у цій статті Конституції, дає підставу вважати його втіленням (уособленням) держави і державної влади в цілому, а не якоїсь окремої гілки, що зумовлено колом повноважень, його роллю та місцем у політичному житті суспільства⁵⁷⁸. Відомий український конституціоналіст В.Ф. Погорілко зазначав, що як глава держави Президент перебуває над законодавчою, виконавчою й судовою гілками влади. У системі здійснення установчої влади Президент України бере участь через здійснення закріплених у Конституції України установчих повноважень.

⁵⁷⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Президента України про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої статті 5, статті 69, частини другої статті 72, статті 74, частини другої статті 94, частини першої статті 156 Конституції України (справа про прийняття Конституції та законів України на референдумі) від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9954>.

⁵⁷⁸ Коментар до Конституції України : науково-популярне видання / [ред. кол. В.Ф. Опришко (голова)]. – К. : Інститут законодавства Верховної Ради України, 1996. – С. 232.

Посада Президента стала одним з ключових питань співвідношення положень тексту Декларації про державний суверенітет України й Конституції України. Ця проблема викликала особливий інтерес в учасників науково-практичної конференції “Концепція правової держави у світлі Декларації про державний суверенітет і Конституції України”, що відбулася 21 червня 2010 р. у м. Київ. Висловлювалися навіть думки про штучність, внутрішню суперечливість цього інституту влади, а також закладені ним основи конфліктності між інститутами публічної влади. Як зазначив О.І. Ющик, *у тексті Декларації не йшлося про посаду Президента*, хоча вона як основа Конституції виконала свою функцію⁵⁷⁹. У Конституції України 1996 р. статус Президента України визначено так: “*глава держави, що виступає від її імені*” (ч. 1 ст. 102 Конституції).

Говорячи про статус Президента України в системі здійснення представницьких (похідних) форм реалізації установчої влади за Конституцією України, не можна оминати увагою проблемне, на наш погляд, питання – конституційне визначення статусу Президента України. Так, закріпивши в Конституції за Президентом статус *глави держави, що виступає від її імені*, ці норми Конституції заклали внутрішню суперечність в інші положення Конституції України. Так, відповідно до положень ч. 1 ст. 103 Конституції, Президент України *обирається громадянами України*; відповідно до положень ч. 4 ст. 103 Конституції, Президент України *має представницький мандат*; відповідно до положень ч. 1 ст. 104 Конституції, Президент України *складає присягу народові*; відповідно до положень ч. 4 ст. 104 Конституції, підтверджує, що *обраний волею народу і зобов’язується дбати про добробут Українського народу та виконувати свої обов’язки в інтересах усіх співвітчизників*.

На наш погляд, конституційне визначення інституту Президента відповідало б усім його рисам, якби норми ч. 1 ст. 102 Конституції України визначали його так: “*глава держави, що виступає від її імені і представляє інтереси Українського народу*”. Таке визначення конституційного статусу Президента відповідало би положенням, закріпленим далі в тексті Конституції, які ми наводили вище, а саме: положенням ч. 1, 4 ст. 103 та ч. 1, 4 ст. 104 Конституції України. А також, що є першочерговим порівняно з переліченими нормами Основного Закону, запропоноване закріплення конституційного статусу Президента відповідало би основам конституційного ладу, визначеного положеннями ч. 2 ст. 5 Конституції України як те, що *влада Президента*

⁵⁷⁹ Бушанський В. Декларація і Конституція / В. Бушанський // Віче. – 2010. – № 13 (274). – С. 15–17. – С. 16.

є похідною від народу України, який є носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні.

Верховна Рада Автономної Республіки Крим

Відповідно до положень ч. 1 ст. 136 Конституції України, *представницьким органом Автономної Республіки Крим є Верховна Рада Автономної Республіки Крим.*

Представницька установча влада в межах території Автономної Республіки Крим здійснюється Верховною Радою Автономної Республіки Крим через реалізацію цим органом установчих повноважень. На рівні конституційного закріплення ці повноваження встановлені положеннями п. 1, 2 ч. 1 ст. 138, якими визначено, що до відання Автономної Республіки Крим належать:

- призначення виборів депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, затвердження складу виборчої комісії Автономної Республіки Крим;

- організація та проведення місцевих референдумів.

Слід звернути увагу, що призначення виборів депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим належить до компетенції Верховної Ради Автономної Республіки Крим (що врегульовано вже не на рівні Конституції України, а на рівні поточного законодавства). До того ж, Верховна Рада Автономної Республіки Крим може призначати лише чергові вибори, бо призначення позачергових виборів до Верховної Ради Автономної Республіки Крим належить до повноважень Верховної Ради України (п. 28 ч. 1 ст. 85 Конституції).

Конституційне положення щодо затвердження складу виборчої комісії Автономної Республіки Крим деталізоване у ст. 22 Закону України “Про вибори Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” від 10 липня 2010 р. № 2487-VI⁵⁸⁰.

Конституційне положення щодо організації та проведення місцевих референдумів деталізоване в п. 3 ч. 2 ст. 26 Конституції Автономної Республіки Крим, згідно з яким передбачено, що Верховна Рада Автономної Республіки Крим приймає рішення про проведення республіканського (місцевого) референдуму, а предметом такого референдуму можуть бути тільки питання, віднесені до відання автономії.

Однією з проблем конституційного визначення статусу Верховної Ради Автономної Республіки Крим є її відокремленість. З одного боку, це орган, відокремлений від органів державної влади (не нале-

⁵⁸⁰ Закон України “Про вибори Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” від 10 липня 2010 р. № 2487-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 35–36. – Ст. 491.

жить до єдиної системи органів державної влади в Україні), а з іншого – від органів місцевого самоврядування.

Незважаючи на використання в назві органу словосполучення “Верховна Рада”, Верховна Рада Автономної Республіки Крим не є парламентом автономії, а лише територіальним представницьким органом. Використання в назві словосполучення “Верховна Рада”, а також уособлення статусу Автономної Республіки Крим в окремому розділі Конституції викликає багато запитань: чи можна вважати цей орган парламентом АРК?, до яких органів влади державних чи місцевих належить Верховна Рада Автономної Республіки Крим; чи може Верховна Рада Автономної Республіки Крим приймати закони, що будуть діяти в межах автономії; яку правову природу має Конституція Автономної Республіки Крим тощо? Усі ці питання стали предметом офіційних роз’яснень Конституційного Суду України. Власну позицію з перелічених вище питань ми виклали в ряді публікацій⁵⁸¹. На наш погляд, проблемні питання виникали в ході конституційної практики у зв’язку з некоректною конституційною регламентацією статусу Автономної Республіки Крим в цілому та Верховної Ради Автономної Республіки Крим зокрема, в рамках визначення Конституцією

⁵⁸¹ Максакова Р.М. Конституція Автономної Республіки Крим як акт установчого характеру / Р.М. Максакова // Удосконалення механізмів державного управління та місцевого самоврядування : матеріали науково-практичної конференції за міжнародною участю (10.04.2009): у 2 ч. / [за заг. ред. В.К. Присяжнюк, В.Д. Бакуменка, Т.В. Іванової]. – К. : Видавничо-поліграфічний центр Академії муніципального управління, 2009. – Ч. 1. – С. 138–140; Максакова Р.М. Юридична природа Конституції Автономної Республіки Крим / Р.М. Максакова // Правове життя сучасної України : тези доповідей Міжнародної наукової конференції професорсько-викладацького та аспірантського складу / відп. ред. д-р юрид. наук, проф. Ю.М. Оборотов ; Одеська національна юридична академія. – О. : Фенікс, 2009. – С. 245–247; Максакова Р.М. Референдум Автономної Республіки Крим: історико-правові аспекти організації і проведення та сучасний стан конституційно-правового регулювання / Р.М. Максакова // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / [редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін.]; відп. за вип. Ю.М. Оборотов. – Одеса : Юридична література, 2009. – Вип. 48. – 376 с. – С. 235–241; Максакова Р.М. Особливості актів Автономної Республіки Крим як джерел конституційного права України / Р.М. Максакова // Джерела конституційного права України : монографія / Ю.С. Шемшученко, Н.М. Пархоменко, О.В. Скрипнюк, О.І. Ющик, В.М. Шаповал та ін.; [відп. ред.: акад. Ю.С. Шемшученко, д.ю.н. О.І. Ющик]. – К. : Наукова думка, 2010. – С. 353–376; Максакова Р.М. Основні ознаки Конституції Автономної Республіки Крим / Р.М. Максакова // Держава та регіони. – 2010. – № 1. – С. 5–12; Максакова Р.М. Правова природа Конституції Автономної Республіки Крим / Р.М. Максакова // Вісник Конституційного Суду України. – 2010. – № 2. – С. 138–146; Максакова Р.М. Верховна Рада Автономної Республіки Крим: проблеми взаємовідносин з Верховною Радою України, визначення місця в системі органів влади та строку повноважень / Р.М. Максакова // Науковий вісник Академії муніципального управління. Серія: Право : зб. наук. пр. – К. : Видавничо-поліграфічний центр Академії муніципального управління, 2010. – Вип. 1. – С. 17–28.

механізму реалізації представницької (похідної) установчої влади. Вважаємо, що такі питання не виникатимуть у разі чіткого (однозначного) змістовного навантаження норм Основного Закону щодо визначення статусу органів влади автономії.

Робота над текстом Основного Закону у вказаному напрямі має, на наш погляд, враховувати такі аспекти:

- положеннями ч. 2 ст. 5 Конституції України в системі органів влади України визнано *лише два рівні*: органи державної влади та органи місцевого самоврядування (до перших Верховна Рада Автономної Республіки Крим не може мати стосунку, а до других – органів місцевого самоврядування – її ні конституційно, ні законодавчо не віднесено);

- Автономна Республіка Крим входить до складу України як складова єдиного адміністративно-територіального устрою України (що врегульовано положеннями ст. 133 Конституції України), а на території всіх складових суб'єктів України влада здійснюється через місцеве самоврядування;

- перелік питань нормативного регулювання Автономної Республіки Крим, визначений у положеннях ст. 137 Конституції України, не виходить за межі регулювання органів місцевого самоврядування;

- незважаючи на те, що деякі установчі повноваження Верховної Ради Автономної Республіки Крим (а саме: визначені в п. 1 ч. 1 ст. 138 Конституції України) нагадують “повноваження, характерні для територіальних суб'єктів з елементами суверенітету”⁵⁸², “...свідченням того, що АРК не є територіальним суб'єктом, для якого властивий власний суверенітет, є закріплення українським законодавцем норми, згідно з якою правосуддя в АРК здійснюється судами, що належать до єдиної системи судів України. Цей факт ще раз вказує на специфічність АРК як територіального суб'єкта лише з формальної точки зору”⁵⁸³.

Сільські, селищні, міські ради та голови, районні й обласні ради

Виходячи з положень ч. 2 ст. 5 Конституції, відповідно до яких суб'єктом похідної установчої влади в Україні визначені органи місцевого самоврядування, можемо констатувати, що Конституцією встановлена ціла низка цих органів. Так, похідну установчу владу через реалізацію установчих повноважень здійснюють представницькі

⁵⁸² Конституція України : науково-практичний коментар / [редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін.]; Нац. акад. прав. наук України. – [2-ге вид., переробл. і доповн.]. – Х. : Право, 2011. – 1128 с. – С. 961.

⁵⁸³ Там само. – С. 957.

органи місцевого самоврядування, якими є сільські, селищні, міські, районні та обласні ради, що, відповідно до положень ч. 3, 4 ст. 140 та ч. 1 ст. 141, обираються жителями села, селища, міста, району, області.

Серед установчих повноважень представницьких органів місцевого самоврядування на рівні конституційного встановлення закріплено право сільських, селищних, міських рад утворювати, реорганізовувати та ліквідувати комунальні підприємства, організації та установи, а також здійснювати контроль за їх діяльністю. Це повноваження встановлене ч. 1 ст. 143 Конституції. Слід звернути увагу на конституційну регламентацію можливості здійснення цього права як безпосередньо територіальними громадами села, селища, міста (йдеться про реалізацію прямої установчої влади цими громадами як суб'єктами через таку форму реалізації прямої установчої влади, як місцевий референдум), так і через утворені територіальними громадами представницькі органи місцевого самоврядування (сільські, селищні, міські ради як суб'єкти представницької (похідної) установчої влади). Деталізація цього та визначення інших установчих повноважень представницьких органів місцевого самоврядування відбуваються на рівні поточного законодавства, зокрема, Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” – маються на увазі повноваження сільських, селищних, міських рад та повноваження районних, обласних рад.

Похідну установчу владу через реалізацію установчих повноважень здійснюють також виборні посадові особи (одноособові виборні органи) місцевого самоврядування – сільські, селищні, міські голови. Ці посадові особи обираються територіальними громадами (ч. 2 ст. 41 Конституції), а їх повноваження визначаються законом (ч. 4 ст. 141 Конституції). Перелік повноважень сільських, селищних, міських голів, у тому числі й установчих, визначений положеннями ст. 42 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”.

*** **

До здобуття Україною незалежності процес конституційного закріплення установчої влади відбувався як складова розвитку світового конституціоналізму одночасно з процесом становлення української державності.

Конституювання установчої влади в Україні в процесі становлення її державності із середніх віків аж до 20-х років минулого століття завжди вирішальним чином визначалося закономірностями економічного розвитку як на її територіях, так і характером економічних зв'язків цих територій між собою та з економічними суб'єктами ін-

ших держав. Водночас кожна новоутворювана держава має свої суб'єктивні й об'єктивні чинники її створення, залежно від яких відбувається процес конституювання публічної влади, реалізується установча влада. Тому ідеї світового конституціоналізму справляли свій вплив на вказані процеси.

Сутнісні зрушення в суспільно-політичному житті на територіях сучасної України, які прийнято позначати терміном “українська революція”, що відбулися в Україні в період 1917–1920 рр., стали вирішальним кроком у напрямі формування суверенної української державності та визначили вихідні засади конституювання установчої влади України. Особливості змісту установчої влади радянського періоду досить чітко виявилися у Конституціях УСРР 1919 р., 1929 р., Конституціях УРСР 1937 р., 1978 р.

Формування сучасної концепції установчої влади запроваджено з початком у квітні 1985 р. так званої “перебудови”, в СРСР стали розгортатися нові процеси демократизації суспільства, політика держави була спрямована на активізацію громадської думки, розвиток політичних свобод. Концептуальні підходи до визначення змісту сучасної установчої влади були закладені в конституційному процесі України 1990–1996 рр. Прийняття Верховною Радою Української РСР 16 липня 1990 р. “Декларації про державний суверенітет України” вважається відправною точкою формування нормативно-правової моделі конституційного устрою сучасної України та реорганізації установчої влади. Нові зміни в системі здійснення установчої влади запровадила Верховна Рада УРСР, прийнявши 3 липня 1991 р. Закон УРСР “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”. Якісні перетворення установчої влади були запроваджені Постановою Верховної Ради УРСР “Про проголошення незалежності України” від 24 серпня 1991 р., яка стала найбільш важливим документом для утвердження суверенітету та реалізації установчої влади на території сучасної України.

Концептуальні засади установчої влади, закладені в текст Декларації про державний суверенітет України, в процесі розробки нової Конституції України зазнали істотних трансформацій. Першим рішучим кроком цього періоду по шляху радикальної трансформації конституційних основ установчої влади стала Постанова Верховної Ради Української РСР “Про Комісію по розробці нової Конституції Української РСР” від 24 жовтня 1990 р. Нею було започатковано якісно новий етап розвитку конституційного процесу в Україні та формування новітніх засад установчої влади. Робота Верховної Ради та Президента України, проведена в зазначеному напрямі в цей час

знайшла відображення в 24 нормативних актах з питань прийняття Конституції України. Знаковою подією досліджуваного періоду стало питання про заснування поста Президента України, запровадження місцевого самоврядування.

Наступним вагомим кроком конституювання установчої влади в Україні стало укладення 8 червня 1995 р. Конституційного Договору між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України.

Новий якісний зміст інститутів влади в Україні та закладення основ сучасної установчої влади суверенної України відбулося 28 червня 1996 р. з прийняттям Конституції України. Концептуальні основи установчої влади, закладені в Конституцію України можна уявити як здійснення установчої влади через: 1) різні форми безпосередньої демократії; 2) органи державної влади; 3) органи місцевого самоврядування; 4) конституційний процес.

Виходячи з положень Основного Закону можна зробити такий висновок.

За суб'єктом форми реалізації установчої влади визначені в Конституції України поділяються на прямі та представницькі (похідні).

Суб'єктом прямої установчої влади є народ, який здійснює належну йому владу через такі форми реалізації установчої влади: конституційний процес; вибори, референдуми, інші форми безпосередньої демократії, рішення яких є обов'язковими.

До інших форми здійснення установчої влади народом, закріплених у чинному законодавстві України, можна віднести: референдну ініціативу щодо проведення всеукраїнського референдуму (ст. 72 Конституції України); загальні збори громадян (ст. 8 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”); місцеві ініціативи (ст. 9 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”); громадські слухання (ст. 13 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”); збори громадян у м. Києві (ст. 8 Закону України “Про столицю України – місто-герой Київ” 1999 р.); відкликання депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів (ч. 2 ст. 78, ч. 3 ст. 79 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”).

Суб'єктами представницької (похідної) установчої влади є органи державної влади та органи місцевого самоврядування, сформовані відповідно до Конституції й законів України, які здійснюють цю владу через реалізацію установчих повноважень у встановлених Кон-

ституцією межах і відповідно до законів України. Такими органами, згідно з Конституцією України, є: Верховна Рада України; Президент України; Верховна Рада Автономної Республіки Крим; сільські, селищні, міські, районні та обласні ради; сільські, селищні, міські голови.

За ступенем нормативно-правового врегулювання форми реалізації установчої влади, визначені в Конституції України, поділяються на конституційні та законодавчі.

РОЗДІЛ 4

БЕЗПОСЕРЕДНЄ ЗДІЙСНЕННЯ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ УКРАЇНСЬКИМ НАРОДОМ

4.1. Реалізація народом установчої влади в конституційному процесі України

4.1.1. Проблема народного волевиявлення в конституційному процесі України в контексті світового досвіду

Конституційний процес в Україні останніми роками набуває дедалі більшої актуальності. В який спосіб змінювати Конституцію України, хто цим повинен займатися та яким новим змістом треба наповнювати конституційні норми – ці питання все частіше порушуються в науковій літературі та засобах масової інформації. Недосконалість механізмів виборів і референдуму, конфліктна практика формування державної влади, внутрішньо суперечлива конституційно-правова модель її організації, посилена недотриманням принципів її здійснення, спотвореність і немічність місцевого самоврядування, блокування реалізації принципу народовладдя свідчать, що як ніколи гострою політико-правовою проблемою стає здійснення ефективної установчої влади, насамперед, через конституційний процес.

Цим обґрунтована необхідність конституційної реформи, пріоритети якої нещодавно визначив Президент України⁵⁸⁴. На доцільність активізації конституційного процесу вказують і правознавці, визначаючи основні напрями нагальної широкої трансформації суспільного життя⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ Виступ Президента на першому засіданні Конституційної Асамблеї 20 червня 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/news/24550.html>.

⁵⁸⁵ Селіванов А.О. Конституційна модернізація: шлях до легітимності [Електронний ресурс] / А.О. Селіванов. – Режим доступу: <http://cau.in.ua/?p=328> (дата доступу 17.07.2012); Шемшученко Ю.С. Конституційна Асамблея – Демократична форма професійної модернізації Конституції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cau.in.ua/?p=334> (дата доступу 17.07.2012); Тацій В. Право визначати і змінювати конституційний лад належить винятково народові України [Електронний ресурс] / В. Тацій // Голос України. – 2012. – № 118. – 3 липня. – Режим доступу: <http://www.golos.com.ua/Article.aspx?id=260689>; Ставнийчук М. Очевидно, буде референдум по внесенню изменений в Конституцию [Електронний ресурс] / М. Ставнийчук // Коммерсантъ Украина. – 2012. – № 95. – Режим доступу: <http://www.kommersant.ua/doc/1962676>.

Положеннями ч. 3 ст. 5 Конституції України встановлено, що право визначати й змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові та не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. Є офіційне тлумачення цієї конституційної норми. Так, Рішенням Конституційного Суду від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005 визначено, що положення ст. 5 Основного Закону треба розуміти так, що тільки народ має право безпосередньо шляхом всеукраїнського референдуму визначати конституційний лад в Україні, який закріплюється Конституцією України, а також змінювати конституційний лад шляхом внесення змін до Основного Закону України. Із цього випливає, що неодмінним учасником конституційного процесу на сучасному етапі розвитку має бути Український народ (за умови, що проект конституційного закону міститиме зміни до Розділів I, III або XIII чинної Конституції України).

Проблема правотворчості народу в здійсненні конституційного процесу має чимало аспектів⁵⁸⁶. Питання щодо способів і суб'єктів напрацювання та внесення змін до Конституції України завжди стояло перед владою. Останніми роками висловлюються різні пропозиції стосовно шляхів його вирішення, зокрема І.Б. Коліушком та Ю.О. Кириченком⁵⁸⁷, Ю.Г. Рубаном⁵⁸⁸, М.В. Савенком⁵⁸⁹, М.І. Ставнійчук⁵⁹⁰, В.М. Шаповалом⁵⁹¹, О.І. Ющиком⁵⁹² та іншими авторами.

⁵⁸⁶ Максакова Р.М. Місце установчої влади в сучасному конституційному процесі в Україні / Р.М. Максакова // Від громадянського суспільства до правової держави: тези III Міжнародної науково-практичної конференції. – Х.: ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2008. – С. 141–143; Максакова Р.М. Народ як суб'єкт правотворчої діяльності / Р.М. Максакова // Громадянське суспільство в Україні: проблеми забезпечення правотворчої діяльності: матеріали Міжнародної наукової конференції (7 квітня 2008 р., м. Київ) / за ред. академіка Академії правових наук України О.В. Скрипнюка. – К.: НДІ приватного права і підприємництва, 2008. – С. 149–152; Максакова Р.М. Підходи до вивчення феномену влади народу в сучасній науці конституційного права / Р.М. Максакова // Наука конституційного права України: сучасний стан та напрямки розвитку: матеріали виступів учасн. “круглого столу” / за ред. А.П. Гетьмана. – Х.: Право, 2009. – С. 128–133.

⁵⁸⁷ Колиушко І. Конституційна ассамблея – путь к новой Конституции Украины / І. Колиушко, Ю. Кириченко // Зеркало недели. – 2008. – № 5 (684). – С. 3.

⁵⁸⁸ Рубан Ю. Конституция для Украины, а не Украина для Конституции / Ю. Рубан // Зеркало недели. – 2008. – № 12 (691). – 29 марта – 5 апреля.

⁵⁸⁹ Савенко Н. Никто не запретит Президенту в последний момент самовольно изменить Конституцию [Електронний ресурс] / Н. Савенко // Главред. – 2008. – 06 марта. – Режим доступа: <http://glavred.info/archive/2008/03/06/123649-7.html>.

⁵⁹⁰ Ставнійчук М. Ні посаду Президента, ні посаду прем'єра не ліквідують [Електронний ресурс] / М. Ставнійчук // Главред. – 2008. – 10 марта. – Режим доступа: <http://glavred.info/archive/2008/03/10/104731-2.html>.

Більшість науковців звертає увагу на те, що конституцію держави, на відміну від інших правових актів, встановлює (приймає) особливий суб'єкт. У класичному варіанті таким суб'єктом повинен виступати народ. Сама ідея належності народові права приймати конституцію випливає з теорії народного суверенітету.

Під час численних обговорень щодо особливостей реалізації установчої влади в умовах вітчизняного конституційного процесу представники наукової громадськості неодноразово висловлювали думки з приводу того, що вона має бути реалізована народом безпосередньо шляхом створення спеціального органу установчої влади народу, яким можуть бути Всеукраїнські установчі збори⁵⁹³ або Конституційна асамблея України⁵⁹⁴. Ці органи мали б розробити проект внесення змін до Конституції України та/або прийняти цей акт, або винести його на всеукраїнський референдум (звичайно, з урахуванням норм чинної Конституції України про порядок її зміни). Такий орган установчої влади може мати й іншу назву, але головним повинен залишатися його дійсно народний характер.

Серед позитивних рис існування такого органу звертають особливу увагу на такі: 1) члени установчих зборів отримують від виборців ясно виражений мандат довіри на розробку та прийняття конституції (або змін до неї); 2) члени установчих зборів мають можливість зосередити всі свої зусилля на одному питанні – зміні Конституції; 3) установчі збори не належать до жодної з гілок влади, тому питання про зміст нової конституції виходить з-під впливу державних органів; 4) установчі збори набувають чітко виражених рис народного представництва, що сприяє утвердженню серед громадян авторитету конституції як основного закону не лише держави, а й суспільства⁵⁹⁵.

При вирішенні питання щодо прийняття або зміни конституції держави не варто забувати, що конституція – не установчий договір між існуючою владою, з одного боку, та окремими соціальними або корпоративними групами – з іншого, а акт народного волевиявлення,

⁵⁹¹ Шаповал В. Принятие новой редакции Конституции на референдуме юридически возможно [Електронний ресурс] / В. Шаповал // Главред. – Режим доступу: <http://glavred.info/archive/2008/03/07/110247-5.html>.

⁵⁹² Ющик О.І. Актуальні проблеми законодавчого процесу [Електронний ресурс] / О.І. Ющик // Віче. – 2007. – № 12. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/606/>

⁵⁹³ Там само.

⁵⁹⁴ Колиушко І. Конституційна асамблея – путь к новой Конституции Украины / И. Колиушко, Ю. Кириченко // Зеркало недели. – 2008. – № 5 (684). – 9 февраля. – С. 3–4.

⁵⁹⁵ Еленин Н.В. Учредительное собрание: политико-правовая природа : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Еленин Николай Владимирович ; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – М., 1998. – 189 с. – С. 8.

тобто всіх громадян України, яким установлюється державна влада. Положенням ч. 2 ст. 5 Конституції України визначено, що носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Влада народу є первинною⁵⁹⁶. Прийняття Конституції України Верховною Радою України означало, що в цьому випадку установча влада була здійснена парламентом від імені народу⁵⁹⁷.

Таке нормативне закріплення статусу народу як суб'єкта правотворчої діяльності дає змогу зробити висновок, що Верховна Рада України, прийнявши 28 червня 1996 р. Конституцію України, здійснила в такий спосіб делеговану правотворчість (або делеговану установчу владу). Але у зв'язку із цим виникає запитання: “Коли і в який спосіб народ здійснив таке делегування?”. Адже ні попереднім законодавством, на підставі якого діяла Верховна Рада України в конституційному процесі, результатом якого стала Конституція України, ані рішенням народу, прийнятим на Всеукраїнському референдумі в грудні 1991 р., не встановлювалося, що народ делегує парламентові право (уповноважує його) приймати Конституцію України.

Якщо виходити з логіки чинної Конституції та вищезазначених рішень Конституційного Суду України, будь-яке внесення змін до Основного Закону України повинно базуватись на волі народу, тобто ініціювання змін або надання згоди на зміну Конституції України має здійснюватися не від імені народу, а безпосередньо самим народом. За результатами такого акту Верховна Рада України, як орган, наділений повноваженням приймати зміни до Конституції, саме приймає їх, а не підміняє народ на передпроектній стадії. Ця стадія передбачає формування юридичного мотиву, виходячи з потреби внесення змін до правової системи, що відбувається на рівні правосвідомості та виявлення народної волі, об'єктивно зумовленої потребами соціального життя⁵⁹⁸.

Головна проблема участі Українського народу в здійсненні правотворчої діяльності в конституційному процесі полягає в тому, що немає не лише реального механізму реалізації народом права визначати та змінювати конституційний лад, а й правового визначення такого механізму.

⁵⁹⁶ Справа про здійснення влади народом : Рішення Конституційного Суду України від 05 жовтня 2005 р. № 6–рп/2005 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 41. – С. 31.

⁵⁹⁷ Справа про набуття чинності Конституцією України : Рішення Конституційного Суду України від 3 жовтня 1997 р. № 4–зп // Офіційний вісник України. – 1997. – № 42. – С. 59.

⁵⁹⁸ Скаун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник / О.Ф. Скаун. – Х. : Еспада, 2006. – 776 с. – С. 437.

Обґрунтування незаперечності права приймати й змінювати Конституцію як такого, що належить *виключно народу*, здійснив ще Ж.-Ж. Руссо, який зазначав, що в державі не існує такого основного закону, який не може бути припинений, навіть суспільний договір⁵⁹⁹. Враховуючи, що Ж.-Ж. Руссо не визнавав представницького правління, відміна або зміна Основного Закону з позицій його теорії можлива лише шляхом проведення всенародного референдуму.

З іншого боку, теоретики іноді сприймають народ як штучно створений суб'єкт правотворчої діяльності. Реальними ж повноваженнями та важелями в цьому процесі наділяються органи державної влади, посадові особи, громадські організації тощо. Із цього приводу висловив подив О.Г. Мурашин, який зазначав, що сучасна вітчизняна наукова думка⁶⁰⁰ не називає серед суб'єктів, які можуть здійснювати дію, вчинок або видавати документ колективних суб'єктів прямого народовладдя, тобто народ⁶⁰¹.

Точка зору деяких науковців і політиків стосовно того, що народні депутати України мають право від імені народу здійснювати будь-яку діяльність, у тому числі щодо ініціювання необхідності зміни Конституції, а потім безпосередньо реалізуючи власну ініціативу, потребує додаткового осмислення. Подібну позицію ставить під сумнів П.О. Астафичев у праці “Народне представництво в сучасній Росії: проблеми теорії та правового регулювання”⁶⁰². На його думку, коли “народ дає мандат парламенту здійснювати суверенітет від власного імені”, нехай і в більш заангажованій формі, простежується ідея можливості передачі суверенітету народу іншому суб'єктові (у цьому разі парламенту). Автор зазначає, що аргументом проти такої думки є теза Е.Е. Понтовича про те, що народне представництво повинно бути обмеженим настільки, щоб з “органу суверена” воно не стало “сувереним органом”.

Досліджуючи проблеми реалізації установчої влади в конституційному процесі, О.І. Ющик пише: “Як це не парадоксально, чинна

⁵⁹⁹ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты : пер. с фр. / Ж.-Ж. Руссо. – М. : КАНОН-пресс-Ц, 1998. – 416 с. – С. 287.

⁶⁰⁰ Див.: Акт // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 1: А–Г. – С. 74.

⁶⁰¹ Мурашин О.Г. Акти прямого народовладдя у правовій системі : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 / Олександр Геннадійович Мурашин ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2001. – 420 с. – С. 14.

⁶⁰² Астафичев П.А. Народное представительство в современной России: проблемы теории и правового регулирования : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.02 / Павел Александрович Астафичев. – М. : Государственное образовательное учреждение высшего профессионального образования “Поволжская академия государственной службы им. П.А. Столыпина”, 2006. – 498 с. – С. 69.

Конституція і вітчизняна правова система взагалі не дають відповіді на ключове питання: хто і в якому порядку повноважний прийняти Конституцію України? Мабуть, вважалось, що Конституція 1996 р. буде вічною і потребуватиме тільки незначних змін. Однак проблема нової Конституції або нової редакції Основного Закону України постає у світлі політико-правової реформи все більш актуально⁶⁰³.

Якщо звернутися до відомого Рішення Конституційного Суду від 27 березня 2000 р., то з нього випливає, що питати згоди народу на прийняття Конституції України всеукраїнським референдумом не можна, тому що не з'ясована воля народу щодо необхідності прийняття нової конституції, а відтак, “ставиться під сумнів чинність Основного Закону України, що може призвести до послаблення встановлених ним основ конституційного ладу в Україні, прав і свобод людини і громадянина”⁶⁰⁴.

Звичайно, це надумана аргументація, яка не витримує жодної критики. Якби народ висловив свою згоду на прийняття Конституції всеукраїнським референдумом, тим самим було б встановлено референдарну норму щодо суб'єкта і порядку прийняття нової Конституції, незалежно від того, коли і який її варіант буде винесено на референдум. А необхідність прийняття нової конституції – питання реалізації цієї норми, яке взагалі може не виникнути ніколи. Інша справа, що в разі позитивної відповіді на це питання довелось б вносити зміни до ст. 85 Конституції про повноваження парламенту призначати всеукраїнський референдум щодо прийняття нової Конституції.

У зв'язку із цим, на думку О.І. Ющика, виникає потреба теоретичного визначення понять “нова конституція”, “нова редакція конституції” та “внесення змін до конституції”. Він пропонує такий схематичний підхід до вирішення проблеми. Про *нову* конституцію йдеться тоді, коли пропонуються істотні зміни до основ конституційного ладу, тобто загальних засад чинної Конституції. Потреба в *новій редакції* конституції виникає тоді, коли через значну кількість змін користуватися існуючою конституцією стає складно. Відтак, необхід-

⁶⁰³ Ющик О.І. Конституційно-правові проблеми установчої влади в Україні / О.І. Ющик // Віче : теоретичний і громадсько-політичний журнал. – 2009. – № 24. – С. 2–4.

⁶⁰⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 103 і 108 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України “Про проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою” (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою) від 27 березня 2000 р. № 3–рп/2000 [Електронний ресурс] // Сайт Конституційного Суду України. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9351>.

ність нової конституції зумовлена політичними, а необхідність нової редакції конституції – юридико-технічними потребами. У цьому сенсі необхідним для конституційного процесу в Україні є, на його погляд, внесення до чинної Конституції багатьох змін у частині організації державної влади та місцевого самоврядування, без суттєвих змін у загальних засадах. Тобто актуальною науковець вважає саме нову редакцію Конституції України⁶⁰⁵.

Для нормального перебігу конституційного процесу щодо вироблення та ухвалення нової редакції Конституції необхідно враховувати конкретні умови цього процесу. Перед вітчизняним державотворенням виникла головна проблема, а саме *проблема двовладдя*. Стало цілком очевидним, що в Україні після запровадження інституту президента утворилися два приблизно рівносильних центри влади – Верховна Рада України і Президент України. Між ними від початку 1990-х рр. до останнього часу тривала запекла боротьба. Отже, справа не стільки в суб'єктивному, скільки в об'єктивному чинникові, у сутнісному дефекті установчої влади. Народ уповноважує через вибори здійснювати державну владу одночасно двох обраних ним суб'єктів – парламент і Президента України, в умовах, коли Конституція не лише чітко не розмежовує їх повноважень та відповідальності, а навпаки, підштовхує їх до протистояння, боротьби за визначальний вплив, який дає доступ до різних ресурсів. Ця боротьба розгортається в усіх напрямках: за підпорядкування собі Уряду, місцевої влади, силових структур та правоохоронної системи; за визначальну роль у виробленні політичного курсу країни; за контроль над протилежною стороною і, зрештою, народним волевиявленням (виборами та референдумами).

У цьому ряду опинився також конституційний процес. Очевидно, що за таких умов про нормальний перебіг конституційного процесу не може бути мови, що підтверджує п'ятирічна практика розроблення й прийняття чинної зараз Конституції України та п'ятнадцятирічна практика внесення змін до неї. Конституційний процес за цих умов виявляється фактичним прикриттям спроб узурпації влади тими або іншими політичними силами. Змінити умови здійснення установчої влади в Україні, за словами О.І. Ющика, – це головне завдання, що постає перед усіма, хто бажає добра Українському народові, завдання справді демократичних політичних сил і патріотичних державних діячів, які дбають про стратегічні інтереси розвитку краї-

⁶⁰⁵ Ющик О.І. Конституційно-правові проблеми установчої влади в Україні / О.І. Ющик // Віче : теоретичний і громадсько-політичний журнал. – 2009. – № 24. – С. 2–4.

ни, про формування України як демократичної, соціальної, правової держави. Вирішити вказане завдання можна лише одним шляхом: відсторонивши від прийняття нової редакції Конституції обидва центри влади – парламент і Президента України, у тому числі через внесення ними власних варіантів редакції Конституції на всеукраїнський референдум. На його переконання, розколотий навпіл народ не повинен вирішувати, хто із цих центрів здобуде перемогу. Для прийняття такого стратегічного акта, як нова редакція Конституції України, має бути вироблений спеціальний механізм і сформований спеціальний суб'єкт, а саме Всеукраїнські Установчі Збори.

“Звичайно, участь у цьому процесі Верховної Ради України і Президента України повністю виключити не можна (і не потрібно), однак вона не повинна бути вирішальною на етапі розгляду й ухвалення нової редакції Конституції України. Основне завдання цих органів – сприяти конституюванню названих Установчих Зборів і законодавчому регулюванню їх діяльності. А для цього потрібен політичний компроміс, який буде справді компромісом в інтересах суспільства й держави, а не “междусобойчиком” навколо виборів та використання їх результатів”⁶⁰⁶.

Наведені міркування змушують більш уважно поставитися до аналізу тих положень Конституції України, які регулюють конституційний процес в Україні, у тісному взаємозв'язку з тими суспільно-політичними та правовими умовами, в яких він відбувається.

У межах сучасних дискусій навколо повноважень органів влади щодо прийняття або зміни Конституції України можна пригадати дві тези. Перша була висловлена ще О. Кромвелем: “У кожному правлінні повинно існувати дещо головне, дещо подібне постійній і незмінній Великій Хартії. Основним принципом повинно бути правило, що парламенти не можуть оголошувати себе постійними, незмінними. Якою гарантією може бути звичайний закон для запобігання подібному лиху, якщо законодавчий орган, який його прийняв, може його й відмінити?”⁶⁰⁷. Друга – належить одному з ватажків інDEPENDENTІВ в англійській революції, який зазначав: “Вольності нації не будуть у дійсності забезпечені до того часу, поки не будуть ясно встановлені межі

⁶⁰⁶ Ющик О. Конституційні проблеми установчої влади в Україні [Електронний ресурс] / О. Ющик // Юридичний вісник України. – № 42 (642). – Режим доступу: http://www.yuricom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine/publications/?aid=1908&tid=65.

⁶⁰⁷ Боржо III. Учреждение и пересмотр конституцій / III. Боржо. – М. : Сабашниковы, 1905. – Вып. 1. – 112 с. – С. 12.

влади та повноваження представників і зміст тих прав, здійснення яких народ зберігає за самим собою»⁶⁰⁸.

У цілому варто сказати, що практика безпосередньої участі народу в процесі розробки та прийняття конституції або внесення змін до неї для країн європейського права не є чимось новим⁶⁰⁹.

Реалізація установчої влади через процес прийняття конституції є поширеною практикою. Зокрема, здійснюється така форма реалізації через діяльність установчих зборів, що є, як правило, повністю виборним, однопалатним, тимчасовим і таким, що має правоустановче цілкове призначення, органом. Установчі збори обираються громадянами країни і після виконання їх завдання (прийняття конституції), як правило, припиняють свою діяльність. Так були прийняті Конституція Бельгії від 7 лютого 1831 р. (була підготовлена і прийнята Національним конгресом – установчими зборами, статус яких не отримав конституційного закріплення); Конституція Італії від 22 грудня 1947 р. (Конституція була розроблена Установчими зборами, які були обрані на референдумі 2 червня 1946 р.)⁶¹⁰, Конституція Португалії від 2 квітня 1976 р. (у квітні 1975 р. Установчі збори були обрані, підготували Конституцію і 2 квітня 1976 р. її прийняли)⁶¹¹, Конституція Болгарії від 12 липня 1991 р. (прийнята VII Великими народними зборами, що скликані спеціально для прийняття Конституції держави)⁶¹².

У деяких країнах європейського права реалізація установчої влади через прийняття конституції держави має більш ускладнену процедуру. Вона полягає в обмеженні суверенітету Установчих збо-

⁶⁰⁸ Боржо Ш. Учреждение и пересмотр конституций / Ш. Боржо. – М. : Сабашниковы, 1905. – Вып. 1. – 112 с. – С. 12.

⁶⁰⁹ Максакова Р.М. Форми реалізації установчої влади в європейському праві: сучасний стан та перспективи розвитку / Р.М. Максакова // Європейське право та порівняльне правознавство : зб. статей / за ред. Ю.С. Шемшученка, І.С. Гриценка, О.В. Кресіна ; упор. О.В. Кресін, О.Д. Рожко. – К. : Шамборі : Логос, 2010. – С. 429–435; Максакова Р.М. Процедура внесення змін до конституції: проблеми конституційно-правового регулювання в Україні та європейський досвід / Р.М. Максакова // Законодавчий процес і процедура в парламенті України: проблеми якості і вдосконалення в контексті європейського досвіду : матеріали міжнародного наукового семінару (м. Київ, 22 вересня 2010 р.) / за ред. академіка НАПрН України О.В. Скрипнюка. – К. : Атіка, 2011. – С. 54–59; Максакова Р.М. Основні форми реалізації установчої влади: Україна та зарубіжний досвід / Р.М. Максакова // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 2. – С. 374–378.

⁶¹⁰ Конституция Итальянской Республики : пер. с итал. Л.П. Гринберга // Конституции государств Европейского Союза / под общ. ред. Л.А. Окунькова. – М. : ИНФРА-М-НОРМА, 1997. – С. 423–450.

⁶¹¹ Конституция Португальской Республики [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://worldconstitutions.ru/archives/141>.

⁶¹² Андреева Г.Н. Основы конституционного права Болгарии / Г.Н. Андреева // Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник : в 4 т. / отв. ред. Б.А. Страшун. – М. : Изд-во БЕК, 1998. – Т. 3. – 764 с. – С. 609–611.

рів: вони лише розробляють, але не приймають конституцію, або приймають її не як остання інстанція. Питання щодо остаточного прийняття (затвердження) конституції вирішує в такій ситуації або інший орган, або виборці на референдумі. Так, наприклад, виборці Франції в 1946 р. не підтримали конституцію, що була прийнята Установчими зборами⁶¹³. Чинна Конституція Франції прийнята на референдумі 28 вересня 1958 р. Розробкою проекту Конституції займався уряд за делегованими парламентом країни на то повноваженнями й після того, як проект Конституції був обговорений і схвалений у Консультативному комітеті та Раді міністрів, винесений для затвердження на референдум⁶¹⁴.

Для деяких європейських держав характерним є делегування функцій реалізації установчої влади не спеціально створеному для цього органу, а парламентові країни. Так, за конституційним законодавством Республіки Польща, законодавчу владу в країні здійснюють Сейм і Сенат, які працюють самостійно, окремо один від одного, але в разі потреби прийняття конституції держави вони об'єднуються для спільного проведення засідання й у такому разі мають назву "Національні збори". Зокрема, Національні збори 2 квітня 1997 р. прийняли чинну Конституцію Польщі, що затверджена рішенням загальнодержавного референдуму 25 травня 1997 р.⁶¹⁵

Ускладнена процедура внесення змін до Конституції Данії впродовж майже 50 років забезпечує незмінність її конституційних положень. Так, відповідно до положень § 88 цієї Конституції, передбачено, що в разі, якщо парламент приймає законопроект з метою прийняття нового конституційного положення й уряд бажає його прийняття, видається указ про нові вибори парламенту. Якщо законопроект приймається новим складом парламенту без змін, він передається протягом шести місяців після його схвалення на референдум для затвердження або відхилення. Якщо більшість виборців, які брали участь у голосуванні, але не менше ніж 40% від їх загального числа, голосують за підтримку прийнятого парламентом законопроекту і він

⁶¹³ Хабриева Т.Я. Теория современной конституции / Т.Я. Хабриева, В.Е. Чиркин. – М. : Норма, 2007. – 320 с. – С. 86.

⁶¹⁴ Овчаренко А.О. Основы конституционного права Франции / А.О. Овчаренко // Конституционное право зарубежных стран : навч. посіб. / М.С. Горшенёва, К.О. Закоморна, В.О. Ріяка та ін. ; за заг. ред. В.О. Ріяки. – 2-е вид., допов. і перероб. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 544 с. – С. 310.

⁶¹⁵ Андреева И.А. Основы конституционного права Польши / И.А. Андреева // Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник : в 4 т. / отв. ред. Б.А. Страшун. – М. : Изд-во БЕК, 1998. – Т. 3. – 764 с. – С. 484, 515.

схвалюється королем, то лише за цих умов прийнятий законопроект стає невід'ємною частиною Конституції⁶¹⁶.

Специфічно реалізована установча влада в Німеччині: Основний закон Федеративної Республіки Німеччини було створено у 1949 р. Його основні засади у вигляді “франкфуртських документів” були розроблені в червні 1948 р. на конференції представників окупаційної влади з прем'єр-міністрами земель у Франкфурті-на-Майні. На цій же конференції був створений комітет із 22 німецьких фахівців у галузі конституційного права, який, відповідно до “франкфуртських документів”, підготував проект конституції. Для остаточної редакції й ухвалення проекту конституції була сформована парламентська рада у кількості 65 представників земель. Робота парламентської ради до прийняття конституції проходила під контролем і тиском окупаційної влади. Після прийняття парламентською радою цієї редакції Конституції, її ухвалення окупаційними владами і ратифікації ландтагами земель 23 травня 1949 р. відбулася процедура підписання⁶¹⁷.

Слід звернути увагу на те, що попри частково октройований характер Основного закону ФРН і відстороненість народу від участі в розробці та прийнятті конституції держави ФРН стала високорозвинутою європейською країною. Отож, рівень розвитку країни не завжди безпосередньо залежить від участі народу в процесі розробки та прийняття конституції держави.

У літературі відзначається, що завершальним етапом у здійсненні установчої влади через конституційний процес є офіційне оприлюднення та набуття чинності конституцією. Зокрема, В.М. Шаповал вказує, що порядок набуття чинності конституцією у світовій практиці буває часто визначений самою конституцією. Причому він завжди відмінний від такого порядку стосовно законів. Як правило, конституція набуває чинності з дня (моменту) її офіційного оприлюднення (опублікування) або з іншого дня, вказаного в самій конституції, але після офіційного опублікування. У цьому відношенні Конституція України була винятком, що, по суті, спричинило прийняття Конституційним Судом України спеціального Рішення у справі про набуття чинності Конституцією України. У разі прийняття конституції референдумом вона нерідко набуває чинності з дня проведення референ-

⁶¹⁶ Конституции государств Европы : в 3 т. / [под ред. Л.А. Окунькова]. – М. : НОРМА, 2001. – [Т. 1]. – 824 с. – С. 772–773.

⁶¹⁷ Ріяка В.О. Основи конституційного права Федеративної Республіки Німеччина / В.О. Ріяка // Конституційне право зарубіжних країн : навч. посіб. / М.С. Горшеньова, К.О. Закоморна, В.О. Ріяка та ін. ; за заг. ред. В.О. Ріяки. – 2-ге вид., допов. і перероб. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 544 с. – С. 286–287.

думу, адже її текст уже був фактично оприлюднений до голосування. Що ж до офіційного оприлюднення конституції, то його порядок визначається лише інколи, і він практично завжди відмінний від порядку оприлюднення законів. В Європі тільки в Албанії, Андоррі, Греції, Італії, Литві та Молдові в конституціях передбачено їх підписання, причому в Греції – головою Установчих зборів, у Литві – головою парламенту. Водночас у практиці більшості європейських країн глава держави підписував конституцію де-факто⁶¹⁸.

Подібна ситуація, стверджує В.М. Шаповал, існує щодо офіційного оприлюднення конституційних поправок і набуття ними чинності. В Європі лише в Грузії, Ірландії, Польщі, Фінляндії, ФРН і Чехії конституційно передбачено однаковий порядок (включаючи строки) офіційного оприлюднення й набуття чинності конституційними поправками та законами. В інших країнах відповідний порядок визначено по-різному. Зокрема, у Болгарії поправку підписує та оприлюднює голова парламенту або голова установчих зборів, у Македонії, Словенії та Хорватії її оголошує парламент тощо. У конституціях Білорусі, Бельгії, Вірменії, Іспанії, Італії, Латвії, Молдови, Росії, Румунії, Словенії, Франції та деяких інших держав питання офіційного оприлюднення та набуття чинності конституційними поправками прямо не врегульовані, аналогом чого є й відповідна вітчизняна практика.⁶¹⁹

Особливою рисою європейських конституцій є визнання народної законодавчої ініціативи. Цей інститут безпосередньої демократії закріплений у положеннях Конституції Італії⁶²⁰, Іспанії⁶²¹. У ряді європейських країн інститут народної законодавчої ініціативи конституціями не передбачений, наприклад, у Болгарії⁶²². В Україні також Конституцією не передбачено існування інституту народної законо-

⁶¹⁸ Окрема думка судді Конституційного Суду України Шаповала В.М. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 73 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) здійсненого Президентом України права вето стосовно прийнятого Верховною Радою України Закону України “Про внесення змін до статті 98 Конституції України” та пропозицій до нього (справа щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 16. – С. 55. – Ст. 710.

⁶¹⁹ Там само.

⁶²⁰ Маклаков В.В. Основы конституционного права Италии / В.В. Маклаков // Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник : в 4 т. / отв. ред. Б.А. Страшун. – М. : Изд-во БЕК, 1998. – Т. 3. – 764 с. – С. 264.

⁶²¹ Там само. – С. 223.

⁶²² Андреева Г.Н. Основы конституционного права Болгарии / Г.Н. Андреева // Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник : в 4 т. / отв. ред. Б.А. Страшун. – М. : Изд-во БЕК, 1998. – Т. 3. – 764 с. – С. 657.

давчої ініціативи, але пропозиції щодо його впровадження висловлюються в конституційній практиці; зокрема, цей інститут знайшов підтримку в ст. 79, 81 проекту Закону України “Про внесення змін до Конституції України”, винесеного на всенародне обговорення Указом Президента України від 25 серпня 2009 р. № 671/2009⁶²³.

Незважаючи на достатню кількість позитивних моментів у здійсненні установчої влади через конституційний процес, використання європейського досвіду реформування або впровадження нових форм реалізації установчої влади для України варто обмежити раціональними рамками. Ними, за словами В.В. Лемака, можуть бути лише тенденції розвитку європейського конституціоналізму. “Нам, – пише автор, – можуть заперечити: європейський конституціоналізм, спираючись на кілька базових цінностей, зовні проявляється у значній різноманітності національних конституційних моделей. Різноманітність справді велика, проте, щоб увести дискусію в певні рамки, слід прийняти дві аксіоми: а) уникати таких конституційних зразків, яких немає у всіх державах Європейського Союзу; б) намагатися втілити такі конституційні зразки у відносинах органів влади, які властиві всім (переважній більшості) держав того ж таки Європейського Союзу”⁶²⁴.

Вивчення європейського досвіду застосування різноманітних форм реалізації установчої влади в конституційному процесі є, безсумнівно, доречним для розвитку молодих демократичних держав. Особливо зважаючи на існуючу вітчизняну практику, в якій помітною подією стало Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. № 20-рп/2010 щодо неконституційності змін до Основного Закону, ухвалених у 2004 р.⁶²⁵. У Резолюції 1755 (2010) Парламентської Асамблеї Ради Європи “Функціонування демократичних інституцій в Україні” від 4 жовтня 2010 р. наголошено на важливості цього Рішення для реформ у різноманітних сферах суспільного життя й зазначено, що воно повинно тепер спонукати Верховну Раду ініціювати всеохоп-

⁶²³ Про винесення на всенародне обговорення проекту Закону України “Про внесення змін до Конституції України” : Указ Президента України від 25 серпня 2009 р. № 671/2009 // Офіційний вісник Президента України. – 2009. – № 25. – Спеціальний випуск. – С. 8. – Ст. 821.

⁶²⁴ Лемак В. Конституційна реформа: окреслити предмет дискусії [Електронний ресурс] / В. Лемак // Дзеркало тижня. – 2008. – № 21 (700). – Режим доступу: <http://www.dt.ua/1000/1550/63180/>

⁶²⁵ Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. № 20-рп/2010 у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р. № 2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=122407>.

люючий процес конституційної реформи з метою приведення Конституції України у відповідність до європейських стандартів. Бо реформи в багатьох сферах стримуються існуючими конституційними положеннями. У Резолюції вказано, що тому й неможливо запровадити реформи, необхідні для виконання Україною своїх зобов'язань перед Радою Європи, без реформування Конституції. При цьому ПАРЕ звертала увагу України на свої попередні рекомендації щодо необхідності внесення змін до чинної Конституції України замість ухвалення повністю нового тексту Конституції (про що було зазначено в п. 9, 10 Резолюції)⁶²⁶.

Згаданим Рішенням від 30 вересня 2010 р. Конституційний Суд України визнав, що Закон України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р. № 2222–IV є неконституційним, тому втрачає чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього Рішення, а замість нього набуває чинності попередня редакція Конституції України, прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р.

У п. 6 зазначеного Рішення сказано, що Конституційний Суд України при прийнятті рішення щодо повернення до Конституції в редакції 1996 р. виходить з того, що “...визнання неконституційним Закону № 2222 у зв'язку з порушенням процедури його розгляду та ухвалення означає відновлення дії попередньої редакції норм Конституції України, які були змінені, доповнені та виключені Законом № 2222. Це забезпечує стабільність конституційного ладу в Україні, гарантування конституційних прав і свобод людини і громадянина, цілісність, непорушність та безперервність дії Конституції України, її верховенство як Основного Закону держави на всій території України. Аналогічні правові наслідки мали місце після ухвалення Рішення Конституційного Суду України від 7 липня 2009 р. № 17-рп / 2009 у справі про конституційно встановлену процедуру набрання чинності законом, у результаті якого положення Закону України “Про Конституційний Суд України” відновили свою дію в попередній редакції”⁶²⁷.

⁶²⁶ Резолюція 1755 (2010) Парламентської Асамблеї Ради Європи “Функціонування демократичних інституцій в Україні” : Ухвалена у Страсбурзі (Французька Республіка) 4 жовтня 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a19.

⁶²⁷ Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. № 20–рп/2010 у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р. № 2222–IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=122407>.

Виявляється досить цікава ситуація: аналогію з приводу повернення до попередньої редакції Конституції застосовано Конституційним Судом щодо Конституції України. При цьому в інших випадках визнання актів або їх частин неконституційними Конституційний Суд аналогію не застосовував. Логічним було б застосування Конституційним Судом України аналогії в усіх тотожних ситуаціях, така аналогія не повинна бути вибірковою. За такої практики Конституційний Суд України мав би завжди відновлювати попередню редакцію акта або його частини. Але ж таку пропозицію навряд чи можна вважати розумною й доцільною.

А відтак, із цього Рішення випливає, що Конституційний Суд України здійснює не лише конституційний контроль та офіційне тлумачення Конституції та законів України, а й повноваження установчої влади (повертаючи попередню редакцію Конституції України) і законодавчої влади (повертаючи попередню редакцію Закону України “Про Конституційний Суд України”). Ця *протиправна* форма здійснення установчої влади не може бути визначена як реформаційна установча влада (підрозділ 2.2.1 монографії), і хоча практика поновлення чинності попередньої редакції законів має місце в практиці ряду держав, цей випадок слід віднести до проблемних питань сучасного конституційного процесу, що потребують додаткового вирішення. Адже національне конституційне законодавство не містить норм, які б визначали, що в разі визнання акта або його частини неконституційними відновлюється чинність норм попереднього законодавства, що регулювали відповідні відносини до прийняття акта, визнаного неконституційним.

Коментуючи ст. 147 Конституції України про статус Конституційного Суду України як єдиного органу конституційної юрисдикції, А.О. Селіванов пише: “...в теорії конституційного судочинства існує точка зору розглядати його як специфічний суб’єкт влади – “квазі-суд”. Відповідна політико-правова характеристика Конституційного Суду України як органу з певними правотворчими функціями начебто дозволяє йому виконувати своєрідну роль у правотворчому процесі. Разом з тим Конституційний Суд не в змозі і не повинен займатися нормативно-встановлюючою практикою, а конституційне судачинство не має на меті в системі розподілу влад створення норм права або заповнення своїми правовими позиціями прогалин у законодавстві”⁶²⁸.

⁶²⁸ Конституція України : науково-практичний коментар / редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. наук України. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – Х. : Право, 2011. – 1128 с. – С. 1032.

В.П. Тихий, коментуючи ст. 150 Конституції щодо повноважень Конституційного Суду України, звертає увагу на те, що, визнаючи той чи інший нормативно-правовий акт неконституційним і тим самим скасовуючи його, Конституційний Суд виконує функцію “негативного” правотворця⁶²⁹. Тобто, отримуючи відповідно до своїх повноважень правотворчі функції, орган конституційної юрисдикції може реалізувати їх лише в напрямі визнання актів неконституційними і, відповідно, визнавати їх такими, що втратили чинність. Повноваження надавати чинності правовим актам Конституційний Суд України не має.

У зв’язку із цим варто звернути увагу на те, що, згідно з положеннями п. 1 ст. 150 Конституції України, до повноважень Конституційного Суду України належить вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) законів та інших правових актів Верховної Ради України. Згідно з положеннями ст. 150, 151, 152, 153, 159 Конституції України, Конституційний Суд України з приводу актів з питань внесення змін до Конституції має повноваження *контролю конституційності законопроекту* про внесення змін, а *повноваження вирішувати питання конституційності закону про внесення змін до Конституції України прямо Конституцією України не передбачені*. Таке повноваження можна вивести лише через відповідне тлумачення ст. 152 Конституції України.

Коментуючи положення ст. 159 Конституції України, І.А. Тимченко також зазначав, що, здійснюючи конституційний контроль, Конституційний Суд тим самим стає учасником законодавчого процесу, але його участь у цьому процесі зводиться лише до юридичної оцінки законопроекту про внесення змін до Конституції згідно зі ст. 157 і 158 Конституції і здійснюється лише в межах і в порядку, визначених Конституцією і законами України⁶³⁰.

Аналізуючи Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. № 20-рп/2010 щодо неконституційності змін до Конституції України, ухвалених у 2004 р., суддя Конституційного Суду П.Б. Стецюк назвав необґрунтованою позицію Конституційного Суду України, за якою визнання Конституційним Судом неконституційним Закону № 2222 у зв’язку з порушенням процедури його розгляду та ухвалення означає відновлення дії попередньої редакції норм Конститу-

⁶²⁹ Конституція України : науково-практичний коментар / редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. наук України. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – Х. : Право, 2011. – 1128 с. – С. 1057.

⁶³⁰ Там само. – С. 1085.

ції України⁶³¹. В своїй Окремій думці до згаданого вище Рішення він зауважив, що істотне значення в цій ситуації має та обставина, що норми Закону № 2222 із часу набрання ним чинності фактично стали нормами Конституції України. Він наголошував також на тому, що, відповідно до Конституції України в редакції Закону № 2222, починаючи з 1 січня 2006 р., здійснювалася організація державної влади в Україні: формувався Кабінет Міністрів України, реалізовувалися повноваження Президента України, Верховної Ради України (у тому числі з прийняття законів України) та Кабінету Міністрів України, призначалися і проводилися вибори народних депутатів України, Президента України, депутатів місцевих рад, а самі положення Конституції України в редакції Закону № 2222 стали основою найрізноманітніших правовідносин, застосовувалися судами, у тому числі й Конституційним Судом України. Крім цього, зазначав П.Б. Стецюк, приймаючи окремі акти, Конституційний Суд неодноразово посилався і застосовував положення, які визнані в Рішенні неконституційними.

П.Б. Стецюк зазначав, що, приймаючи це Рішення про визнання таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р. № 2222 “у зв’язку з порушенням конституційної процедури його розгляду та прийняття” (п. 1 резолютивної частини Рішення), норми якого із часу набрання ним чинності стали нормами Конституції України, Конституційний Суд України мав би визначити у цьому Рішенні порядок і строки його виконання. При цьому, на думку судді, обов’язковим суб’єктом процесу виконання Рішення мала б бути визначена Верховна Рада України як законодавчий орган, до компетенції якого безпосередньо належить внесення змін до Конституції України (п. 1 частини першої ст. 85 Конституції України).

Дійсно, у цій ситуації слід виходити з того, що Верховна Рада України є єдиним органом законодавчої влади в Україні (ст. 75 Конституції). Це означає, що право приймати закони, вносити до них зміни в разі, коли воно не здійснюється безпосередньо народом (ст. 5, 38, 69, 72 Конституції України), належить виключно Верховній Раді України (п. 3 частини першої ст. 85 Конституції України) і не може передаватись іншим органам чи посадовим особам. Відповідно до

⁶³¹ Окрема думка судді Конституційного Суду України Стецюка П.Б. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р. № 2222–IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=122407>.

змісту частини другої ст. 152 Конституції України, закони, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність. Відповідно до частини другої ст. 70 Закону України “Про Конституційний Суд України”, у разі необхідності Конституційний Суд України може визначити у своєму рішенні, висновку порядок і строки їх виконання, а також покласти на відповідні державні органи обов’язки щодо забезпечення виконання рішення, додержання висновку⁶³². Жодних приписів щодо повноважень Конституційного Суду визначати акт, який може замінити визнаний неконституційним акт, або відновлювати дію нечинного акта (або окремих положень акту, визнаних нечинними), конституційне законодавство України не має.

У випадку з Рішенням Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. № 20-рп/2010 щодо неконституційності змін до Основного Закону слід визнати, що Суд перевищив свої повноваження, відновивши редакцію положень Конституції України 1996 р.

Разом з тим не існує єдиної думки щодо того, чиї повноваження перебрав на себе Конституційний Суд України. Можна погодитися з Окремою думкою судді Конституційного Суду України В.І. Шишкіна щодо обговорюваного нами Рішення, в якій він дає відповідь на це питання. Зміст його позиції полягає в такому. Хоча в Конституції України й містяться положення, що зміни до Конституції України мають бути прийняті як закон (частина перша ст. 158), але в ній все ж таки відокремлені повноваження Верховної Ради України стосовно прийняття “простих” законів і тих, якими вносяться зміни до Конституції України (п. 1, 3 частини першої ст. 85). Таким чином, можна говорити про неоднаковий статус законів, оскільки, приймаючи їх, Верховна Рада України стосовно одних діє як законодавець, а щодо інших – як конституцієдавець.

Після проголошення в 1991 р. української державної незалежності Верховна Рада України лише раз у 1996 р., спираючись на положення чинної в той час Конституції України 1978 р. зі змінами і доповненнями (п. 1 частини третьої ст. 97), здійснила установчу владу від імені Українського народу, обмеживши надалі себе в цьому статусі. У переліку повноважень Верховної Ради України (ст. 85 Конституції України) відсутнє таке повноваження, як прийняття конституції, що мало місце в Конституції України 1978 р. На різнозначення понять “установча” і “законодавча” влада Конституційний Суд України вже неодноразово звертав увагу у своїх попередніх рішеннях, відрізняючи

⁶³² Закон України “Про Конституційний Суд України” від 16 жовтня 1996 р. № 422/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 49. – Ст. 272.

при цьому акти установчої влади від актів законодавчої влади (абзац перший п. 4 мотивувальної частини Рішення № 3-зп 1997 р.; абзац другий п. 2 мотивувальної частини Рішення № 4-зп 1997 р.; абзац третій п. 2 мотивувальної частини Рішення № 7-рп/2001; абзаци третій, четвертий, п'ятий, шостий п. 4 мотивувальної частини Рішення № 6-рп/2008 тощо).

Наявність у Верховної Ради України повноважень вносити зміни до Конституції України є лише елементом установчої влади, але він зумовлює виключне право Верховної Ради України на “остаточне втручання” в текст Конституції України, за винятком її положень Розділів I, III, XIII, коли таке право належить безпосередньо Українському народу. Однак навіть це часткове позиціонування Верховної Ради України з установчою владою підтверджує заперечення щодо дій інших органів державної влади, зокрема, також Конституційного Суду щодо зміни або поновлення конституційних норм. Тобто вирішувати всі питання, які стосуються дієвості положень Основного Закону України, має лише той орган державної влади, якому це “доручено” за приписом Конституції України, а таким органом є Верховна Рада України. Такий підхід впливає з положень частини другої ст. 19 Конституції України.

У Рішенні від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005 Конституційний Суд України зазначив, що “влада народу здійснюється в межах території держави у спосіб і формах, встановлених Конституцією та законами України” (абзац п'ятий пп. 4.2 п. 4 мотивувальної частини). Саме тому в Рішенні від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/2008 вказано, що “на думку Конституційного Суду України, прийняття нової Конституції України (нової редакції) може бути здійснене установчою владою у спосіб і формах, встановлених Конституцією та законами України” (абзац шостий п. 4 мотивувальної частини). Такі приписи дають можливість зробити висновок, що “втручання в тіло конституції” може бути здійснене лише установчою владою, а не будь-яким іншим органом державної влади та у спосіб і за формою, визначеними Конституцією України.

Конституційний Суд України, зробивши висновок про “відновлення дії попередньої редакції норм Конституції України, які були змінені, доповнені та виключені Законом № 2222” (абзац четвертий п. 6 мотивувальної частини Рішення), здійснивши конституційний перегляд існуючого устрою влади в державі, *перебрав на себе повнова-*

*ження установчої влади в державі, що суперечить частині другій ст. 19 Конституції України*⁶³³.

Про те, що закон про внесення змін до конституції не належить до звичайних законів, має іншу правову природу, а, отже, і специфічний, на відміну від звичайних законів, порядок прийняття, внесення змін та припинення дії, неоднорозово вказували в своїх правових позиціях судді Конституційного Суду М.Д. Савенко, В.М. Шаповал. Ці правові позиції були викладені ними в Окремих думках до Рішень Конституційного Суду України та в описовій частині Рішень Конституційного Суду України. Зміст цих позицій розкриває певні специфічні риси здійснення установчої влади в конституційному процесі, дає відповіді на ряд проблемних питань сучасного конституційного процесу та є корисним для нашого наукового пошуку. Тому вважаємо за доцільне передати основні змістовні частини зазначених позицій.

В Окремій думці судді Конституційного Суду України М.Д. Савенка стосовно Рішення Конституційного Суду України від 11 березня 2003 р. № 6-рп/2003 у справі щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України зазначено, що Основний Закон України встановив щодо законопроектів про внесення змін до Конституції України обов'язковий попередній судовий конституційний контроль, поклавши його здійснення на єдиний орган конституційної юрисдикції. Щодо звичайних законів, прийнятих Верховною Радою України за законодавчою процедурою, встановлено наступний факультативний контроль, який здійснює Конституційний Суд України⁶³⁴. Після набрання чинності законопроекту про внесення змін до Конституції, зазначає М.Д. Савенко, його норми стають інтегральною складовою Конституції України і набувають найвищої юридичної сили, як і норми Конституції України. Після набуття чинності нормативно-правовим актом про внесення змін до Конституції України вказані в

⁶³³ Окрема думка судді Конституційного Суду України Шишкіна В.І. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р. № 2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=122407>.

⁶³⁴ Окрема думка судді Конституційного Суду України Савенка М.Д. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 73 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) здійсненого Президентом України права вето стосовно прийнятого Верховною Радою України Закону України “Про внесення змін до статті 98 Конституції України” та пропозицій до нього (справа щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 16. – С. 55. – Ст. 710.

ньому статті стають нормами Конституції України. Таким чином, положення законопроекту про внесення змін до Конституції України не можуть перевірятися на предмет конституційності іншим положенням Конституції України.

В п. 4 Окремої думки М.Д. Савенка читаємо: “Визначений Основним Законом України порядок внесення змін до Конституції України є самостійною парламентською процедурою, що виключає можливість застосування при розгляді законопроектів про внесення змін до Конституції України інших конституційних положень, зокрема тих, що регулюють порядок прийняття законів відповідно до повноважень Верховної Ради України, встановлених п. 3 частини першої ст. 85, ст. 92 Конституції України”⁶³⁵.

В.М. Литвин також наголошував, що змістова частина закону про внесення змін до Конституції України, по суті, є складовою Конституції України, а не звичайним законом (про що зазначалося в п. 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 11 березня 2003 р. № 6-рп/2003 у справі щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України)⁶³⁶.

М.Д. Савенко в п. 6 Окремої думки стосовно Рішення Конституційного Суду України від 11 березня 2003 р. № 6-рп/2003 у справі щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України вказував: “Встановлена Конституцією України процедура внесення змін до Основного Закону України Верховною Радою України в порядку здійснення нею установчої влади свідчить про виключність таких її повноважень. Участь у цій процедурі на певних її стадіях можуть брати лише вказані в розділі XIII Конституції України суб’єкти. Зазначені особи зобов’язані діяти лише на підставі, в межах повнова-

⁶³⁵ Окрема думка судді Конституційного Суду України Савенка М.Д. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 73 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) здійсненого Президентом України права вето стосовно прийнятого Верховною Радою України Закону України “Про внесення змін до статті 98 Конституції України” та пропозицій до нього (справа щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 16. – С. 55. – Ст. 710.

⁶³⁶ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 73 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) здійсненого Президентом України права вето стосовно прийнятого Верховною Радою України Закону України “Про внесення змін до статті 98 Конституції України” та пропозицій до нього (справа щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України) від 11 березня 2003 р. № 6-рп/2003 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 16. – С. 55. – Ст. 710.

жень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України⁶³⁷.

Відповідно до положень розділів XII і XIII Конституції України, Конституційний Суд є обов'язковим суб'єктом попереднього розгляду законопроекту щодо внесення змін до Конституції стосовно конституційності процедури внесення змін та щодо змісту його положень, щоб зміни не передбачали скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина, та не були спрямовані на ліквідацію незалежності чи на порушення територіальної цілісності України. Положення розділів XII і XIII Конституції України не встановлюють повноваження Конституційного Суду України щодо положень законопроекту стосовно внесення змін до Конституції, які набули чинності, тобто стали законом про внесення змін до Конституції.

Свого часу застереження щодо можливості виникнення проблеми визначення конституційності положень чинної Конституції з боку органу конституційного контролю виклав В.М. Шаповал в Окремій думці судді Конституційного Суду України стосовно Рішення Конституційного Суду України від 11 березня 2003 р. № 6-рп/2003 у справі щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України. У Рішенні, на його думку, у непрямій формі відображено сприйняття Конституції України як різновиду законів. Інакше важко досягнути тези, за якою Президент України має право вето “стосовно будь-яких законів, прийнятих Верховною Радою України, в тому числі законів про внесення змін до Конституції України” (абзац п'ятий п. 3 мотивувальної частини Рішення). Будь-який закон про внесення змін до Конституції України, набувши чинності, стає частиною її тексту з усіма відповідними наслідками. Тим самим якщо такий акт (конституційну поправку) сприймають нарівні із законами, прийнятими Верховною Радою України, то або між ним і Конституцією України вбачають відмінність за природою, що було б абсолютно алогічним і тому абсурдним, або Конституцію України не прямо визнають різновидом законів. Однак Конституційний Суд України в Рішенні про набуття чинності Конституцією України визначився з питання її кваліфікації як нормативно-правового акта. У зв'язку із запропонованою в Рішенні кваліфікацією конституційних поправок як різновиду законів

⁶³⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 73 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) здійсненого Президентом України права вето стосовно прийнятого Верховною Радою України Закону України “Про внесення змін до статті 98 Конституції України” та пропозицій до нього (справа щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України) від 11 березня 2003 р. № 6-рп/2003 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 16. – С. 55. – Ст. 710.

може постати проблема, чи є поправки законами у сенсі частини першої ст. 150 Конституції України. Якщо бути послідовними у зазначеній кваліфікації, то відповідь має бути ствердною. За таких умов Конституційний Суд має вирішувати питання конституційності актів, які, набувши чинності, стали інтегральною частиною Конституції України. Іншими словами, Конституційний Суд України здійснюватиме перевірку конституційності самого Основного Закону України⁶³⁸. Появу такої проблеми автор пов'язав з проявом радянської концепції конституції, за якою акти про внесення змін до конституції набули назви й форми закону⁶³⁹. Прикметно, продовжує В.М. Шаповал, що в більшості сучасних країн акти про внесення змін до конституції в самих конституціях не мають назви законів і для їх позначення використовуються різні терміни: “конституційна поправка”, “зміна до конституції”, “конституційний закон” тощо.

Передбачений розділом XIII Конституції України термін “закон про внесення змін до Конституції України” є лише зовні подібним до терміна “закон” (або “закон України”), і вони позначають нормативно-правові акти різної природи, їх подібність спричинила поширене навіть у фаховому середовищі уявлення, за яким конституція є хоча й основним, але ж законом. При цьому не враховується той факт, що термін “основний закон” (*lex fundamentalis*) було прийнято задовго до того, як уперше наприкінці XVIII ст. у Франції офіційно запровадили формальне поняття закону (французькою – *loi*) як акта представницького органу, який санкціоновано королем (главою держави). Термін же “*lex fundamentalis*” ще на початку того ж XVIII ст. сприймався, по суті, як “основоположний правовий акт” або як “основа права”. Сучасне поняття закону також має два значення: широке, що є синонімом поняття права, і вузьке, яке слугує позначенню правового акта, зазвичай прийнятого парламентом і промудьованого главою держави.

Виходячи зі здобутків усталеної конституційної теорії і практики, визначення Конституції України Основним Законом України треба розуміти як акцентування на її основоположності щодо держави та

⁶³⁸ Окрема думка судді Конституційного Суду України Шаповала В.М. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 73 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) здійсненого Президентом України права вето стосовно прийнятого Верховною Радою України Закону України “Про внесення змін до статті 98 Конституції України” та пропозицій до нього (справа щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 16. – С. 55. – Ст. 710.

⁶³⁹ Там само.

системи права. Однаковою мірою можна стверджувати, що характеристика Конституції України як Основного Закону України означає, що вона є правовою основою держави або формальною та змістовою основою права, але аж ніяк не різновидом законів, хоча й з найвищою юридичною силою⁶⁴⁰.

Слід наголосити на тому, що зміст норм ст. 150, 159 Конституції передбачає, що, отримуючи повноваження щодо конституційності питання внесення змін до конституції, Конституційний Суд України наділяється повноваженням застосування попереднього (превентивного) конституційного контролю, проведення якого можливе лише до законопроектів про внесення змін до конституції. Так званий наступний конституційний контроль з боку Конституційного Суду України застосовується лише до законів та інших правових актів Верховної Ради, що приймаються в порядку звичайної законодавчої процедури, як реалізації Верховною Радою своєї законодавчої функції. Внесення змін до конституції не є реалізацією цієї функції, здійснюється за особливою процедурою, а акт, в якому міститься зміст конституційних змін хоча й має назву “закон”, є актом установчої влади і, набувши чинності, трансформується в Конституцію. А ст. 150 Конституції України не встановлює повноваження Конституційного Суду України про вирішення питань щодо конституційності Конституції. Тобто наступний конституційний контроль, відповідно до закону про внесення змін до конституції, Конституційний Суд України здійснювати не може. Разом з тим зміст ст. 152 Конституції не виключає можливості здійснення наступного контролю за конституційністю закону про внесення змін до Конституції України в частині додержання конституційної процедури розгляду та прийняття такого закону.

Можливо, вирішення ситуації стосовно здійснення конституційного контролю щодо законів про внесення змін до Конституції та запобігання виникненню проблем щодо процедури внесення змін до Конституції, а також належної реалізації її положень полягає в більш чіткій термінологічній визначеності акта про зміни до конституції. Термін “закон” щодо акта, яким вносяться зміни до Конституції, на

⁶⁴⁰ Окрема думка судді Конституційного Суду України Шаповала В.М. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 73 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) здійсненого Президентом України права вето стосовно прийнятого Верховною Радою України Закону України “Про внесення змін до статті 98 Конституції України” та пропозицій до нього (справа щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 16. – С. 55. – Ст. 710.

нашу думку, доцільно супроводжувати визначенням “конституційний” (“Конституційний Закон”).

Характерною особливістю національної конституційної практики на сучасному етапі стали непоодинокі факти порушення конституційних процедур⁶⁴¹; здійснення їх на власний розсуд або за політичною доцільністю у зв’язку з тим, що норми чинного конституційного законодавства не визначають порядку здійснення окремих конституційних процедур; або визначають порядок здійснення й не передбачають механізму контролю та відповідальності, які мають діяти в разі порушення встановленого нормами порядку. Унаслідок цього є випадки здійснення певних конституційних дій поза правовими рамками. Тому проблема перевірки конституційності закону про внесення змін до Конституції дійсно виникла не на порожньому місці.

Не має заперечень з приводу того, що дійсно мала місце ситуація, визначена в п. 5 Рішення Конституційного Суду України № 20-рп/2010 від 30 вересня 2010 р., що Верховна Рада України прийняла Закон № 2222 без дотримання встановленої Конституцією України процедури його розгляду та ухвалення, чим порушила положення її частини другої ст. 6, частини другої ст. 19, п. 1 частини першої ст. 85, ст. 159. Про недотримання конституційної процедури ухвалення Закону № 2222 у своїх висновках зауважували європейські та вітчизняні публічні інститути, зокрема Парламентська Асамблея Ради Європи, Національна комісія із зміцнення демократії та утвердження верховенства права, Європейська Комісія “За демократію через право” (Венеціанська Комісія). На їх думку, ця процедура здійснена з порушеннями принципів демократичної держави й верховенства права. У документах вказаних організацій ідеться про такі порушення, як розгляд Верховною Радою України без висновку Конституційного Суду України остаточного тексту Законопроекту № 4180, одночасне голосування за прийняття декількох нормативно-правових актів.

Так, у п. 14 Резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи “Про виконання обов’язків та зобов’язань Україною” від 5 жовтня 2005 р. № 1466 зазначено: “Парламентська Асамблея також занепокоєна, що нові конституційні зміни були схвалені без попереднього роз-

⁶⁴¹ Максакова Р.М. Критичний аналіз Закону України “Про внесення змін до Конституції України” / Р.М. Максакова // Дні науки : зб. тез доповідей : в 4 т. / Гуманітарний університет “ЗІДМУ”, 5–6 жовтня 2006 ; редкол. В.М. Огаренко та ін. – Запоріжжя : ГУ “ЗІДМУ”, 2006. – Т. 2. – С. 300–301; Максакова Р.М. Проблеми дотримання конституційної процедури внесення змін до Конституції України / Р.М. Максакова // Запорізькі правові читання : тези доповідей щорічної Міжнародної науково-практичної конференції “Запорізькі правові читання”, м. Запоріжжя, 18–19 травня 2006 р. / за заг. ред. С.М. Тимченка і Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя : ЗНУ, 2006. – С. 104–106.

гляду Конституційним Судом так, як це передбачено ст. 159 української Конституції та як це витлумачено в Рішенні Конституційного Суду України від 1998 р.”⁶⁴². У Висновку Національної комісії із зміцнення демократії та утвердження верховенства права, ухваленому 27 грудня 2005 р., вказано, що розгляд і прийняття Закону № 2222 здійснено Верховною Радою України з порушенням вимог ст. 159 Конституції України⁶⁴³.

У зв’язку із цим виникає ще декілька питань. Зокрема: чому впродовж майже шести років дії Закону № 2222 на рівні конституційного судочинства це питання не порушувалося, а Рішення Конституційного Суду, що приймалися в цей період, базувалися на положеннях неконституційного Закону; як розцінювати усі ті правовідносини, що виникли з дії неконституційного акта; як оцінити й отримати відшкодування матеріальної чи моральної шкоди, завданої фізичним або юридичним особам у результаті застосування визнаного Конституційним Судом неконституційного Закону № 2222? Це право визначено в ч. 3 ст. 152 Конституції України, хоча спеціального закону, який має визначати порядок та умови такого відшкодування, не існує. Можливо, ця процедура має здійснюватися на загальних умовах, визначених положеннями ст. 56 Конституції України, ст. 1175 Цивільного кодексу України⁶⁴⁴ та ч. 8 ст. 8 Цивільного процесуального кодексу України⁶⁴⁵, хоча й вони не знімають ряд питань, пов’язаних з процедурою відшкодування.

Напевно, у такій ситуації слід вести мову не лише про перевищення повноважень органів державної влади та порушення законодавчо визначеного порядку їх роботи, а й про актуальність питання щодо впровадження реального механізму громадського контролю за діяльністю органів влади та установлення реального механізму відповідальності органів державної влади в разі здійснення таких порушень.

⁶⁴² Резолюція Парламентської Асамблеї Ради Європи від 5 жовтня 2005 р. № 1466 “Про виконання обов’язків та зобов’язань Україною” [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.coe.kiev.ua/uk/dogovory/RN1466\(2005\).html](http://www.coe.kiev.ua/uk/dogovory/RN1466(2005).html).

⁶⁴³ Висновок щодо дотримання вимог конституційної процедури під час внесення змін до Конституції України 1996 р. шляхом ухвалення Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р. № 2222–IV та щодо відповідності його положень загальним засадам Конституції України 1996 р. і європейським стандартам. (Ухвалено на третьому пленарному засіданні Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права 27 грудня 2005 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/0/6933>.

⁶⁴⁴ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435–IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

⁶⁴⁵ Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618–IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–41. – С. 42. – Ст. 492.

Значна кількість наукових розробок⁶⁴⁶, а також проектів нормативно-правових актів з питань громадського контролю за діяльністю органів влади⁶⁴⁷ є цьому вагомим аргументом. Певні кроки у сфері законодавчого регулювання окремих напрямів громадського контролю вже зроблено⁶⁴⁸, але вони не вирішують проблеми громадського контролю

⁶⁴⁶ Див., наприклад: Кушнір С.М. Правові засоби громадського контролю в механізмі правового регулювання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 / С.М. Кушнір; Запоріж. нац. ун-т. – Запоріжжя, 2011. – 18 с.; Скоблик Н.В. Контроль громадян над лідерами в теорії демократії Р. Даля: автореф. дис. ... канд. політ. наук: спец. 23.00.01 / Н.В. Скоблик; Львів. нац. ун-т ім. І. Франка. – Л., 2005. – 20 с.; Буханевич А.І. Публічний контроль за діяльністю органів державної влади: теоретико-методологічний аналіз: автореф. дис. ... канд. наук з держ. упр.: спец. 25.00.01 / А.І. Буханевич; Нац. акад. держ. упр. при Президенті України. – К., 2011. – 20 с.; Рогатіна Л.П. Громадський контроль над державою: сутність, механізми реалізації та перспективи розвитку: автореф. дис. ... канд. політ. наук: спец. 23.00.02 / Л.П. Рогатіна; Держ. закл. “Південноукр. нац. пед. ун-т ім. К.Д. Ушинського”. – О., 2011. – 17 с.; Наливайко Т.В. Громадський контроль в Україні як інститут громадського суспільства: теоретико-правовий контроль: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 / Т.В. Наливайко; Львів. держ. ун-т внутр. справ. – Л., 2010. – 15 с.; Водозаський В.А. Формування зв’язків з громадськістю в органах місцевого самоврядування України: соціологічний аналіз моделей: автореф. дис. ... канд. соціол. наук: спец. 22.00.03 / В.А. Водозаський; НАН України. Ін-т соціології. – К., 2003. – 16 с.; Крупник А.С. Громадський контроль: сутність та механізми здійснення [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://novyi-stryi.at.ua/gromkontrol/KRUPNYK_A_pro_grom_kontrol.pdf; Сірик Д. Організаційно-правові форми участі громадян у діяльності виконавчої влади / Д. Сірик // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 9. – С. 48–51; Покатаєв П.С. Здійснення громадського контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування та інших суб’єктів / П.С. Покатаєв // Держава та регіони. Серія: Державне управління. – 2011. – № 4. – С. 142–146; Буздуган Я.М. Роль громадського контролю в управлінні соціально-економічним розвитком суспільства / Я.М. Буздуган // Віче. – 2012. – № 7. – С. 14–16; Купрій В. Громадська експертиза та громадський моніторинг діяльності органів влади: навч. посіб. / В. Купрій, Л. Паливода. – К.: Макрос, 2011. – 200 с.

⁶⁴⁷ Законопроект “Про громадський контроль” від 13.07.2001 р. № 6358, внесений народним депутатом України С.О. Кириченком [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=9659; Законопроект “Про громадський контроль” від 11.10.2004 р. № 6246, внесений народними депутатами України А.В. Раханським і І.Ф. Шаровим [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=6246&skl=5; Законопроект “Про громадський контроль за використанням та охороною земель” № 9656 зареєстровано 28.12.2011 р. внесений народними депутатами України А.С. Матвієнком і Г.Є. Смітюхом [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zakonoproekt.org.ua/viewhtm.aspx?hn=Proekt_Zakonu_28_12_2011.

⁶⁴⁸ Постанова Кабінету Міністрів України від 5 листопада 2008 р. № 976 “Порядок сприяння проведенню громадської експертизи діяльності органів виконавчої влади” [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/976-2008-%D0%BF/ed20120312>; Постанова Кабінету Міністрів України “Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики” від 3 листопада 2010 р. № 996 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 84. – С. 36. – Ст. 294.

в аспекті здійснення установчої влади. Ці питання не втрачають своєї актуальності впродовж усього періоду існування незалежної України, та саме в умовах сучасного конституційного процесу набувають характеру можливого варіанта їх вирішення на конституційному рівні: через визначення в конституційному процесі статусу суб'єктів установчої влади та закріплення реального механізму участі в ньому народу.

4.1.2. Новий етап конституційного процесу в Україні й проблема забезпечення участі в ньому Українського народу

Практика здійснення конституційного процесу, внесення змін до чинної Конституції чи її перегляду, яка мала місце в Україні впродовж останнього десятиліття, залишає все ще актуальним питання участі народу в цьому процесі. На цю обставину змушений був вказати Президент України в щорічному посланні до Верховної Ради України у 2011 р. І справа тут не лише в низькій активності самих громадян, а й у відсутності реальних механізмів їх залучення до такої участі. Адже, навіть незважаючи на низьку активність більшості громадян, для активної меншості населення не створені юридичні можливості для участі їх у розробці та прийнятті конституційних рішень⁶⁴⁹.

Пригадаємо, зокрема, існуючі проблеми референдумного законодавства, згідно з яким, з одного боку, громадяни мають право ініціювання та участі у проведенні Всеукраїнського референдуму за народною ініціативою, у тому числі стосовно внесення змін до Конституції, а з іншого – відсутній механізм гарантування цього права. Зазначимо у зв'язку із цим про наслідки Всеукраїнського референдуму 16 квітня 2000 р. Адже питання залишається досі відкритим, хоча згідно з Висновком Конституційного Суду України від 11 липня 2000 р. № 2-в/2000 проект Закону України “Про зміни до Конституції України за результатами всеукраїнського референдуму 16.04.2000 р.” було визнано таким, що відповідає вимогам ст. 157 і 158 Конституції України, у частині, яка стосується змін до ст. 90 та п. 8 частини першої ст. 106 Конституції України; а згідно з п. 4 цього Рішення, цей Висновок є обов'язковим до виконання⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ Максакова Р.М. Сучасний конституційний процес і реалізація установчої влади в Україні / Р.М. Максакова // Право України. – 2012. – № 8. – С. 78–85; Максакова Р.М. Актуальні проблеми сучасного конституційного процесу / Р.М. Максакова // Актуальні проблеми публічного та приватного права : тези доповідей III Міжнародної наук.-практ. конференції 3 жовтня 2012 р. / за ред. В.М. Огаренка та ін. – Запоріжжя : КПУ, 2012. – С. 471–474.

⁶⁵⁰ Висновок Конституційного Суду України № 2-в/2000 від 11 липня 2000 р. у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності проекту Закону України “Про зміни до Конституції України за результатами всеукраїнського референдуму 16.04.2000 року”, поданого народними депутатами України, вимогам статей 157 і 158 Конституції України (справа про внесення змін до Конституції України за ініціативою народних депутатів України) // Офіційний вісник України. – 2000. – № 28. – С. 49. – Ст. 1169.

У зв'язку із цим постає питання про співвідношення прямого здійснення установчої влади народом і представницького її здійснення парламентом України, який не зважив не тільки на рішення Конституційного Суду України, проігнорувавши при цьому право законодавчої ініціативи Президента України як визначеного Конституцією суб'єкта, а й узагалі залишив поза увагою та без реалізації рішення народу, прийняте на всеукраїнському референдумі. Можна по-різному ставитися до змісту референдумного рішення, але в обов'язковості його для представницького органу не може бути сумнівів.

Або візьмемо інший приклад. Свого часу за ініціативою громадян було зібрано майже 4 мільйони підписів на підтримку проведення всеукраїнського референдуму з питання щодо ставлення України до НАТО. Однак тодішній Президент України проігнорував цей факт і ухилився від проголошення референдуму за народною ініціативою, хоча за Конституцією України був зобов'язаний реалізувати установчу владу народу.

На сучасному етапі розвитку та в умовах активізації конституційного процесу перед державними діячами й науковцями постало питання: хто має змінювати Конституцію України, чи слід це робити шляхом всеукраїнського референдуму, чи шляхом створення органу установчої влади – Конституційних зборів (асамблеї тощо), чи таке право може реалізувати орган представницької влади – Верховна Рада України (від імені Українського народу).

Модернізаційна стратегія розвитку держави, запропонована Президентом України в 2011 р., передбачає ряд пріоритетів і важелів впливу, правильне застосування яких може допомогти у вирішенні зазначених вище проблем сучасного конституційного процесу в Україні.

Зокрема, стратегія передбачає, що метою суспільно-політичного розвитку країни є підвищення дієздатності органів влади та зміцнення демократичних інститутів. “Досягнення цієї мети потребує глибоких і системних змін усіх основних складників політичної сфери суспільного життя. На рівні політичних інститутів – посилення представницьких органів влади з одночасним зміцненням механізмів громадського контролю. На рівні відносин між органами влади та громадянським суспільством – підвищення відкритості та прозорості влади, удосконалення механізмів участі громадськості в розробленні, ухваленні та реалізації управлінських рішень, механізмів громадського контролю. На рівні політичної культури – подолання патерналістського комплексу у ставленні громадян до влади, становлення активістського типу політичної

культури з одночасним зростанням у середовищі представників влади та управління почуття відповідальності за результати своєї діяльності»⁶⁵¹.

Визначена Президентом нова модернізаційна стратегія вказує на чотири базові пріоритети, першим серед яких названо творення сучасної держави. Її визначальними характеристиками є верховенство права і розвинена правова культура, збалансована представницька демократія, сильне самоврядування, дисциплінований і мобільний державний менеджмент.

Розпочатий відповідно до цього цикл економічних, суспільно-політичних, адміністративних перетворень та здійснена корекція зовнішньополітичного курсу держави знайшли своє продовження у подальшому втіленні стратегії модернізації у визначенні як першочергового завдання 2011 р. формування оновленої ефективної влади, здатної до впровадження системних і послідовних рішень. Це потребує завершення адміністративної та початку адміністративно-територіальної реформи, а також подальшого вдосконалення виборчої системи. Ключового значення при цьому набуває завершення конституційної реформи. «Через Конституційну Асамблею має бути зроблено крок до утвердження якісно нової демократичної моделі політичної системи європейського зразка. Ця нова система має повністю забезпечувати принципи дотримання прав і свобод людини й громадянина, народовладдя, верховенства права, поділу влади, неподільності національного суверенітету»⁶⁵².

Таким чином, новий етап конституційного процесу в Україні державною владою пов'язується з проголошенням необхідності завершення конституційної реформи відповідно до пріоритетів модернізаційної стратегії, як це зазначено в Посланні Президента, та створенням і діяльністю Конституційної Асамблеї.

Позиція глави держави із цього приводу стала більш зрозумілою після утворення спеціального допоміжного органу при Президентові України – Конституційної Асамблеї. Указом Президента України «Про Конституційну Асамблею» від 17 травня 2012 р. № 328/2012 визначено, що її було утворено з метою напрацювання пропозицій щодо змін до Конституції України на основі узагальнення практики реалізації Основного Закону України, з урахуванням досягнень та тенденцій розвитку сучасного конституціоналізму, забезпечення залучення в установленому порядку до такої роботи провідних учених, представ-

⁶⁵¹ Модернізація України – наш стратегічний вибір : Щорічне Послання Президента України до Верховної Ради України. – К., 2011. – 416 с. – С. 12.

⁶⁵² Там само. – С. 9.

ників громадянського суспільства й різних політичних сил, міжнародних експертів Європейської Комісії “За демократію через право” (Венеціанська Комісія), експертів інших міжнародних установ та організацій⁶⁵³. А за Положенням про Конституційну Асамблею, затвердженим Указом, Конституційна Асамблея утворена з метою підготовки законопроекту (законопроектів) про внесення змін до Конституції України.

У теорії конституційного права Конституційну Асамблею традиційно вважають органом, який опосередковано – через обраних представників народу приймає або встановлює конституцію держави⁶⁵⁴.

У сучасному українському варіанті визначено дещо інший конституційно-правовий статус Конституційної Асамблеї. На відміну від традиційної думки про конституційну асамблею як орган реалізації установчої влади народу, Конституційна Асамблея в Україні – це орган, який розробляє пропозиції для Президента України як суб’єкта законодавчої ініціативи, що мають ним бути подані до Верховної Ради України з метою внесення змін до чинної Конституції України. Такий статус Конституційної Асамблеї є, на наш погляд, цілком виправданим, він відповідає положенням Конституції України щодо процедур внесення змін до неї та правовому статусу глави держави. Тому ми не можемо погодитися з тими критичними зауваженнями щодо цього рішення Президента України, які висловлювали окремі політики та фахівці в засобах інформації, нібито це рішення не узгоджується із чинною Конституцією України, або що більш демократично було утворити такий орган при Верховній Раді України, як представницькому органі народу тощо.

Хоча Конституційна Асамблея є спеціальним допоміжним органом при Президентові України, її формуванню та діяльності притаманний досить демократичний характер, що підтверджується таким.

Так, у п. 4.1 Концепції формування та організації діяльності Конституційної Асамблеї, схваленої Указом Президента України від 25 січня 2012 р. № 31/2012, було запропоновано такий порядок формування персонального складу Конституційної Асамблеї. Вона

⁶⁵³ Указ Президента України “Про Конституційну Асамблею” від 17 травня 2012 р. № 328/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/documents/14752.html#328skl>.

⁶⁵⁴ Стецюк П.Б. Основи теорії конституції та конституціоналізму. Частина перша : посібник для студентів / П.Б. Стецюк. – Л. : Астролябія, 2004. – 232 с.

створюється в складі 100 осіб із числа громадян України, які мають відповідну фахову підготовку та досвід роботи у сфері державотворення і правотворення, мають авторитет у суспільстві та, як правило, не є особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і включаються до складу Конституційної Асамблеї за згодою⁶⁵⁵. Цим самим пунктом було передбачено й процедуру внесення пропозицій щодо включення кандидатур до персонального складу Конституційної Асамблеї, які мають подаватися на затвердження Президентом, названими в Концепції суб'єктами за результатами обговорення відповідних кандидатур та прийняття колегіальних рішень. Рекомендований порядок формування Конституційної Асамблеї як органу, що має складатися з представників наукової громадськості, досвідчених державознавців тощо, було реалізовано затвердженням її персонального складу Указом Президента України від 17 травня 2012 р. № 328/2012⁶⁵⁶.

Виходячи зі змісту п. 12 Положення про Конституційну Асамблею, в якому зазначено, що з метою вдосконалення Основного Закону України Конституційна Асамблея утворює ряд комісій, першою серед яких створюється комісія з питань конституційного ладу та порядку прийняття й введення в дію змін до Конституції України, можна вважати, що Конституційна Асамблея, як допоміжний орган при Президентові України, виробляє свої пропозиції в тому числі щодо конституювання в Україні установчої влади. Таким чином, народ, як суб'єкт установчої влади, отримує можливість і разом з тим конкретний механізм (через членів Конституційної Асамблеї) висловити своє розуміння як характеру змінення чинної Конституції України, так і способу його здійснення. Водночас Президент України, обраний народом, шляхом функціонального здійснення своїх повноважень у конституційному процесі реалізує у такий спосіб функціональну установчу владу народу.

Отже, через Конституційну Асамблею у 2011 р. було започатковано новий конституційний процес. Так, зокрема, зазначив Президент

⁶⁵⁵ Концепція формування та організації діяльності Конституційної Асамблеї. Схвалена Указом Президента України від 25 січня 2012 р. № 31/2012 [Електронний ресурс] // Офіційне інтернет-представництво Президента України. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/documents/14411.html>.

⁶⁵⁶ Склад Конституційної Асамблеї. Затверджений Указом Президента України від 17 травня 2012 р. № 328/2012 [Електронний ресурс] // Офіційне інтернет-представництво Президента України. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/documents/14752.html>.

України у щорічному посланні до Верховної Ради України (далі – послання Президента)⁶⁵⁷.

Підсумовуючи, можна стверджувати, що новий етап конституційного процесу в Україні піднімає на вищий рівень проблему реалізації установчої влади Українським народом. По-перше, тим, що народ через різні інститути громадянського суспільства реально залучається до участі в розробці проекту змін до чинної Конституції й таким чином має можливість визначити реально характер цього конституційного процесу. По-друге, тим, що в цьому процесі передбачається врахування думки громадян, насамперед, фахівців у галузі права та управління, стосовно того, якою має бути в Україні установча влада народу і як вона повинна бути конституційована. Якщо вказана можливість буде реалізована в тих формах, які визначені в Положенні про Конституційну Асамблею, то Україна має шанс отримати справді народну Конституцію, а народ – ефективно реалізувати свою установчу владу.

У свою чергу, державна влада в особі Президента України та Верховної Ради України як органів, що їх обирають громадяни шляхом голосування, мають можливість значно посилити рівень своєї легітимності, якщо вони сприймуть позицію Конституційної Асамблеї щодо проекту конституційних змін і створять механізми для залучення більш широкого кола представників громадянського суспільства не тільки до розробки вказаного проекту, а й до прийняття рішення про його схвалення. Це може бути як винесення зазначеного закону на затвердження всеукраїнським референдумом, тобто реалізація народом установчої влади безпосередньо, так і реалізація цієї влади народом через своїх представників, зокрема, через Всеукраїнські Установчі Збори тощо.

Варто сказати, що як у літературі, так і в практиці роботи парламенту мали місце пропозиції з цього приводу. Навіть ще в одному з перших варіантів проекту майбутньої Конституції України 1996 р. передбачалося, що влада народу (народовладдя) здійснюється на основі Конституції, яку затверджують Національні збори (парламент. – *Р. М.*), вони ж вносять до неї доповнення та зміни, з наступним їх затвердженням всеукраїнським референдумом.

Цей проект, що розроблявся ще понад 20 років тому, зазнав найбільш різкої критики у пресі з боку О.О. Мороза, І.І. Мусієнка та

⁶⁵⁷ Модернізація України – наш стратегічний вибір: Щорічне Послання Президента України до Верховної Ради України. – К., 2011. – 416 с. – С. 9.

О.І. Ющика⁶⁵⁸. Зокрема, автори вказували стосовно участі народу в конституційному процесі: “Не кажучи про те, що народ таким чином ставлять перед здійсненим фактом, подібна процедура зміни конституції взагалі нереалістична. Щодалі, то більше. До запропонованої Конституції, з’ясовується, взагалі не можна (навіть як здійснення народної ініціативи) внести зміни й доповнення, якщо вони “...мають на меті зміну конституційного ладу, обмеження закріплених Конституцією форм власності і скасування прав людини” (ст. 231 проекту Конституції). Адже народовладдя здійснюється на основі Конституції – отже, обмежене і даною статтею! І це при тому, що авторам нової Конституції виявилось не під силу чітко визначити, який же “конституційний лад” закріплює їхній проект Конституції. Такі обмеження, може, допустимі – в більш коректній редакції – щодо Верховної Ради (Національних зборів) України, яка виступає “від імені народу в рамках Конституції України”. Але позбавляти народ України права на самовизначення, в тому числі з будь-якого зі згаданих питань, – це щонайменше занадто сміливий намір творців проекту Конституції. Яка ж тут “уся влада” належить народові?”⁶⁵⁹

Говорячи про конституювання державної влади, принципу поділу влади і стримувань та противаг, автори зазначають таке: “Що стосується самого законодавчого органу, то його стримування, контроль над ним мають здійснюватися з боку джерела державної влади, тобто народу, а не з боку виконання чи застосування закону держорганами. На нашу думку, логічно послідовною в цьому напрямі є подальша самоорганізація народу України, особливо через організацію наймасовіших представницьких органів – Рад народних депутатів у формі З’їзду Рад. Такий орган уже був в історії нашої держави на зорі Радянської влади, хоч і діяв в інших умовах. На наш погляд, саме З’їзд Рад, (а не З’їзд народних депутатів, як у Росії) може стати отим загальнонародним представницьким органом, котрий буде у змозі відвернути “відхилення” законодавця від інтересів більшості на користь чийось особливих інтересів, його спроби “легально” підмінити один суспільний лад іншим”⁶⁶⁰.

Такий орган, як зазначають автори статті, може бути передбачений тільки для вирішення питань: 1) про затвердження Конституції і зміну її основних положень; 2) про вибори Президента і дострокове припинення його повноважень; 3) про обрання Конституційного Су-

⁶⁵⁸ Мороз О. Про “конституційність” проекту нової Конституції України / О. Мороз, І. Мусієнко, О. Ющик // Голос України. – 1993. – 29 травня. – № 99. – С. 7.

⁶⁵⁹ Там само.

⁶⁶⁰ Там само.

ду; 4) про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України; 5) про затвердження перспективних програм соціально-економічного й політичного розвитку України; 6) про вступ України в союзи, блоки тощо; 7) в інших надзвичайних випадках. Цей перелік питань, що становлять виключну компетенцію З'їзду Рад України, цілком певно характеризує його як гаранта *справжньої єдності* державної влади, *практичного демократизму* цієї влади, її *стабільності* й *реального суверенітету*. Разом з тим З'їзд Рад стає тією політико-правовою формою, з допомогою якої можуть бути компенсовані істотні недоліки традиційного парламентаризму чи такої половинчастої форми представництва, як З'їзд народних депутатів у Росії. Завдяки З'їздові Рад зберігається статус Рад народних депутатів усіх рівнів як *політичної основи* держави, на якій можуть бути зведені, без ризику виходу з-під контролю народу, законодавча влада – *професіональний* негромадський парламент, сильна виконавча влада на чолі з Президентом і, нарешті, судова влада зі *справді незалежним* Конституційним Судом. Навпаки, без такої політичної основи державний устрій, що втілює в собі принцип поділу влади, містить у собі загрозу його зруйнування внаслідок конкуренції самотійних гілок влади⁶⁶¹.

У цій критиці є чимало слушного, а пропозиція авторів виглядає досить переконливою з точки зору втілення принципу народовладдя в організації державної влади. Разом з тим для реалізації такої пропозиції потрібна, перш за все, наявність відповідного механізму, але про нього автори статті не пишуть. Насамперед, необхідно переглянути значний масив існуючого законодавства про референдуми, про вибори, про організацію багатьох органів влади; розробити й ухвалити закон про з'їзд рад або інший аналогічний орган; визначити порядок його формування, повноваження, взаємодію з існуючими органами влади й місцевого самоврядування; вирішити ще багато питань. Тому з точки зору практичного втілення ця ідея, видається досить складною й малоімовірною.

Хоча деякі аргументи та пропозиції авторів статті могли б стати, на наш погляд, предметом дослідження у відповідних комісіях Конституційної Асамблеї, зокрема, у частині Розділів I, III і XIII чинної Конституції України, організації державної влади та місцевого самоврядування тощо.

Пізніше один з авторів згаданої вище статті, О.І. Ющик запропонував принципово новий механізм здійснення публічної влади че-

⁶⁶¹ Мороз О. Про “конституційність” проекту нової Конституції України / О. Мороз, І. Мусієнко, О. Ющик // Голос України. – 1993. – № 99. – С. 7.

рез реалізацію принципу народовладдя⁶⁶². Цей механізм здійснення влади народу, на його думку, мав полягати не у виробленні нової редакції Конституції України, а насамперед у розробленні та прийнятті конституційного закону “Про установчу владу в Україні”. У чому він і вбачав головне завдання конституційного процесу в Україні на той час.

У запропонованому автором механізмі, по суті, йшлося про формування правових передумов для наступного вироблення та ухвалення нової редакції Конституції України. Він наголошував, що на існуючих конституційно-правових засадах підготувати й прийняти оптимальний варіант нової редакції Конституції довгострокової дії неможливо, бо ці засади ґрунтуються на хибній основі компромісу між парламентом і Президентом щодо поділу влади. Тому саме Закон “Про установчу владу в Україні” може вирішити цю суперечність. Названий Закон, на його думку, мав визначити принципові положення щодо того, який орган (органи) та в який спосіб розроблятиме й ухвалюватиме (затверджуватиме) нову редакцію Конституції, коли і як вона буде введена в дію; які принципові ідеї установчої влади народу як єдиного джерела влади в Україні мають бути закріплені в новій редакції Конституції, як конкретизувати в ній принцип народовладдя.

Зрозуміло, що запропонований закон не може бути конкурентом чинної Конституції, а має стосуватися лише її майбутньої нової редакції. Його положення мають бути відтворені в новій редакції Конституції, а після ухвалення останньої він має бути визнаний таким, що втратив чинність. Образно кажучи, цей закон, з позиції О.І. Ющика, мав відіграти роль будівельних риштовань для майбутньої Конституції. Найоптимальнішим, з його точки зору, було б ухвалення нової редакції Конституції у двох читаннях (за основу, а після доопрацювання – у цілому) Всеукраїнськими установчими зборами, склад, статус і порядок роботи яких можна було б передбачити в законі “Про установчу владу в Україні”⁶⁶³.

Ця ідея розвитку конституційного процесу в Україні в разі її втілення у практику конституційного будівництва, на нашу думку, могла б сприяти забезпеченню суверенітету, легітимності, відповідальності та стабільності влади. Але в реальних умовах здійснення конституційних правовідносин, пріоритету принципів політичної доцільності така позиція видається дещо передчасною. Можливість запровадження реального контролю народу через Всеукраїнські уста-

⁶⁶² Ющик О.І. Актуальні проблеми законодавчого процесу [Електронний ресурс] / О.І. Ющик // Віче. – 2007. – № 12. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/606/>.

⁶⁶³ Там само.

новчі збори суперечить позиції політично домінуючих суб'єктів в Україні, яким такий контроль не вигідний. До того ж складно в процесуальному плані визначити механізм роботи Всеукраїнських установчих зборів (якщо вони мають статус органу, що дійсно сформований народом, а не органами державної влади). Такий механізм не пристосований до реальних політичних умов сучасної України, тому, напевно, на сьогодні є малоімовірним його втілення в життя. Разом з тим у теоретичному відношенні ця ідея є продуктивною й відповідає конституційному визначенню України як демократичної та правової держави. Можливо, саме в такому аспекті вона й запропонована О.І. Ющиком.

Потрібно, однак, зазначити, що сама ідея створення представницького органу народу як суб'єкта конституційного процесу була в іншому варіанті втілена останніми роками в парламентській практиці як ініціювання низки законопроектів. Так, відповідно до ст. 93 Конституції України, у порядку законодавчої ініціативи на розгляд Верховної Ради України народні депутати України Т.С. Стецьків, В.М. Стретович, М.В. Томенко вносили проект Закону України “Про процедуру підготовки нової редакції Конституції України” від 20 березня 2008 р. № 2245⁶⁶⁴; народні депутати України А.С. Матвієнко, В.М. Стретович, В.С. Марущенко, Ю.Я. Стець – проект Закону України “Про порядок підготовки і затвердження нової редакції Конституції України” від 29 грудня 2009 р. № 5502⁶⁶⁵; народний депутат України А.П. Яценюк – проект постанови Верховної Ради України “Про утворення Національної Конституційної Асамблеї ” від 21 січня 2011 р. № 8013⁶⁶⁶; народний депутат України Т.С. Стецьків – проект Закону України “Про процедуру підготовки та затвердження нової Конституції України” від 21 лютого 2011 р. № 8143⁶⁶⁷.

Але жодна з внесених пропозицій так і не була розглянута Верховною Радою України у зв'язку з тим, що проекти містили ряд положень, які не узгоджувалися з Конституцією України, або у зв'язку з

⁶⁶⁴ Про процедуру підготовки нової редакції Конституції України : проект Закону України від 20 березня 2008 р. № 2245 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=32057.

⁶⁶⁵ Про порядок підготовки і затвердження нової редакції Конституції України: проект Закону України від 29 грудня 2009 р. № 5502 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=36807.

⁶⁶⁶ Про утворення Національної Конституційної Асамблеї: проект постанови Верховної Ради України від 21 січня 2011 р. № 801 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=39483.

⁶⁶⁷ Про процедуру підготовки та затвердження нової Конституції України : проект Закону України від 21 лютого 2011 р. № 8143 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=39701.

недостатньою кількістю голосів, отриманих у результаті поіменного голосування про включення до порядку денного зазначених законопроектів. Зміст згадуваних законопроектів зводився до такого.

Проект Закону України “Про процедуру підготовки нової редакції Конституції України” від 20 березня 2008 р. № 2245 регламентував процедуру ініціювання розробки нової редакції Конституції України; порядок скликання Конституційної Асамблеї України, яка мала формуватися шляхом прямих виборів з використанням комбінованої виборчої системи; організацію виборчого процесу на виборах народних обранців – членів Конституційної Асамблеї України; статус народних обранців; організацію діяльності Конституційної Асамблеї України тощо.

Конституційна Асамблея України визначалася як орган державної влади, спеціально уповноважений забезпечити реалізацію Українським народом установчої влади.

У Висновку Головного науково-експертного управління серед багатьох зауважень до згаданого законопроекту значилися, зокрема, такі:

1. Проект містить низку положень, які не узгоджуються з Конституцією України.

2. Низка положень проекту базується на помилковому уявленні про те, що існування Конституційної Асамблеї начебто передбачено Конституцією України.

3. Абсолютно не зрозуміло, норми яких саме виборчих законів потрібно застосовувати під час виборів до Конституційної Асамблеї.

4. Змістовний аналіз законопроекту у цілому дозволяє дійти висновку про певну підміну понять, оскільки насправді у проекті йдеться про процедуру підготовки нової Конституції України. Про це, зокрема, свідчить пропозиція про створення Конституційної Асамблеї України. У світовій практиці формування подібного органу пов’язане з прийняттям нової Конституції.

У зв’язку із цим з проект № 2245 було повернуто суб’єкту ініціативи на доопрацювання.

Концептуально неправильно в поданому проекті, на нашу думку, було визначено статус Конституційної Асамблеї як органу державної влади. При цьому він, на наш погляд, заклав основи для здійснення подальших наукових пошуків та законопроектної роботи з урахуванням виявлених у Висновку зауважень і суперечностей.

Згідно з проектом Закону України “Про порядок підготовки і затвердження нової редакції Конституції України” від 29 грудня 2009 р. № 5502, Конституційна Асамблея уже визначалася як форма і орган

представництва волі народу щодо визначення або уточнення засад конституційного ладу в Україні при підготовці (доопрацюванні) нової редакції Конституції України.

Проект складався з 6 розділів і 38 статей. У першому розділі було встановлено етапи підготовки (доопрацювання) і затвердження нової редакції Конституції України, визначено склад Конституційної Асамблеї України та підстави її виборів. Строк повноважень Конституційної Асамблеї пропонувалося встановити в один рік.

Розділ II визначав порядок обрання Конституційної Асамблеї. Особливості цього порядку виборів “народних представників” до складу Конституційної Асамблеї полягали в тому, що по 150 “народних представників” мали обиратися в регіональних багатомандатних виборчих округах на основі відносної більшості та в багатомандатному виборчому окрузі на основі пропорційного представництва. Виборчий процес мав організовуватися аналогічно виборам до Верховної Ради України.

У розділі III було визначено статус “народних представників” та Конституційної Асамблеї. Серед основних особливостей статусу “народних представників” встановлювалося зобов’язання “народного представника” не претендувати на обрання (призначення) на посади в органах державної влади протягом п’яти років після затвердження всеукраїнським референдумом нової редакції Конституції України, підготовленої за його участю Конституційною Асамблеєю. У розділі IV було подано порядок організації роботи Конституційної Асамблеї. Розділ V закріплював форми роботи Конституційної Асамблеї. Цікаво, що Проектом було передбачено можливість усунення Верховної Ради України та Президента України від процедури прийняття “нової редакції Конституції України”.

У Висновку Головного науково-експертного управління зазначалося про концептуальну невідповідність представленого проекту № 5502 чинній Конституції України та про недостатньо ґрунтовну роботу над текстом законопроекту.

Завданням наступного внесеного до Верховної Ради проекту – проекту постанови Верховної Ради України “Про утворення Національної Конституційної Асамблеї ” від 21 січня 2011 р. № 8013⁶⁶⁸ було визначено утворення Національної Конституційної Асамблеї та покладення на неї повноважень з підготовки концепції системного оновлення конституційного регулювання суспільних відносин в Україні і

⁶⁶⁸ Про утворення Національної Конституційної Асамблеї : проект постанови Верховної Ради України від 21 січня 2011 р. № 8013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zmweb_n/webproc4_1?pf3511=39483.

відповідного проекту нової редакції Конституції України з метою забезпечення винесення його для обговорення на всеукраїнський референдум.

Проектом пропонувалося: утворити Національну Конституційну Асамблею для напрацювання пропозицій щодо системного вдосконалення конституційного регулювання суспільних відносин в Україні, залучивши до обговорення Президента України, політичні партії та депутатські фракції Верховної Ради України, з урахуванням пропозицій Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласних, Київської та Севастопольської міських рад, фахівців Національної академії наук України, провідних спеціалістів у галузі конституційного права, інших науковців, всеукраїнських правозахисних громадських організацій тощо; винести на громадське обговорення підготовлені Національною Конституційною Асамблеєю пропозиції, після чого подати проект нової редакції Конституції України на розгляд Верховної Ради України та затвердити всеукраїнським референдумом; запропонувати засобам масової інформації здійснювати висвітлення діяльності щодо підготовки проекту нової редакції Конституції України.

На наш погляд, зазначений проект № 8013 містив занадто “розмиті” пропозиції щодо утворення Національної Конституційної Асамблеї. З його змісту була незрозуміла позиція авторів щодо конституційного статусу асамблеї: не визначено місце в політичній системі, процедуру формування, порядок діяльності органу, тощо та незважаючи на те, що, на відміну від попереднього, його було подано на голосування про включення до порядку денного, цей проект не набрав достатньої кількості голосів і тому не був винесений на розгляд Верховної Ради України.

Наступний проект Закону України “Про процедуру підготовки та затвердження нової Конституції України” від 21 лютого 2011 р. № 8143 вже мав логічну структуру, виражені відповідно до чинного законодавства положення та термінологію, чітко виписаний механізм реалізації установчої влади через конституційний процес. Але, як і проект від 21 січня 2011 р. № 8013, він не набрав достатньої кількості голосів народних депутатів, потрібних для його розгляду.

Проект Закону “Про процедуру підготовки та затвердження нової Конституції України” № 8143 був спрямований на забезпечення реалізації виключного права народу визначати і змінювати конституційний лад в Україні, установчої влади народу. За законопроектом, пропонувалося встановити процедуру підготовки проекту нової Конституції України, який має бути винесений на затвердження всеукраїнським референдумом. Визначалися організація, порядок формуван-

ня та діяльності спеціально уповноваженого органу установчої влади – Конституційної Асамблеї України. Законопроект складався з 5 розділів, 2 з яких поділялися на глави, і містив 54 статті.

Розділ I “Загальні положення” визначав етапи підготовки проекту нової Конституції України, а також загальні положення щодо Конституційної Асамблеї України, зокрема завдання та повноваження Конституційної Асамблеї України, принципи її діяльності. Розділ II “Склад та порядок формування Конституційної Асамблеї України” складався з трьох глав і врегульовував склад Конституційної Асамблеї України, статус її членів – народних обранців Конституційної Асамблеї, порядок формування Конституційної Асамблеї України, зокрема засади виборів народних обранців України, а також підстави та порядок припинення повноважень Конституційної Асамблеї України. Розділ III “Організація діяльності Конституційної Асамблеї України” складався з двох глав і врегульовував структуру та органи Конституційної Асамблеї України, а також порядок роботи Конституційної Асамблеї України. Розділ IV “Гарантії діяльності Конституційної Асамблеї України та народних обранців” встановлював гарантії трудових прав народних обранців і гарантії діяльності Конституційної Асамблеї.

Законопроектом було визначено етапи підготовки проекту нової Конституції України: 1) ініціювання процесу підготовки проекту нової Конституції України; 2) скликання та діяльність Конституційної Асамблеї України; 3) прийняття проекту нової Конституції України для винесення його на всеукраїнський референдум.

Відповідно до ст. 4 законопроекту, Конституційна Асамблея України визначалася як орган, спеціально уповноважений Українським народом забезпечити реалізацію його установчої влади.

До повноважень Конституційної Асамблеї України, за законопроектом, було віднесено: 1) розробку проекту нової Конституції України у разі реєстрації народної вимоги про проведення всеукраїнського референдуму щодо затвердження нової Конституції України; 2) доопрацювання проекту нової Конституції України у разі ініціювання прийняття нової Конституції України Президентом України або не менш як двома третіми народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України; 3) прийняття рішення про винесення проекту нової Конституції України на затвердження всеукраїнським референдумом; 4) прийняття рішення про підтвердження незмінності Конституції України.

Склад Конституційної Асамблеї України мав формуватися зі ста п’ятдесяти народних обранців Конституційної Асамблеї України (да-

лі – народні обранці). За законопроектом, вони мали обиратися на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування на засадах мажоритарної виборчої системи, а також колишні Президенти України та судді Конституційного Суду України у відставці за їх згодою. Також було визначено, що народним обранцем може бути обрано громадянина України, який на день виборів досяг двадцяти п'яти років, вільно володіє державною мовою, має вищу освіту та має право голосу. Народні обранці мали обиратися з числа авторитетних і компетентних громадян України з бездоганною репутацією. Законопроект передбачав, що народний обранець не має права претендувати на обрання його главою держави, а також представником у законодавчий орган, на призначення його членом вищого органу виконавчої влади, керівником центрального органу виконавчої влади та його заступником, прокурором, а також суддею України протягом десяти років після затвердження всеукраїнським референдумом нової Конституції України, підготовленої Конституційною Асамблеєю України за його участю.

Відповідно до ст. 30 законопроекту, повноваження Конституційної Асамблеї України мали припинятися з моменту прийняття Конституційною Асамблеєю України або рішення про підтвердження незмінності Конституції України, або рішення про винесення нової Конституції України на затвердження всеукраїнським референдумом. Також передбачалося дострокове припинення повноважень Конституційної Асамблеї України, але лише за рішенням всеукраїнського референдуму.

4.2. Вибори як форма реалізації установчої влади

4.2.1. Специфічні риси виборів як форми реалізації установчої влади

Конституція України закріплює вихідні положення уповноважуючо-виборчої діяльності народу⁶⁶⁹: будучи носієм суверенітету та єдиним джерелом влади в Україні, народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування (ст. 5 Конституції України), а також закріплює таку форму здійснення влади народом, як вибори (ст. 69 Конституції України). Вибори до органів державної влади та органів місцевого самоврядування є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і пря-

⁶⁶⁹ Шипілов Л.М. Принцип народовладдя і його здійснення в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Леонтій Миколайович Шипілов. – Х., 2004. – 208 с. – С. 149.

мого виборчого права шляхом таємного голосування. Виборцям гарантується вільне волевиявлення (ст. 71 Конституції України). Забезпечується право громадян брати участь в управлінні державними справами, вільно обирати та бути обраним в органи державної влади (ст. 38 Конституції України). Право голосу на виборах мають громадяни України, які досягли на день їх проведення вісімнадцяти років. Не мають права голосу громадяни, яких визнано судом недієздатними (ст. 70 Конституції України). Громадяни України мають право на свободу об'єднання у політичні партії, які сприяють формуванню і вираженню політичної волі громадян та беруть участь у виборах (ст. 36 Конституції України). Положення, що регулюють виборчий процес в Україні, закріплені в Законах України “Про вибори Президента України” від 5 березня 1999 р. № 474-XIV⁶⁷⁰ “Про вибори народних депутатів України” від 11 листопада 2011 р. № 4061-VI⁶⁷¹ та “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” від 10 липня 2010 р. № 2487-VI⁶⁷².

Конституція України передбачає два органи державної влади – Верховну Раду України та Президента України, персональний склад яких формується шляхом загальнонародної виборчої процедури (ст. 76, 103 Конституції України). І якщо стосовно Президента з моменту виникнення цієї посади в 1991 р. виборча система абсолютної більшості (обраним вважається той, хто отримав більше ніж 50% голосів осіб, що брали участь у голосуванні) лишається незмінною, то стосовно парламенту вона зазнає перманентних змін⁶⁷³. Так, після проголошення незалежності України в 1991 р. парламентська виборча система неодноразово змінювалася:

- до 1998 р. всі депутати обиралися в одномандатних округах;
- у 1998 р. було запроваджено змішану систему, за якої половина з 450 депутатів обиралася за пропорційним представництвом, а інша половина – в одномандатних округах;

⁶⁷⁰ Про вибори Президента України : Закон України від 5 березня 1999 р. № 474-XIV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1999. – № 14. – Ст. 81.

⁶⁷¹ Про вибори народних депутатів України : Закон України від 11 листопада 2011 р. № 4061-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2012. – № 10-11. – Ст. 73.

⁶⁷² Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів : Закон України від 10 липня 2010 р. № 2487-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2010. – № 35-36. – Ст. 491.

⁶⁷³ Шипілов Л.М. Принцип народовладдя і його здійснення в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Леонтій Миколайович Шипілов. – Х., 2004. – 208 с. – С. 149.

– у 2004 р. було запроваджено систему пропорційного представництва за партійними списками з використанням закритих списків. Вона застосовувалася в ході чергових парламентських виборів у 2006 р. та в ході дострокових парламентських виборів у 2007 р.;

– після дострокових виборів у 2007 р. у питанні можливого вдосконалення виборчої системи України влада України долучилася до діалогу з різними міжнародними інституціями, включаючи Парламентську асамблею Ради Європи, Венеціанську Комісію та ОБСЄ/БДПЛ. Прийнятий у результаті цих консультацій Закон “Про вибори народних депутатів України” від 11 листопада 2011 р. № 4061-VI являє собою повернення до змішаної виборчої системи, яка застосовувалася в Україні в 1998 та 2002 рр. Закон передбачає запровадження змішаної пропорційно-мажоритарної виборчої системи, згідно з якою половина депутатів має обиратися за списками політичних партій у єдиному загальнодержавному окрузі, а інша половина має обиратися в одномандатних округах.

Такі часті зміни виборчої системи, як слушно зазначено в п. 22 Спільного висновку № 635/2011 щодо законопроекту “Про вибори народних депутатів України” Європейської Комісії “За демократію через право” (17 жовтня 2011 р.) не сприяють стабільності нормативної бази у сфері виборчого права та виборчої системи загалом⁶⁷⁴: обрання виборчої системи є суверенним правом кожної держави. У п. 22 Спільного висновку вказано, що однак вона має обиратися та погоджуватися в рамках широких і відкритих обговорень. Зміна системи не має сприйматися такою, що підриває довіру виборців, політичних партій та громадянського суспільства до виборчого процесу. У цьому аспекті належний процес вдосконалення виборчого законодавства виступає як один із чинників, які впливають на якість здійснення установчої влади в державі, зокрема, через інститут виборів.

Інститут виборів у системі здійснення установчої влади має особливе значення. За допомогою виборчої діяльності народ визначає суб’єктний склад органів первинного народного представництва – Верховної Ради та Президента. Але в процесі своєї діяльності зазначені інституції також використовують делеговане народом право та формують орга-

⁶⁷⁴ Спільний висновок № 635/2011 щодо законопроекту “Про вибори народних депутатів України” Європейська Комісія “За демократію через право” (Венеціанська комісія) Організація з безпеки та співробітництва в Європі [Електронний ресурс] Бюро з питань демократичних інститутів та прав людини (ОБСЄ/БДПЛ) (Страсбург, 17 жовтня 2011 р.) Прийнятий Радою за демократичні вибори на 38-му засіданні (Венеція, 13 жовтня 2011 р.) та Венеціанською Комісією на 88-ій пленарній сесії (Венеція, 14–15 жовтня 2011 р.) – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a54.

ни вторинного представництва, які спрямовують свою діяльність на вирішення спеціальних завдань здійснення влади народу (Уряд, суди тощо).

Найбільш важливими суспільними та державними інститутами в Україні є інститути глави держави (Президент України), парламенту (Верховна Рада України) і місцевих органів влади (Верховна Рада Автономної Республіки Крим; місцеві ради – сільські, селищні, міські, районні, обласні; сільські, селищні, міські голови). Зазначені інститути влади посідають особливе, порівняно з іншими, місце в правовій, демократичній державі, бо лише вони репрезентують волю всього Українського народу (або його частки), здійснюють свою діяльність від його імені й перед ним мають держати відповідальність. І саме за допомогою виборів як єдиного можливого способу формування зазначених суспільних та державних інститутів в Україні здійснюється одна з форм реалізації установчої влади⁶⁷⁵.

Загальновідомо, що вибори завжди були й залишаються: 1) найбільш поширеним демократичним способом здобуття влади, який характерний для республіканського типу організації влади; 2) важливим інструментом реалізації частини народного суверенітету. Вибори визначають як владно-установчу суспільно-правову форму прямого народовладдя⁶⁷⁶.

Слід наголосити, що вибори є способом, яким суспільство формує владу, тобто створює представницькі органи для її здійснення всередині самого себе. А зміст виборів як політичного суспільно-правового інституту полягає в тому, що саме волею всього Українського народу або його частки (певної територіальної громади) здійснюється конституювання й відтворення органів державної влади та місцевого самоврядування, надання обраним представникам владних повноважень у межах їх конституційної компетенції.

Вибори визначають як передбачену Конституцією та законами форму прямого народовладдя, волевиявлення народу шляхом таємного голосування щодо формування конституційно якісного й кількісного складу представницьких органів державної влади та органів міс-

⁶⁷⁵ Інші форми див.: Максакова Р.М. Влада народу: аналіз суспільно-політичної думки та конституційно-правове регулювання / Р.М. Максакова // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2008. – № 11–12 (85–86). – С. 26; Максакова Р.М. Конституційне закріплення установчої влади в Україні та в Російській Федерації: порівняльно-правовий аналіз / Р.М. Максакова // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку : зб. статей / за ред. Ю.С. Шемшученка, Л.В. Губерського, І.С. Гриценка ; упор. О.В. Кресін. – К. : Логос, 2009. – С. 282–284.

⁶⁷⁶ Ставнійчук М.І. Поняття виборів, виборчого права та виборчого законодавства / М.І. Ставнійчук // Законодавство про вибори народних депутатів України: актуальні проблеми теорії і практики. – К. : Факт, 2001. – С. 7–36.

цевого самоврядування⁶⁷⁷. Визначення виборів таким способом розкриває поняття “вибори” за трьома основними характеристиками: суттю явища (форма прямого народовладдя), формою (що полягає в проведенні таємного голосування) та змістом (яким виступає формування складу представницьких органів державної влади й місцевого самоврядування).

Аналіз чинного законодавства та досліджень науковців надає змогу зазначити, що вибори мають свої особливості залежно від суті й змісту виборів:

1) під час проведення президентських і парламентських виборів відбувається загальне волевиявлення Українського народу, а під час місцевих виборів – локальне (місцеве), тобто волевиявлення територіальних громад та громадян України, які постійно проживають у межах відповідних адміністративно-територіальних одиниць;

2) під час проведення президентських та парламентських виборів відбувається формування органів державної влади, а під час місцевих виборів – органів місцевого самоврядування.

Але, незважаючи на такі особливості, є ряд чинників, що їх об’єднує:

– усі вони виступають як головні конституційно-правові форми безпосередньої демократії, оскільки завдяки їм відбувається безпосереднє волевиявлення народу⁶⁷⁸;

– усі вони передбачені й врегульовані Конституцією та актами виборчого законодавства, що мають предметом регулювання відповідні види виборів (наприклад, Законом України “Про Центральну виборчу комісію”⁶⁷⁹);

– усі вони проводяться за єдиними основними принципами виборів, що є загальновизнаними за законодавством України;

– єдиною формою їх проведення є голосування;

– суб’єктами активного виборчого права є громадяни України, які досягли на день їх проведення 18 років, за винятком тих, що визнані судом недієздатними;

– законодавчо встановлюється загальнообов’язковість результатів для всіх видів виборів.

⁶⁷⁷ Конституційне право України / за ред. В.Ф. Погорілка. – К. : Наукова думка, 2000. – 734 с. – С. 296.

⁶⁷⁸ Погорілко В. Основні засади теорії безпосередньої демократії / В. Погорілко // Право України. – 2001. – № 8. – С. 26–32. – С. 30.

⁶⁷⁹ Закон України “Про Центральну виборчу комісію” від 30 червня 2004 р. № 1932-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 36. – С. 1416. – Ст. 448.

Саме внаслідок особливої процедури формування виборні органи отримують владні повноваження (які можуть здійснюватися в межах їх конституційної компетенції) від суб'єктів установчої влади, якими при формуванні загальнодержавних виборних органів виступає весь Український народ, а при формуванні місцевих – відповідні територіальні громади або члени декількох територіальних громад.

У зв'язку з тим, що виборні органи влади України створюються як результат здійснення установчої влади народу, усі вони, відповідно, отримують установчі повноваження (повноваження щодо призначення посадових осіб, призначення або створення органів влади), які вони мають реалізовувати в своїй діяльності від імені та в інтересах Українського народу або його частини (певної територіальної громади). Саме спосіб формування та наявність установчих повноважень є спільною рисою всіх виборних органів влади України (Президента України, народних депутатів України, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів), хоча кожен із цих органів має свій особливий статус та притаманні лише йому повноваження.

4.2.2. Проблеми виборчого законодавства щодо забезпечення процесу здійснення установчої влади на правовій основі

Досліджуючи проблеми здійснення принципу народовладдя в Україні, Л.М. Шипілов звертав увагу на те, що вони пов'язані з *політичною практикою* сьогодення, яка *перешкоджає повному здійсненню народовладдя в Україні*⁶⁸⁰.

На існуванні ряду проблем щодо виборів як форми реалізації установчої влади наголошував також О.І. Ющик: "...законодавче регулювання виборів в Україні не відзначається юридичною системністю. Одним із факторів, які зумовлюють таку ситуацію, є надто загальне конституційне визначення інституту виборів. Розділ III Конституції містить усього кілька загальних положень про вибори, що дають можливість встановлювати різноманітні моделі виборчої системи (від мажоритарної до пропорційної) і, як наслідок, пропонувати безліч варіантів законодавчого визначення організації й порядку проведення виборів, постійно змінюючи виборче законодавство в рамках однієї й тієї самої Конституції. Не є винятком і чинне виборче законодавство: його в черговий раз пропонують переглядати та удосконалювати. Це, звичайно, не краща практика. Однак у всьому цьому є й позитив.

⁶⁸⁰ Шипілов Л.М. Принцип народовладдя і його здійснення в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Леонтій Миколайович Шипілов. – Х., 2004. – 208 с. – С. 152.

Адже за короткий час в Україні випробувано різні варіанти моделей виборчої системи (мажоритарної, змішаної та пропорційної); ця різноманітна практика дає змогу порівняти й оцінити переваги та недоліки кожного з варіантів, зокрема, їх демократичний потенціал. На мою думку, однозначно невиправданими, такими, що віддаляють депутатів від виборців, є вибори за пропорційною системою до місцевих рад. Очевидно, формування представницьких органів місцевого самоврядування в Україні повинно відбуватися через більш демократичний механізм виборів за мажоритарною системою. Що стосується виборів до Верховної Ради України та до Верховної Ради АРК, тут доцільним є збереження на певний час пропорційної системи, зважаючи на потребу підтримати розвиток політичних партій в Україні. За умови відповідного вдосконалення існуючого виборчого та парламентського законодавства, а також законодавства про політичні партії, позбавлення процесу розвитку партій негативних явищ, які ми сьогодні спостерігаємо (авторитаризм лідерів, партбюрократизація, деідеологізація, корупція тощо)”⁶⁸¹.

Серед проблем організації й проведення виборів актуальними виявилися питання строків повноважень виборних органів, відповідно, і визначення строків проведення чергових виборів та дати безпосереднього голосування⁶⁸². А все це безпосередньо впливає на реалізацію установчої влади в Україні, бо саме через здійснення індивідуального акту – голосування – кожен окремий громадянин здійснює одну з форм реалізації установчої влади в Україні – формування органів влади (у цьому випадку виборних органів).

Слід наголосити на тому, що чітке дотримання встановлених Конституцією та поточним конституційним законодавством строків повноважень виборних органів і, відповідно, правильне визначення строків виборів є однією з гарантій належної реалізації установчої влади в Україні. Конституційний Суд України (далі – КСУ) неодноразово висловлював правову позицію щодо особливого значення прин-

⁶⁸¹ Ющик О. Конституційні проблеми установчої влади в Україні / О. Ющик // Юридичний вісник України. – 2007. – № 42. – 20–26 жовтня. – С. 5.

⁶⁸² Максакова Р.М. Вибори як форма реалізації установчої влади в Україні: актуальні питання сьогодення / Р.М. Максакова // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 1. – С. 52–59; Максакова Р.М. Верховна Рада Автономної Республіки Крим: проблеми взаємовідносин з Верховною Радою України, визначення місця в системі органів влади та строку повноважень / Р.М. Максакова // Науковий вісник Академії муніципального управління. Серія: Право : зб. наук. пр. – К. : Видавничо-поліграфічний центр Академії муніципального управління, 2010. – Вип. 1. – С. 17–28.

ципу періодичного характеру виборів, зокрема в Рішеннях від 28 квітня 2009 р. № 8 рп/2009 та від 4 червня 2009 р. № 13 рп/2009.

Так, згідно з п. 3.1 мотивувальної частини Рішення КСУ від 28 квітня 2009 р. № 8-рп/2009, визначальне значення для функціонування демократичної держави, її республіканських засад має встановлений Основним Законом України порядок формування органів державної влади, зокрема періодичність їх обрання та призначення⁶⁸³. У п. 5 мотивувальної частини Рішення КСУ від 10 червня 2009 р. № 14-рп/2009 вказано таке: “У статті 141 Конституції України встановлено п’ятирічний строк, на який обираються депутати сільських, селищних, міських, районних, обласних рад. Цим строком означена і періодичність проведення виборів до органів місцевого самоврядування”. У цьому самому рішенні КСУ зазначив, що строки проведення виборів є важливим інститутом гарантії реалізації виборчих прав громадян⁶⁸⁴.

У чому все-ж-таки полягає зміст принципу періодичних (або обов’язкових) виборів? Головна засада цього принципу – політико-правова вимога: вибори в демократичній та правовій державі є єдиним легітимним способом формування органів державної влади та місцевого самоврядування. Обов’язковість виборів передбачає, що компетентні державні органи повинні регламентувати час діяльності виборних органів державної влади та місцевого самоврядування й забезпечити їх переформування на регулярній основі через виборчий процес, тобто забезпечити стабільність, поступовість і наступність у формуванні органів державної влади та місцевого самоврядування.

Принцип обов’язкових виборів у конституційному праві трактується не завжди однаково. Іноді під обов’язковістю виборів розуміється те, що законодавством встановлено обов’язок для громадян брати участь у виборах. Водночас міжнародно-правові акти, які торкаються виборчих стандартів, визначають дещо інші підходи до розуміння принципу обов’язковості виборів. Обов’язковість виборів передбачає таке: вибори є основним законним способом формування

⁶⁸³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення положення частини восьмої статті 83 Конституції України у системному зв’язку з положеннями частин шостої, сьомої статті 83, пункту 9 частини першої статті 106, частин третьої, четвертої статті 114 Конституції України від 28 квітня 2009 р. № 8-рп/2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=51929>.

⁶⁸⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Київської міської ради щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 141 Конституції України від 10 червня 2009 р. № 14-рп/2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=57527>.

представницьких органів влади; органи, які повноважні призначати вибори, не мають права ухилятися від їх призначення в строки та в порядку, передбаченому законодавством.

Принцип обов'язкових виборів закріплено ч. 5 ст. 76; ч. 1 ст. 77; ч. 1, 5 ст. 103; ч. 1, 2 ст. 141 Конституції України (зазначені статті встановлюють строки повноважень виборних органів та дати, коли мають відбутися чергові вибори до цих органів, чим і забезпечується їх періодичність і наступність). Згідно із ч. 7, 28, 30 ст. 85 Конституції України, органом, відповідальним за призначення президентських та місцевих виборів в Україні, є Верховна Рада України. Саме інститут призначення виборів, на думку Ю.О. Веденєєва, у комплексі тих виборчих відносин, що він регулює (їх періодичності, строків, зміни нормативних строків, тобто продовження або скорочення часу виконання повноважень виборних органів), є найважливішим інструментом забезпечення або, навпаки, обмеження виборчих прав громадян.

Принцип періодичних виборів відомий ще як принцип ротації, сутність якого полягає в тому, що він пов'язаний з правовим обмеженням повноважень виборних органів за строками їх виконання. Фактично і юридично це означає, що вибори повинні проводитися в обов'язковому порядку та через певний проміжок часу. Принцип періодичних виборів кваліфікується як загальна умова визнання їх правосуб'єктності в ряді міжнародних документів (ст. 21 Загальної декларації прав людини, затвердженої Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р.; п. 5.1 Документа Копенгагенської наради Конференції з людського виміру Ради з безпеки та співробітництва в Європі від 29 червня 1990 р.), а також у національному законодавстві: у Конституції України (про що вже йшла мова) та у всіх виборчих законах. Закріплення в законодавстві строків переформування виборних органів, з одного боку, забезпечує стабільність їх функціонування, а з іншого – гарантує змінюваність депутатів і посадових осіб органів державної влади та місцевого самоврядування за результатами голосування. Принцип періодичних виборів гарантує не просто ротацію виборних органів, але своєчасну їх змінюваність, що є важливою гарантією від узурпації влади, стабільності конституційного ладу в державі та належної реалізації установчої влади в країні⁶⁸⁵.

⁶⁸⁵ Максакова Р.М. Особливості реалізації основних принципів місцевих виборів в Україні / Р.М. Максакова // Держава і право. – 2001. – Вип. 12. – С. 136–144; Максакова Р.М. Принцип періодичних виборів як гарантія реалізації установчої влади в Україні / Р.М. Максакова // Треті конституційні читання : зб. тез наук. доп. і повідомлень міжнародної наукової конференції молодих учених, аспірантів і студентів “Треті конституційні читання”, присвячена пам'яті академіка права Ю.М. Тодики / за заг. ред. проф. А.П. Гетьман ; Нац. юрид. акад. Укр. – Харків : Права людини, 2010. – С. 144–146.

Виходячи з вищезгадуваних теоретичних і нормативних положень, можна дати цілком об'єктивну оцінку стабільності конституційного ладу та належної реалізації установчої влади в Україні. Усім уже відома тривала дискусія щодо визначення строків проведення чергових президентських виборів у 2010 р. (а версій і відповідних їх обґрунтувань, як пам'ятаємо, було вдосталь). Нарешті, лише визначилися із цим питанням (маються на увазі чергові президентські вибори 2010 р.), назріло інше – тотожне – строки проведення чергових, але вже місцевих виборів.

Підставою для такого непорозуміння стало прийняття Верховною Радою України Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р. № 2222-IV, згідно з яким строки повноважень Верховної Ради України та місцевих рад було змінено з чотирьох на п'ять років. Нагадаємо, що більша частина змін, внесених до Конституції Законом № 2222-IV, набула чинності 1 січня 2006 р. Але зміни, що стосувалися строків повноважень органів місцевого самоврядування, а саме: змінена редакція ч. 1 ст. 141 Конституції України щодо 5-річного строку повноважень депутатів місцевих рад набрала чинності аж 25 травня 2006 р., бо, відповідно до положень розділу II “Прикінцеві та перехідні положення” Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р., встановлювалося, що норми ч. 1 ст. 141 Конституції України в редакції цього Закону набирають чинності з дня набуття повноважень Верховною Радою, обраною у 2006 р. Як відомо, народні депутати України 5-го скликання, обрані на чергових виборах до Верховної Ради України 26 березня 2006 р., прийняли присягу 25 травня 2006 р. Отже, саме в цей день (відповідно до положень ч. 4 ст. 79 та ч. 2 ст. 82 Конституції України) набула повноважень Верховна Рада, обрана у 2006 р. Тобто це відбулося вже після проведених 26 березня 2006 р. чергових місцевих виборів. Тож на час проведення чергових місцевих виборів чинною була редакція ч. 1 ст. 141 Конституції України від 28 червня 1996 р., яка передбачала, що строк повноважень депутатів місцевих рад становить 4 роки.

Тому органи місцевого самоврядування, обрані на чергових місцевих виборах 2006 р., було сформовано на 4 роки. Але цим проблема не вирішилася, бо із чергових виборів 2010 р. вони мали формуватися за зміненою Законом № 2222-IV редакцією Конституції на різний строк: голови – на 4 роки, а депутати місцевих рад – на 5 років.

Про можливі непорозуміння в практичному застосуванні та недоцільність встановлених Конституцією різних строків повноважень представницьких органів місцевого самоврядування неодноразово зазначали як представники наукових кіл, так і працівники органів місцевого самоврядування. Бо з досвіду конституційної практики незалежної України всі звикли, що чергові місцеві вибори проводяться кожні чотири роки одночасно із черговими парламентськими в останню неділю березня. Як же бути тепер, коли строки повноважень деяких органів місцевого самоврядування відрізняються від строків повноважень народних депутатів України, крім того, строки повноважень органів місцевого самоврядування між собою не збігаються. Перша позиція непорозумінь може бути вирішеною, причому з позитивним результатом: якщо деякі види місцевих виборів будуть розведені в часі з парламентськими, як упродовж тривалого часу пропонували зробити науковці: по-перше, зменшиться навантаження членів виборчих комісій; по-друге, автоматично ліквідується цілий масив порушень виборчого законодавства, що спостерігається за умов одночасного проведення таких важливих і масштабних виборчих кампаній; по-третє, увага виборців не буде розсіюватися одразу на декілька виборчих кампаній, що підвищить якість при здійсненні самого акту волевиявлення виборців щодо обрання кандидатів на виборні посади. Проте друга позиція викликає багато питань. Так, формування в різний строк (з різницею в один рік) місцевих рад та сільських, селищних, міських голів вплине на якість роботи не лише зазначених органів, а й виконавчих органів відповідних рад. Справа в тому, що, відповідно до положень п. 5, 6 ч. 1 ст. 26 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”⁶⁸⁶ від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР, деякі питання сільська, селищна, міська ради вирішують виключно на пленарних засіданнях рад разом з відповідним головою, а саме: виключно на пленарних засіданнях рад за пропозицією сільського, селищного, міського голови затверджується структура виконавчих органів ради, загальна чисельність апарату ради та її виконавчих органів; утворюються за поданням сільського, селищного, міського голови інші виконавчі органи рад. У зв’язку з тим, що строк повноважень сільського, селищного, міського голови і сільських, селищних, міських рад різний – відповідно, чотири роки (голови) і п’ять років (ради), формування цих органів буде проходити у різні строки (упродовж двох років). Отже, протягом двох років буде постійно змінюватися структура, чисельність і склад виконавчих органів сільських, селищних, міських

⁶⁸⁶ Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

рад (як реалізація повноваження, зазначеного в п. 5, 6, ч. 1 ст. 26 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”), що однозначно вплине на якість роботи не лише відповідних виконавчих органів рад, а й самих рад, а також сільських, селищних, міських голів і в цілому на спокій у життєдіяльності територіальних громад.

При цьому звертаємо увагу, що зазначену конституційну колізію щодо різного строку повноважень виборних органів місцевого самоврядування на рівні поточного законодавства намагалися виправити, але, як відомо, починати треба з норм Основного Закону, а не навпаки, як це було зроблено в нашій ситуації. Так, зокрема, положеннями п. 7 розділу XIV “Прикінцеві положення” Закону України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” від 6 квітня 2004 р. № 1667-IV було встановлено, що сільські, селищні, міські голови обираються строком на п’ять років, починаючи із чергових виборів у 2006 р., за умови набрання чинності відповідно законом про внесення відповідних змін до Конституції України. Як уже було зазначено, зміни щодо строків повноважень виборних органів влади, у тому числі й органів місцевого самоврядування, до Конституції України в грудні 2004 р. було внесено, але вони не торкнулися строків повноважень сільських, селищних, міських голів. Їх строк повноважень залишився незмінним – 4 роки. Отже, у зв’язку з тим, що відповідні зміни, як передбачалося в законі про місцеві вибори, щодо п’ятирічного строку повноважень голів не знайшли закріплення в Конституції України – положення п. 7 розділу XIV “Прикінцеві положення” Закону України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” щодо зміни повноважень голів не набули чинності. Крім того, вони мали бути визнані неконституційними, бо суперечили положенням Конституції України. Але ні на час проведення чергових місцевих виборів 2006 р., ні на наступних виборах 2010 р. правової оцінки зазначеної суперечності між нормами Конституції і Закону про місцеві вибори КСУ не дав.

Орган конституційної юрисдикції лише ще раз підтвердив зміст норм Основного Закону, виклавши свою позицію у відповідному рішенні. Так, 4 червня 2009 р. Конституційний Суд України прийняв Рішення № 13-рп/2009 у справі за конституційним поданням Київської міської ради щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої ст. 141 Конституції України, відповідно до якого положення частин першої, другої ст. 141 Конституції України, що встановлюють строки, на які обираються депутати до складу сільської, се-

лищної, міської, районної, обласної ради чи сільський, селищний, міський голова, слід розуміти так, що при обранні цих осіб на передбачених Конституцією України чергових та позачергових виборах на них поширюються відповідно п'ятирічний і чотирирічний строки повноважень⁶⁸⁷.

Виходом з такої ситуації могло бути лише *встановлення для всіх виборних органів місцевого самоврядування однакового строку повноважень*.

Тривалі дискусії щодо визначення строку повноважень виборних органів місцевого самоврядування, які виникли в результаті внесення до Конституції України змін згідно із Законом України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р., частково були вирішені досить цікавим способом. Рішенням КСУ від 30 вересня 2010 р. № 20-рп/2010 (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України)⁶⁸⁸ Закон України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р. визнаний таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним). Так, 30 вересня 2010 р. була повернена Конституція України в редакції 28 червня 1996 р. І чергові місцеві вибори, які відбулися 31 жовтня 2010 р., вже проходили за поверненою редакцією Конституції, яка встановлювала однаковий для всіх представницьких органів місцевого самоврядування строк повноважень – 4 роки. Проблемна ситуація щодо строків повноважень була вирішена, але виникла інша – дотримання принципу періодичних і рівних місцевих виборів. Вона була викликана призначенням чергових місцевих виборів на 31 жовтня 2010 р. У чому ж справа?

Нагадаємо, що на час проведення чергових місцевих виборів 2006 р. чинною була редакція ч. 1 ст. 141 Конституції України від 28 червня 1996 р., яка передбачала, що строк повноважень представницьких органів місцевого самоврядування становить 4 роки.

Виходячи зі встановленого Конституцією 4-річного строку повноважень, виникає цілком логічне запитання: чому голосування на наступних чергових місцевих виборах було призначено на 31 жовтня 2010 р.? Якщо уважно порахувати, виходить, що період між попередніми черговими місцевими виборами, які відбулися 26 березня 2006 р., і наступними черговими місцевими виборами, які відбулися

⁶⁸⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Київської міської ради щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 141 Конституції України від 4 червня 2009 р. № 13-рп/2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=57527>.

⁶⁸⁸ Вісник Конституційного Суду України. – 2010. – № 5. – С. 36–49.

31 жовтня 2010 р., становить 4 роки і 6 місяців, тоді як конституційний строк повноважень представницьких органів місцевого самоврядування – 4 роки. Незрозумілою є техніка підрахунків щодо визначення дати чергових місцевих виборів.

Якщо використати інший підхід до підрахунків щодо визначення дати голосування на чергових місцевих виборах, який би базувався на реальних строках початку й закінчення повноважень представницьких органів місцевого самоврядування, виходить, що також порушується встановлений Конституцією 4-річний строк повноважень. Так, відповідно до ч. 1 ст. 49 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, повноваження депутатів місцевих рад починаються з моменту офіційного оголошення відповідною територіальною виборчою комісією на сесії ради рішення про підсумки виборів та визнання повноважень депутатів. Після чергових місцевих виборів, які відбулися 26 березня 2006 р., сесії депутатів місцевих рад проходили в період з 14 квітня до 11 липня 2006 р., тож саме в цей період депутати набули своїх повноважень. Перші сесії депутатів місцевих рад, обраних на чергових виборах 31 жовтня 2010 р., почали проходити із середини грудня 2010 р. Якщо уважно порахувати строки повноважень депутатів, обраних у 2006 р. (від початку роботи перших сесій депутатів, обраних у 2006 р., до початку роботи сесій депутатів, обраних у 2010 р.), не виходить встановлений Конституцією чотирирічний строк повноважень – реальний строк перевищує конституційний аж на 5–8 місяців!

Отже, ми отримали ситуацію, в якій порушуються норми Основного Закону України! А конституційно встановлений чотирирічний строк повноважень представницьких органів місцевого самоврядування, обраних на чергових місцевих виборах 2006 р., реально становить майже 5 років. У такій ситуації порушуються одразу три основні принципи виборів: законності, періодичності, рівного виборчого права.

Нові зміни, внесені до Конституції України Законом України “Про внесення змін до Конституції України щодо проведення чергових виборів народних депутатів України, Президента України, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” від 1 лютого 2011 р. № 2952-VI⁶⁸⁹ (далі –

⁶⁸⁹ Закон України “Про внесення змін до Конституції України щодо проведення чергових виборів народних депутатів України, Президента України, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” від 01 лютого 2011 р. № 2952-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2952-17>.

Закон про внесення змін до Конституції України від 1 лютого 2011 р.) знову лише частково вирішують ситуацію щодо строків повноважень виборних органів влади в Україні.

Справа в тому, що Закон про внесення змін до Конституції України від 1 лютого 2011 р., з одного боку, вирішив питання щодо однакового строку повноважень виборних органів місцевого самоврядування, визначивши, по-перше, в ч. 1 і 2 ст. 141 Конституції України, що строк повноважень депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів, обраних на чергових виборах, становить 5 років; по-друге, в ч. 3 ст. 141 Конституції України, що чергові місцеві вибори відбуваються в останню неділю жовтня п'ятого року повноважень відповідної ради чи відповідного голови, обраного на чергових виборах. Нагадаємо, що попередні чергові місцеві вибори відбулися *31 жовтня 2010 р.*, тому автори Закону, напевно, відштовхуючись від цієї дати, визначили: “Чергові вибори сільських, селищних, міських, районних, обласних рад, сільських, селищних, міських голів відбуваються в *останню неділю жовтня* п'ятого року повноважень відповідної ради чи відповідного голови, обраних на чергових виборах” (ч. 3 ст. 141 Конституції України зі змінами від 1 лютого 2011 р.).

Але, з іншого боку, Закон про внесення змін до Конституції України від 1 лютого 2011 р. заклав проблему належної реалізації принципу періодичних виборів і, як наслідок, принципу рівності президентських і парламентських виборів (мається на увазі тривалість перебування на посаді Президента України або повноважень народних депутатів України, обраних на чергових виборах).

Зокрема, за підходом, закладеним у Законі про внесення змін до Конституції України від 1 лютого 2011 р. щодо строків повноважень виборних органів місцевого самоврядування, при визначенні дати голосування на чергових місцевих виборах в основу розрахунків, скоріше за все, покладено дату проведення голосування на попередніх чергових місцевих виборах, які відбулися 31 жовтня 2010 р. От і в Законі про внесення змін до Конституції України від 1 лютого 2011 р. визначено, що чергові місцеві вибори відбуваються в *останню неділю жовтня* п'ятого року повноважень відповідної ради чи відповідного голови, обраних на чергових виборах (ч. 3 ст. 141 Конституції України).

Незрозумілим залишається підхід законодавця щодо визначення в Законі про внесення змін до Конституції України від 1 лютого 2011 р. дати проведення чергових парламентських та президентських виборів.

Нагадаємо, що останні парламентські вибори відбулися 30 вересня 2007 р. – це були позачергові вибори до Верховної Ради України. Відповідно до п. 15 розділу XV “Перехідні положення” Закону про внесення змін до Конституції України від 1 лютого 2011 р., встановлено, що чергові вибори до Верховної Ради України проводяться *в останню неділю жовтня 2012 р.* Отже, період між попередніми і наступними парламентськими виборами становить *5 років і 1 місяць*. Напевно, якщо щодо призначення дати чергових місцевих виборів автори Закону використовували підхід, в основу якого для розрахунку наступних чергових виборів була покладена дата проведення попередніх виборів, то у випадку з визначенням дати чергових парламентських виборів цей підхід використано не було, бо тоді за текстом змін до Конституції щодо дати наступних парламентських виборів мала б стояти така фраза: “чергові вибори до Верховної Ради України проводяться *в останню неділю вересня 2012 р.*” У такому разі виконувався б конституційний припис, встановлений положеннями ч. 1 ст. 76 Конституції України, в редакції, змінений цим самим Законом про внесення змін до Конституції України від 1 лютого 2011 р. щодо п’ятирічного строку повноважень Верховної Ради України.

Ще одне питання, яке логічно пов’язане з попереднім, залишається без відповіді. А саме: на який строк обирається виборний орган у разі проведення позачергових виборів? Цей строк має дорівнювати конституційно встановленому строку для виборних органів, що сформовані на чергових виборах, чи строку, який залишився до закінчення повноважень виборного органу, сформованого на чергових виборах, повноваження якого були достроково припинені?

Проблема визначення строків повноважень представницьких органів та дати проведення виборів пов’язана з різною конституційною регламентацією зазначених питань та постійними змінами виборчого законодавства внаслідок цього. Причиною ж виникнення цієї “виборчої проблематики”, на наш погляд, є закладена в текст Основного Закону концептуально помилкова позиція, закріплена в нормах Конституції щодо підходу до призначення дати виборів в Україні.

Проблеми строків повноважень та визначення дати проведення голосування на виборах стали вже традиційними в практиці національного державотворення. Зокрема, вона торкнулася свого часу ще одного виборного органу – Верховної Ради Автономної Республіки Крим. На конституційному рівні (у Конституції України) до моменту прийняття Закону про внесення змін до Конституції України від 1 лютого 2011 р. строк повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим не визначався. Прийняття Закону України

“Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р. викликало непорозуміння щодо визначення строків повноважень та дати проведення чергових виборів до Верховної Ради АРК.

Так, у зв’язку зі зміною в законодавстві України (Закон України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р.) строків повноважень депутатів Верховної Ради України, місцевих рад та Верховної Ради Автономної Республіки Крим з чотирьох років на п’ять Верховна Рада Автономної Республіки Крим прийняла Постанову “Про внесення зміни до статті 22 Конституції Автономної Республіки Крим” від 17 вересня 2008 р. № 958-5/08, якою було передбачено, що абз. 2 ч. 1 ст. 22 Конституції Автономної Республіки Крим слід викласти в такій редакції: “Строк повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим становить п’ять років”. У свою чергу, Верховна Рада України, отримавши зазначену Постанову, прийняла Закон України “Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим” від 19 березня 2009 р. № 1167-VI, яким затвердила відповідні зміни, а додатково ще визначила п. 1 розділу II “Прикінцеві положення” Закону, що “цей Закон набирає чинності з дня його опублікування і вводиться в дію з дня призначення відповідно до Конституції і законів України наступних чергових виборів до Верховної Ради Автономної Республіки Крим, які будуть проведені у 2010 р. Дія цього Закону не поширюється на депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим п’ятого скликання”⁶⁹⁰. Реакцією на зміст п. 1 розділу II зазначеного Закону з боку депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим стало Конституційне подання до Конституційного Суду України з вимогою визнати зазначені положення неконституційними (такими, що не відповідають ч. 2 ст. 6, ст. 19, ст. 58, п. 37 ч. 1 ст. 85, п. 1 ч. 1 ст. 138 Конституції України).

При розгляді зазначеного подання виникло питання: чи дозволяє конституційно-правова природа закону про затвердження змін до Конституції Автономної Республіки Крим (який є специфічним і має містити виключно доповнюючі *спеціалізовані* норми, які санкціонують введення в дію іншого нормативно-правового акта або його окремих положень), містити в ньому інші норми, зокрема *регулятивні*, що врегульовують правовідносини, стосовно яких Верховна Рада Автономної Республіки Крим не приймала ніяких рішень.

⁶⁹⁰ Закон України “Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим” від 19 березня 2009 р. № 1167-VI // Офіційний вісник України. – 2009. – № 26. – Ст. 860. – С. 36.

Проведений нами аналіз положень чинного законодавства України дає можливість відповісти на поставлене питання та зробити певні висновки щодо основних питань подання:

1. Як зазначено в конституційному поданні, п. 37 ч. 1 ст. 85 Конституції України не надає право Верховній Раді України, приймаючи Закон про затвердження змін до Конституції Автономної Республіки Крим, передбачати в ньому будь-які додаткові норми.

На нашу думку, слід підтримати зазначені положення подання, ґрунтуючись на тому, що:

– відповідно до п. 37 ст. 85 Конституції України, до повноважень Верховної Ради України належить *затвердження* законом Конституції Автономної Республіки Крим та змін до неї. *Питання розробки, прийняття та внесення змін до Конституції Автономної Республіки Крим належать до виключної компетенції Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Верховна Рада України, у свою чергу, має лише повноваження щодо затвердження Конституції автономії або змін до неї. Отже, парламент України, виконуючи передбачені п. 37 ст. 85 Конституції України повноваження, приймає окремий акт у формі закону, який, у свою чергу, надає юридичної сили іншому акту, котрим у цьому випадку виступає Конституція Автономної Республіки Крим, тобто лише затверджує, а не здійснює регулювання цієї сфери конституційно-правових відносин* (бо в цьому випадку текст зазначеної статті Конституції мав би містити повноваження Верховної Ради України щодо визначення, встановлення, регулювання або внесення законом змін до Конституції автономії, а не затвердження законом змін, як це встановлено п. 37 ст. 85 Конституції України). Варто пригадати ст. 19 Конституції України, де прямо вказано, що органи державної влади (у цьому випадку Верховна Рада України) зобов'язані діяти *лише на підставі, передбаченій Конституцією та законами України*. (На нашу думку, у цьому випадку парламент України, виконуючи передбачені п. 37 ст. 85 Конституції України повноваження, мав діяти за аналогією підписання Законів України, прийнятих Верховною Радою України, Президентом України, який, здійснюючи свої повноваження, має право лише підписати або не підписувати Закон, накладаючи на нього вето. Право додаткового регулювання правовідносин, закріплених у певному Законі, поданому парламентом на підписання главі держави – Президентові України, Конституцією України не надається. Також як приклад можна навести порядок затвердження законом міжнародних договорів, як це закріплено п. 32 ст. 85 Конституції України, що відноситься до повноважень Верховної

Ради України надання законом згоди на обов'язковість міжнародних договорів України та денонсацію міжнародних договорів України);

– згідно з положенням ст. 2 Закону України “Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим”, Конституція Автономної Республіки Крим набирає чинності одночасно з набранням чинності цим Законом. Тобто Конституція Автономної Республіки Крим органічно пов'язана із Законом про її затвердження (як це було встановлено в п. 1.3 Рішення Конституційного Суду України № 1-рп/2003 від 16 січня 2003 р.⁶⁹¹) тим, *що лише після затвердження* Верховною Радою України вона *набуває сили*, але це два самостійні акти. Отже, *метою та змістом Закону України “Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим” не може бути регулювання будь-яких правовідносин, пов'язаних зі статусом автономії, її органів тощо.* Основне призначення цього Закону – затвердити або повернути Конституцію АРК чи зміни до неї на доопрацювання до Верховної Ради АРК.

Тому *Верховна Рада України не мала права, приймаючи Закон про затвердження змін до Конституції Автономної Республіки Крим, передбачати в ньому будь-які додаткові норми*⁶⁹²;

– слід пригадати зміст Рішення Конституційного Суду України 18 вересня 2008 р. № 17-рп/2008 (у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) ст. 3 Закону України “Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим”)⁶⁹³, яким було встановлено, що “Конституція Автономної Республіки Крим може змінюватися через регулювання закріплених у ній повноважень автономії, для чого суб'єкти права законодавчої ініціативи у Верховній Раді України можуть ініціювати внесення змін до Конституції України в частині цих повноважень, а також через прийняття окремих законів України в межах конституційних повноважень автономії, визначених ст. 134, 138 Конституції України”.

Отже, Верховна Рада України, виконуючи законодавчі функції, може приймати додаткові, у тому числі регулятивні, норми щодо конституційно-правового статусу автономії в окремому Законі або шля-

⁶⁹¹ Офіційний вісник України. – 2003. – № 5. – С. 92. – Ст. 192.

⁶⁹² Максакова Р.М. Верховна Рада Автономної Республіки Крим: проблеми взаємовідносин з Верховною Радою України, визначення місця в системі органів влади та строку повноважень / Р.М. Максакова // Науковий вісник Академії муніципального управління. Серія: Право : зб. наук. пр. – К. : Видавничо-поліграфічний центр Академії муніципального управління, 2010. – Вип. 1. – С. 17–28.

⁶⁹³ Офіційний вісник України. – 2008. – № 73. – С. 130. – Ст. 2465, код акта 44490/2008.

хом внесення змін до вже існуючих законів, але не в Закон про затвердження змін до Конституції Автономної Республіки Крим.

Тобто Закон про затвердження змін до Конституції Автономної Республіки Крим не може містити в собі інші норми, зокрема регулятивні, що врегульовують правовідносини, стосовно яких Верховна Рада Автономної Республіки Крим не приймала ніяких рішень.

2. Визначаючи в п. 1 розділу II “Прикінцеві положення” дату проведення *чергових виборів* до Верховної Ради Автономної Республіки Крим, Верховна Рада України вийшла за межі своїх повноважень, оскільки, відповідно до положень п. 1 ст. 138 Конституції України, призначення виборів депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим належить до відання Автономної Республіки Крим. У свою чергу, Верховній Раді України (згідно з п. 28 ст. 85) належить право призначення *позачергових виборів* до Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

3. Визначаючи в п. 1 розділу II “Прикінцеві положення” строк повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим п’ятого скликання, Верховна Рада України вийшла за межі своїх повноважень, здійснивши в цьому випадку повноваження Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення законів України (ч. 2 ст. 147 Конституції України), а саме: визначаючи порядок реалізації положень п. 7 розділу XIV “Прикінцеві положення” Закону України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів”, який закріплює, що Верховна Рада Автономної Республіки Крим обирається строком на 5 років, *за умови* набрання чинності відповідно Законом про затвердження змін до Конституції Автономної Республіки Крим та Законом про внесення відповідних змін до Конституції України.

Приблизно таку позицію щодо цього питання висловив і Конституційний Суд України, який у своєму Рішенні від 17 грудня 2009 р. № 33-рп/2009⁶⁹⁴ вказав, що, визначаючи при прийнятті Закону час проведення виборів до представницького органу автономії, Верховна Рада України втрутилася в компетенцію Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

⁶⁹⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховної Ради Автономної Республіки Крим щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 1 розділу II “Прикінцеві положення” Закону України “Про затвердження зміни до статті 22 Конституції Автономної Республіки Крим щодо строку повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим” від 17 грудня 2009 р. № 33–рп/2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http:// www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=86491](http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=86491).

4. У поданні Верховної Ради Автономної Республіки Крим до Конституційного Суду України зазначено: "...з дня публікації Закону України "Про затвердження змін до ст. 22 Конституції Автономної Республіки Крим щодо строку повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим", тобто з 9 квітня 2009 р., набрали чинності п. 7 розділу XIV Закону України "Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів" та ст. 2 Закону України "Про статус депутата Верховної Ради Автономної Республіки Крим", які визначають, що строк повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим становить п'ять років. Зазначені положення не змінені, не визнані такими, що втратили силу".

Напевно, звертаючись до Конституційного Суду України з конституційним поданням та зазначаючи в ньому наведені вище аргументи, депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим намагалися відстояти позицію стосовно того, що строк повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим п'ятого скликання має становити не чотири роки, як випливає з п. 1 розділу II "Прикінцеві положення" Закону України "Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим", де зазначено, що "дія цього Закону не поширюється на депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим п'ятого скликання", а п'ять років.

На нашу думку, незважаючи на те, що, визначаючи зміст п. 1 розділу II "Прикінцеві положення" Закону України "Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим", Верховна Рада України, як було вже зауважено вище, перевищила свої повноваження (на що в п. 1 свого Рішення від 17 грудня 2009 р. № 33-рп/2009 вказав Конституційний Суд України, визнавши неконституційним словосполучення Закону України "Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим" "які будуть проведені у 2010 р."). Але позиція Верховної Ради України щодо строку повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим п'ятого скликання є правильною. Дійсно, аналіз чинного законодавства України щодо цього питання свідчить на користь Верховної Ради України, за логікою якої строк повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим п'ятого скликання має становити чотири роки.

Зокрема, на підтримку цієї позиції звертаємо увагу на таке. Нагадаємо, що чергові вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим п'ятого скликання проводилися в березні 2006 р. На той час порядок організації і проведення зазначених виборів, а також

строк повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим визначався:

1) ч. 4 ст. 136, п. 1 ст. 138 Конституції України. Вказані норми лише закріплюють положення про те, що повноваження, порядок формування й діяльності Верховної Ради Автономної Республіки Крим визначаються Конституцією України та законами України, нормативно-правовими актами Верховної Ради Автономної Республіки Крим з питань, віднесених до її компетенції; а призначення виборів депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, затвердження складу виборчої комісії Автономної Республіки Крим належить до відання Автономної Республіки Крим.

Зауважимо, що строк повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим Конституцією України тоді не визначався;

2) ч. 3 ст. 4 Закону України “Про Верховну Раду Автономної Республіки Крим” від 10 лютого 1998 р. № 90/98–ВР, який закріплював, що строк повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим – чотири роки⁶⁹⁵;

3) ч. 1 ст. 22 Конституції Автономної Республіки Крим, яка визначала, що строк повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим становить чотири роки⁶⁹⁶.

У Постанові Верховної Ради Автономної Республіки Крим “Про внесення змін до ст. 22 Конституції Автономної Республіки Крим” від 17 вересня 2008 р. № 958–5/08 так обґрунтовано необхідність зміни строку повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим: “У зв’язку з прийняттям Верховною Радою України Закону України від 8 грудня 2004 р. № 2222-IV “Про внесення змін до Конституції України”, згідно з яким строки повноважень Верховної Ради України та місцевих рад становлять п’ять років, відповідно до п. 37 частини першої ст. 85 Конституції України, а також частини третьої Закону України від 23 грудня 1998 р. № 350-XIV “Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим”, п. 1 ч. 2 ст. 26, ч. 1 ст. 27 Конституції Автономної Республіки Крим, затвердженої цим Законом”. На наш погляд, таке обґрунтування є частково помилковим. Унаслідок зазначеної в Постанові позиції Верховної Ради Автономної Республіки Крим стосовно підстав внесення змін до ст. 22 Конституції Автономної Республіки Крим виникло непорозуміння

⁶⁹⁵ Закон України “Про Верховну Раду Автономної Республіки Крим” від 10 лютого 1998 р. № 90/98–ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 29. – Ст. 191.

⁶⁹⁶ Конституція Автономної Республіки Крим від 21 жовтня 1998 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 5–6. – Ст. 43.

щодо строку повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим п'ятого скликання (сформованої в березні 2006 р.).

Верховна Рада Автономної Республіки Крим помилково ототожнює свій строк повноважень з встановленим Конституцією України строком повноважень місцевих рад, який, за Законом України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р., становив п'ять років. Оскільки Верховна Рада Автономної Республіки Крим, згідно зі ст. 136 Конституції України, є представницьким органом Автономної Республіки Крим, її статус врегульовано в окремому Х розділі Конституції України “Автономна Республіка Крим”, статус місцевих рад як органів місцевого самоврядування врегульовано в іншому – XI розділі Конституції України “Місцеве самоврядування”. У Законі України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” від 6 квітня 2004 р. не лише в назві, а й у своїх статтях відокремлено місцеві ради від Верховної Ради Автономної Республіки Крим (наприклад, у ст. 16 Закону “Визначення загального складу місцевих рад, Верховної Ради Автономної Республіки Крим” перелік рад подано через кому, тобто Верховна Рада Автономної Республіки Крим і за цим Законом не належить до єдиної системи місцевих рад).

Отже, за законодавством України, Верховна Рада Автономної Республіки Крим не належить до системи місцевих рад (хоча за своєю сутністю вона є органом місцевого самоврядування, що представляє спільні інтереси жителів територіальних громад Автономної Республіки Крим)⁶⁹⁷. Але в цьому випадку, незважаючи на її специфічний статус у системі органів влади України, вона більше нагадує обласну раду з виключними повноваженнями. Мається на увазі можливість Верховної Ради Автономної Республіки Крим ініціювати у Верховній Раді України прийняття законів (тобто звернення до парламенту з постановою про внесення змін до Конституції автономії, унаслідок чого парламент приймає відповідний закон про затвердження цих змін або відхиляє цю постанову як таку, що суперечить положенням Конституції чи законів України), хоча цей орган і не має права законодавчої ініціативи. Законом України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” місцевою радою визначається сільська, селищна, міська, районна в місті, районна, обласна ради. До того ж,

⁶⁹⁷ Максакова Р.М. Особливості актів Автономної Республіки Крим як джерел конституційного права України / Р.М. Максакова // Джерела конституційного права України : монографія / Ю.С. Шемшученко, Н.М. Пархоменко, О.В. Скрипнюк, О.І. Ющик, В.М. Шаповал та ін.; відп. ред.: акад. Ю.С. Шемшученко, д.ю.н. О.І. Ющик. – К. : Наукова думка, 2010. – 710 с. – С. 353–376; 356–357.

логічним було б у разі віднесення за законодавством України Верховної Ради Автономної Республіки Крим до системи місцевих рад у назві вищезазначеного Закону про вибори не відокремлювати цей орган у переліку органів, порядок формування яких врегульовано зазначеним Законом. Тобто в разі належності Верховної Ради Автономної Республіки Крим до системи місцевих рад логічно було б змінити назву чинного Закону України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” на таку: Закон України “Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів”, виключивши при цьому з назви слова “Верховної Ради Автономної Республіки Крим” у зв’язку з належністю цього органу до системи місцевих рад.

До того ж на підтримку своєї позиції звертаємо увагу на таке: згідно зі ст. 5 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР, визначено систему місцевого самоврядування, яка включає: територіальну громаду; сільську, селищну, міську раду; сільського, селищного, міського голову; виконавчі органи сільської, селищної, міської ради; районні та обласні ради, що представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст; органи самоорганізації населення⁶⁹⁸. Як бачимо, Верховна Рада Автономної Республіки Крим у наведеному переліку органів місцевого самоврядування не згадується.

Підтвердженням того, що Верховна Рада Автономної Республіки Крим, за законодавством України, не належить до місцевих рад, а є особливим, специфічним органом у системі органів влади України, є також положення ст. 85 Конституції України, відповідно до якої порядок призначення виборів до Верховної Ради Автономної Республіки Крим та місцевих рад визначається різними пунктами зазначеної статті, а саме: до повноважень Верховної Ради України належить, згідно з п. 28 ч. 1 ст. 85 Конституції України, призначення позачергових виборів до Верховної Ради Автономної Республіки Крим, а згідно з п. 30 ч. 1 ст. 85 Конституції України – призначення чергових та позачергових виборів до органів місцевого самоврядування (тобто місцевих виборів).

У зв’язку з вищенаведеними аргументами, напевно, обґрунтовуючи в своїй Постанові щодо внесення змін до ст. 22 Конституції Автономної Республіки Крим, Верховній Раді Автономної Республіки Крим слід було б посилатися не на норми Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р. № 2222-IV, яким змінено строк повноважень місцевих рад з чотирьох до п’яти років, а на положення Закону України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, се-

⁶⁹⁸ Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

лишних, міських голів” від 6 квітня 2004 р. № 1667-IV, ч. 2 ст. 4 якого закріплює, що всі органи місцевого самоврядування (депутати місцевих рад та сільські, селищні, міські голови), а також депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим обираються строком на п’ять років. Саме в цьому Законі, а не в Конституції України було закріплено інший строк повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Звертаємо увагу на те, що положеннями п. 7 розділу XIV “Прикінцеві положення” Закону України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів”⁶⁹⁹ передбачено, що Верховна Рада Автономної Республіки Крим обирається строком *на 5 років за умови набрання чинності відповідно Законом про затвердження змін до Конституції Автономної Республіки Крим*. Тобто зазначений Закон встановлював обов’язок для Верховної Ради Автономної Республіки Крим внести відповідні зміни до Конституції автономії. Справа в тому, що цей обов’язок депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим виконали, але занадто пізно – після проведених у 2006 р. виборів до Верховної Ради Автономної Республіки Крим (а саме: 17 вересня 2008 р. прийняли рішення про внесення відповідних змін до Конституції автономії, а затвердження відповідних змін відбулося шляхом прийняття Закону України “Про затвердження зміни до ст. 22 Конституції Автономної Республіки Крим щодо строку повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим” аж 19 березня 2009 р., який набрав чинності *9 квітня 2009 р.*)⁷⁰⁰. Тобто положення п. 7 розділу XIV “Прикінцеві положення” Закону України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” щодо встановлення п’ятирічного строку повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим набули чинності 9 квітня 2009 р.⁷⁰¹ Хоча в депутатів Верхов-

⁶⁹⁹ Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 30–31. – Ст. 382; 2006. – № 5–6. – Ст. 75.

⁷⁰⁰ Офіційний вісник України. – 2009. – № 26. – Ст. 860. – С. 36.

⁷⁰¹ У цій ситуації варто нагадати таке: Конституція України закріплює принцип, за яким закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом’якшують або скасовують відповідальність особи (ч. 1 ст. 58 Конституції), що до нашого випадку (зі строками повноважень виборних органів влади) не має стосунку. Рішенням Конституційного Суду України від 9 лютого 1999 р. № 1–рп/99 (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів) дано офіційне тлумачення цих положень Основного Закону України, відповідно до якого дію нормативно-правового акта в часі треба розуміти так, що вона починається з моменту набрання цим актом чинності і припиняється з втратою ним чинності, тобто до події, факту застосовується той закон або інший нормативно-правовий акт, під час дії якого вони настали або мали місце (абз. 2 п. 2 мотивувальної частини Рішенням Конституційного Суду України від 9 лютого 1999 р. № 1–рп/99).

ної Ради Автономної Республіки Крим було вдосталь часу для своєчасного внесення змін до Конституції автономії, тобто до проведення виборів 2006 р., для того, щоб строк повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим дійсно змінити із чотирьох до п'яти років (час для внесення відповідних змін становив майже 2 роки, бо, нагадаємо, Закон України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” було прийнято 6 квітня 2004 р.).

Крім того, обґрунтовуючи необхідність п'ятирічного строку повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим п'ятого скликання в конституційному поданні до Конституційного Суду України, затвердженого Постановою Верховної Ради Автономної Республіки Крим від 17 червня 2009 р. № 1282-5/09, депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим посилаються на положення ч. 1 ст. 2 Закону України “Про статус депутата Верховної Ради Автономної Республіки Крим” від 22 грудня 2006 р. № 533-V, згідно з яким строк повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим становить п'ять років⁷⁰². Але депутати не врахували той момент, що згадуваний Закон був прийнятий уже після проведених чергових виборів 2006 р. до Верховної Ради Автономної Республіки Крим і набув чинності аж 16 січня 2007 р. (майже через рік після проведених виборів). Відповідно, норми цього Закону в жодному разі не могли встановлювати строк повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, сформованої в 2006 р.

У зв'язку з тим, що вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим п'ятого скликання відбулися 26 березня 2006 р., а положення щодо п'ятирічного строку повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим тоді ще не набули чинності, слід зробити висновок, що строк повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим п'ятого скликання справді становить чотири роки, як це впливає з п. 1 розділу II “Прикінцеві положення” Закону України від 19 березня 2009 р. № 1167-VI “Про затвердження зміни до ст. 22 Конституції Автономної Республіки Крим щодо строку повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим” (положення якого щодо цього питання, як ми вже зазначали, цілком обґрунтовано були визнані Конституційним Судом України неконституційними).

⁷⁰² Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 14. – Ст. 168.

Отже, строк повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим п'ятого скликання, які обиралися на чергових виборах 26 березня 2006 р., становить чотири роки.

Але, починаючи із чергових виборів 2010 р., строк повноважень депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим має становити п'ять років, як це встановлено:

1) ч. 2 ст. 4 Закону України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” від 6 квітня 2004 р. № 1667-IV;

2) ч. 1 ст. 2 Закону України “Про статус депутата Верховної Ради Автономної Республіки Крим” від 22 грудня 2006 р. № 533-V;

3) ч. 1 ст. 22 Конституції Автономної Республіки Крим зі змінами, внесеними Постановою Верховної Ради Автономної Республіки Крим від 17 червня 2009 р. № 1282-5/09 та затвердженими Законом України від “Про затвердження зміни до ст. 22 Конституції Автономної Республіки Крим щодо строку повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим” 19 березня 2009 р. № 1167-VI.

Процес розробки та застосування виборчого законодавства є одним з показників належної реалізації установчої влади в державі. Тому, відповідно, і проблеми, пов'язані із законодавчими процедурами щодо розробки та прийняття виборчих законів, також впливають на якість і легітимність установчих процедур⁷⁰³.

Так, наприклад, у п. 8 Спільного висновку № 635/2011 щодо законопроекту “Про вибори народних депутатів України” Європейської Комісії “За демократію через право” (17 жовтня 2011 р.) наголошено на важливості встановленого принципу, згідно з яким визначено, що

⁷⁰³ Максакова Р.М. До питання про активні виборчі права іноземців і військовослужбовців на місцевих виборах в Україні / Р.М. Максакова // Держава та регіони. Серія: Право. – 2004. – № 1. – С. 7–10; Максакова Р.М. Забезпечення виборчих прав національних меншин на місцевих виборах / Р.М. Максакова // Дні науки : зб. тез доповідей : в 3 т. / Гуманітарний університет “ЗІДМУ”, 28–29 жовтня 2004 р.; ред. кол. В.М. Огаренко та ін. – Запоріжжя : ГУ “ЗІДМУ”, 2004. – Т. 3. – С. 86–87; Денисова Т.А. Позитивні та негативні наслідки надання засудженим до позбавлення волі виборчого права / Т.А. Денисова, Р.М. Максакова // Держава і право. Юридичні і політичні науки : зб. наук. праць. – К. : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2007. – Спецвипуск. – С. 437–440; Максакова Р.Н. Осуществление активного избирательного права лицами, находящимися в местах лишения свободы, по законодательству Украины, стран Европейского Союза, СНГ и Балтии: проблемы конституционно-правового регулирования [Электронный ресурс] / Р.Н. Максакова // Выборы в Европе. – 2009. – июль. – С. 65–67. – Режим доступа: http://www.cikrf.ru/newsite/international/vibori_v_evrope_mag/osush_akt_izb_pr/.

“законодавство, яке регулює фундаментальні права, такі як право на чесні та вільні вибори, має ухвалюватися відкрито після публічних дебатів і за широкої підтримки з тим, щоб забезпечити впевненість та довіру до виборчих процесів. При розробці закону про вибори особливо важливим є широкий консенсус щодо основних норм, оскільки закон про вибори не повинен надавати переваги інтересам однієї політичної партії. Процес широких публічних консультацій сприяє довірі громадськості до результатів виборів”⁷⁰⁴. У п. 9 Спільного висновку наголошено на тому, що рішення щодо системи виборів, прохідного порогу та заборони виборчих блоків ухвалювалися односторонньо більшістю без будь-якого обговорення з опозиційними партіями та громадянським суспільством. У п. 9 Спільного висновку зазначено, що такий підхід серйозно підриває впевненість великої частки українського суспільства в процесі виборів. “Упровадження фундаментальних змін у виборчу систему без широкого громадського обговорення та консультацій може поставити під загрозу легітимність законопроекту, незважаючи на те, яким чином він імплементуватиметься”, – зазначено в п. 17 Спільного висновку.

Недовіра населення до процесу виборів має наслідком сумніви населення щодо легітимності сформованих органів влади і, як наслідок, є одним із чинників, що впливають на якість реалізації установчої влади в країні. “Довіра до процесу організації виборів є вкрай важливою для їх демократичної природи”, – зазначено в п. 14 Резолюції 1755 (2010) Парламентської Асамблеї Ради Європи “Функціонування демократичних інституцій в Україні” від 4 жовтня 2010 р.⁷⁰⁵

Виборчий процес 2012 р. вніс нові корективи в проблематику реалізації установчої влади в Україні. Так, попередні виборчі кампанії відзначалися “брудними” виборчими технологіями в процесі голосування (пригадаємо так звані “виборчі каруселі”, проблеми із виборчими списками щодо внесення до них померлих осіб або включення одного виборця для голосування одразу по декількох виборчих

⁷⁰⁴ Спільний висновок № 635/2011 щодо законопроекту “Про вибори народних депутатів України” Європейська Комісія “За демократію через право” (Венеціанська комісія) Організація з безпеки та співробітництва в Європі / Бюро з питань демократичних інститутів та прав людини (ОБСЄ/БДПЛ) (Страсбург, 17 жовтня 2011 р.) Прийнятий Радою за демократичні вибори на 38-му засіданні (Венеція, 13 жовтня 2011) та Венеціанською Комісією на 88-ій пленарній сесії (Венеція, 14–15 жовтня 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a54.

⁷⁰⁵ Резолюція 1755 (2010) Парламентської Асамблеї Ради Європи “Функціонування демократичних інституцій в Україні” : ухвалена у Страсбурзі (Французька Республіка) 4 жовтня 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a19.

дільницях тощо). Маніпуляції голосами виборців здійснювалися під час підрахунку голосів на дільничних виборчих комісіях, а також забезпечувалися застосуванням адмінресурсу. Парламентська виборча кампанія 2012 р. змістила виборчі технології в бік судового ресурсу. Результати волевиявлення на виборах 2012 р. стали визначати не як перевагу більшої кількості голосів виборців. Здобути пріоритетний позитивний результат голосування на виборах 2012 р. отримав можливість кожен конкурент кандидата або партії, визнаних переможцями на відповідній виборчій дільниці, якщо їх представники вчасно зверталися до суду з вимогою визнати незаконними результати голосування по “невигідних” дільницях. Унаслідок цього перемогу здобув не той кандидат або політсила, що набрали більшість голосів в окрузі, а той, результати волевиявлення за якого не оскаржувалися в суді. За допомогою цих маніпуляцій спотворюється механізм здійснення установчої влади через інститут виборів, бо реальні результати голосування виборців зводяться нанівець рішеннями суду.

На наш погляд, проблема застосування “брудних” виборчих технологій, у тому числі судового ресурсу, полягає в неправильному підході законодавця до визначення механізму формування виборчих комісій, а також статусу їх членів. Ми неодноразово наголошували, що суттєвою проблемою проведення якісних і законних виборів є правовий статус та організація роботи членів виборчих комісій⁷⁰⁶. Так, проблему для налагодженої роботи виборчих комісій створює процес реалізації політичними партіями та їх блоками закріпленого за законодавством права формувати склад дільничних виборчих комісій. Потребує першочергового вирішення проблема професійного досвіду членів ДВК щодо участі в роботі виборчих комісій. Утворення виборчих комісій за принципом пропорційного представництва від кандидатів блокує роботу виборчих комісій під час прийняття ними рішень.

Принциповим має бути правило, за яким суб’єкти виборчого процесу – політичні партії або кандидати на виборні посади – не беруть участі у формуванні виборчих комісій. Члени комісій повинні мати відповідну фахову підготовку та досвід роботи щодо організації та проведення виборів. Основним критерієм для членства у виборчих комісіях має бути не політична складова, а технічна: професіоналізм,

⁷⁰⁶ Максакова Р.М. Особливості організації та проведення місцевих виборів 2006 р. в Україні / Р.М. Максакова // Вісник Центральної виборчої комісії. – 2006. – № 2 (4). – С. 86–91; Максакова Р.М. Правовий статус та організація роботи членів дільничних виборчих комісій: проблеми реалізації законодавства та пропозиції щодо його вдосконалення / Р.М. Максакова, О.В. Яркіна // Вісник Центральної виборчої комісії. – 2009. – № 2–3. – С. 58–62.

наявність юридичної освіти, можливо, члени виборчих комісій мають бути держслужбовцями. Тоді не буде виникати питання помилковості прийнятого ними рішення, і логічним буде встановити заборону оскаржувати рішення виборчих комісій щодо встановлених ними результатів волевиявлення.

Реалізація установчої влади ускладнюється також застосуванням пропорційної виборчої системи на місцевих виборах, яка не забезпечує принцип представництва інтересів населення. Реальним у місцевих радах став принцип партійного представництва. Цим викривляється як інститут місцевого самоврядування, так і організація установчої влади в Україні. Виходом має бути повернення до мажоритарної виборчої системи, на чому ми неодноразово наголошували⁷⁰⁷, бо пропорційна виборча система себе не виправдала.

Говорячи про вибори як особливу форму реалізації установчої влади, хочемо звернути увагу на європейський досвід. Особливістю реалізації установчої влади в країнах європейського права є можливість громадян брати участь у місцевих виборах на території країни “не свого громадянства”. Наприклад, Конституція Франції 1958 р. в останній редакції достатньою мірою пристосована до умов міжнародної інтеграції, що безупинно розвивається в Європі. Так, ст. 88 Конституції, базуючись на принципі взаємності, надає виборче право громадянам інших держав Європейського Союзу на виборах до своїх муніципальних органів⁷⁰⁸. Таким способом законодавчо встановлюється розширене коло суб’єктів щодо здійснення установчої влади на території цих держав.

Такий досвід навряд чи стане в пригоді щодо вирішення існуючих проблем законодавчого регулювання всіх виборчих процедур в Україні та не вирішить проблеми легітимності органів влади, сформованих у результаті виборів. Тим більше, Конституція України однозначно називає суб’єктами виборчого права лише громадян України. Але, незважаючи на це, Європейська Комісія “За демократію через право” у положеннях п. 14 Висновку № 593/2010 щодо Проекту Ви-

⁷⁰⁷ Максакова Р.М. Проблеми застосування пропорційної виборчої системи на місцевих виборах в Україні / Р.М. Максакова // Дні науки : зб. тез доп. : в 3 т. / Гуманітарний університет “ЗІДМУ”, 27–28 жовтня 2005 р. ; ред. кол. В.М. Огаренко та ін. – Запоріжжя : ГУ “ЗІДМУ”, 2005. – Т. 3. – С. 127–128; Максакова Р.М. Актуальні проблеми становлення виборчої системи України в сучасних умовах / Р.М. Максакова, Г.П. Циверенко // Держава та регіони. Серія: Право. – 2007. – № 2. – С. 18–22.

⁷⁰⁸ Овчаренко А.О. Основи конституційного права Франції / А.О. Овчаренко // Конституційне право зарубіжних країн : навч. посіб. / М.С. Горшеньова, К.О. Закоморна, В.О. Ріяка та ін. ; за заг. ред. В.О. Ріяки. – 2-е вид., допов. і перероб. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 544 с. – С. 312.

борчого кодексу Верховної Ради України (який був переданий на розгляд Комісії головою Верховної Ради України В. Литвином 7 червня 2010 р.) рекомендувала переглянути положення нашого законодавства щодо статусу іноземців у виборчому процесі. Так, аналізуючи положення ст. 8 (та деякі наступні положення проекту Виборчого кодексу), Комісія вказала як негативні положення проекту, що надають виборче право тільки громадянам України. «Нинішня тенденція у більшості європейських країн полягає у наданні права участі у політичному житті на місцевому рівні також і іноземцям, які легально проживають на даній території. Кодекс належної практики у виборчих справах рекомендує (п. 1.1. b.2), що “бажано дозволяти іноземцям голосувати на місцевих виборах після певного періоду проживання”», – зазначено у Висновку⁷⁰⁹.

На наш погляд, досвід ряду зарубіжних країн щодо існування “неспецифічних” для України суб’єктів виборчого права може стати в нагоді в інформативному плані як особливість певних зарубіжних країн з визначення суб’єктів здійснення установчої влади через інститут виборів.

Розв’язання ряду проблем інституту виборів як однієї з форм реалізації установчої влади, як і раніше (про що вже впродовж більше ніж 10 років говорять українські науковці), вбачається у прийнятті Виборчого кодексу. Зокрема, на цьому наголошують і міжнародні організації. На необхідності прийняття єдиного уніфікованого документа щодо організації виборчого процесу акцентують Парламентська Асамблея Ради Європи (про що було зазначено в п. 7 Резолюції 1755 (2010) Парламентської Асамблеї Ради Європи “Функціонування демократичних інституцій в Україні” від 4 жовтня 2010 р.)⁷¹⁰, а також Європейська Комісія “За демократію через право”. Так, у п. 12 Спільного висновку № 635/2011 щодо законопроекту “Про вибори народних депутатів України” Європейська Комісія “За демократію через право” визначено, що всі правила, які регулюють вибори, мають бути кодифіковані в єдиний Виборчий кодекс для того, щоб гарантувати

⁷⁰⁹ Висновок Європейської Комісії “За демократію через право” (Венеціанська Комісія) № 593/2010 щодо Проекту Виборчого кодексу Верховної Ради України (Страсбург, 20 грудня 2010 р.): прийнятий Радою демократичних виборів на 35 засіданні (Венеція, 16 грудня 2010 р.) та Венеціанською Комісією на 85 Пленарному засіданні (Венеція, 17–18 грудня 2010 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a39.

⁷¹⁰ Резолюція 1755 (2010) Парламентської Асамблеї Ради Європи “Функціонування демократичних інституцій в Україні”: Ухвалена у Страсбурзі (Французька Республіка) 4 жовтня 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a19.

уніфікованість процедур, які застосовуються на виборах усіх рівнів⁷¹¹. “Прийняття Виборчого кодексу сприятиме стабілізації виборчого законодавства згідно з рекомендаціями, що містяться в одексі належної практики у виборчих справах”, – зазначено в Спільному висновку. Але цей досвід потрібно впроваджувати з урахуванням специфіки українського законодавства та не намагатися змінювати всі норми Конституції й виборчих законів лише тому, що вони використовуються в практиці деяких зарубіжних держав норм (наприклад, вищезгадуваної нами ситуації з іноземними громадянами як учасниками виборчого процесу). Кожна нова, не притаманна раніше виборчому законодавству України норма має бути ретельно перевірена та об’єктивно обґрунтована з урахуванням подальшого її впливу на легітимність інститутів влади, що формуються внаслідок виборчих процедур як впливова складова процесу реалізації установчої влади в Україні.

4.3. Референдуми та інші форми здійснення установчої влади Українським народом

4.3.1. Загальнодержавний референдум у механізмі здійснення установчої влади

Відповідно до положень ст. 69 Конституції України, референдум є формою здійснення народного волевиявлення. Згідно зі ст. 1 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” було визначено, що референдум – це спосіб прийняття громадянами України шляхом голосування законів України, інших рішень з важливих питань загальнодержавного і місцевого значення.

Відповідно до положень нині чинного Закону України “Про всеукраїнський референдум” від 6 листопада 2012 р. не визначено поняття референдум, але положеннями ст. 1 закріплено визначення поняття Всеукраїнський референдум. Так, Всеукраїнський референдум є однією з форм безпосередньої демократії в Україні, способом здійснення влади безпосередньо Українським народом, що полягає у прийнятті (затвердженні) громадянами України рішень з питань загальнодержав-

⁷¹¹ Спільний висновок № 635/2011 щодо законопроекту “Про вибори народних депутатів України” Європейська Комісія “За демократію через право” (Венеціанська Комісія) Організація з безпеки та співробітництва в Європі / Бюро з питань демократичних інститутів та прав людини (ОБСЄ/БДІПЛ) (Страсбург, 17 жовтня 2011 р.) Прийнятий Радою за демократичні вибори на 38-му засіданні (Венеція, 13 жовтня 2011) та Венеціанською Комісією на 88-ій пленарній сесії (Венеція, 14–15 жовтня 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a54.

вного значення шляхом таємного голосування в порядку, встановленому згаданим Законом.

Референдуми проводяться з метою забезпечення народовладдя й безпосередньої участі громадян в управлінні державними та місцевими справами в Україні.

Під час дії Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” актуальними питаннями вважали з’ясування та чітке законодавче визначення предмета референдуму⁷¹².

Так, у ст. 3 і ч. 1 ст. 5 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” було визначено, що предметом всеукраїнського референдуму може бути: затвердження Конституції України, її окремих положень та внесення до Конституції України змін і доповнень; прийняття, зміна або скасування законів України або їх окремих положень; прийняття рішень, які визначають основний зміст Конституції України, законів України та інших правових актів; питання, віднесені Конституцією України до відання України.

Не могли бути предметом всеукраїнського референдуму, відповідно до положень ст. 74 Конституції України і ч. 3 ст. 5 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”: питання щодо законопроектів з питань податків, бюджету та амністії; питання, віднесені законодавством України до відання органів суду і прокуратури; питання амністії та помилування; питання про вжиття державними органами України надзвичайних і невідкладних заходів щодо охорони громадського порядку, захисту здоров’я та безпеки громадян; питання, пов’язані з обранням, призначенням і звільненням посадових

⁷¹² Максакова Р.М. Референдум Автономної Республіки Крим: історико-правові аспекти організації і проведення та сучасний стан конституційно-правового регулювання / Р.М. Максакова // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць / редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. Ю.М. Оборотов. – Одеса: Юридична література, 2009. – Вип. 48. – 376 с. – С. 235–241; Максакова Р.М. Дostroкове припинення повноважень представницьких органів влади як предмет всеукраїнського референдуму: позиція держави / Р.М. Максакова // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 8. – С. 113–116; Максакова Р.М. Дostroкове припинення повноважень представницьких органів влади як предмет всеукраїнського референдуму: позиція народу / Р.М. Максакова // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 9. – С. 6–10; Максакова Р.М. Реформування державної концепції нормативно-правового регулювання порядку здійснення установчої влади через участь народу у всеукраїнському референдумі / Р.М. Максакова // Правові реформи в Україні: матеріали III Всеукраїнської науково-теоретичної конференції (Київ, 6 жовтня 2011). – К.: Нац. акад. внутр. справ, 2011. – Ч. 1. – 212 с. – С. 11–12; Максакова Р.Н. Право народа досрочно прекращать полномочия представительских органов государственной власти в Украине: проблемы теории и практики [Электронный ресурс] / Р.Н. Максакова // Правовая наука. – 2012. – № 11 (14). – Режим доступа: http://ingnpublishing.com/journal/6/2012/11_14/maksakova_r_n_pravo_naroda_dosrochno_prekravat_polnomochiya_predstavitel_skih_organov_gosudarstvennoj_vlasti_v_ukraine_problemy/.

осіб, що належать до компетенції Верховної Ради України, Президента України та Кабінету Міністрів України.

Ґрунтуючись на зазначених вище положеннях Конституції України й Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”, звертаємо увагу на таке.

По-перше, відповідно до положень ст. 22 Конституції України, встановлено, що права і свободи людини і громадянина, закріплені Конституцією, не є вичерпними.

По-друге, згідно з положеннями ст. 3 і ч. 1 ст. 5 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”, визначалося, що предметом референдуму можуть бути: прийняття рішень, які визначають основний зміст Конституції України, законів України та інших правових актів; питання, віднесені Конституцією України до відання України.

Отже, законодавчо було визначено, що будь-яке питання, віднесене Конституцією до відання України, може бути предметом референдуму, за винятком тих, щодо розгляду яких є пряма заборона, встановлена положеннями ст. 74 Конституції України і ч. 3 ст. 5 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”. До того ж предметом референдуму може бути як прийняття, внесення змін і доповнень до Конституції або законів України і скасування законів, так і питання щодо прийняття рішень, які визначають основний зміст Конституції або законів.

Але в практиці національного державотворення неодноразово траплялися випадки неможливості реалізації положень ст. 22 і 69 Конституції України, зокрема щодо питання здійснення народного волевиявлення шляхом проведення всеукраїнського референдуму. Так, громадяни України, виходячи з положень ст. 22 Конституції щодо невичерпності своїх прав і переліку питань, що можуть бути предметом всеукраїнського референдуму, отримували відмову в реєстрації ініціативних груп всеукраїнського референдуму за народною ініціативою. Як правило, проблемою ставало питання щодо неможливості віднесення пропонованого громадянами питання до предмета всеукраїнського референдуму.

Наприклад, упродовж усього періоду існування незалежної України, а саме у 1992, 1993, 1998, 1999–2001 і 2010 рр., громадяни намагалися ініціювати проведення референдуму за народною ініціативою щодо дострокового припинення повноважень парламенту або Президента України.

Конституція України прямо не закріплює можливості проведення референдумів щодо дострокового припинення повноважень парламенту або Президента України.

Хоча варто пригадати, що нормами національного законодавства було передбачено можливість висловлення недовіри членам парламенту через відкликання народних депутатів України, підстави та процедура відкликання яких були врегульовані нормами Закону України “Про відкликання народного депутата України” від 19 жовтня 1995 р. № 396/95-ВР.⁷¹³ Стаття 1 зазначеного Закону передбачала, що народний депутат України, який не виправдав довіри виборців, може бути в будь-який час відкликаний ними. Цей Закон був чинний до 7 серпня 2001 р.

З того часу законодавство України зазнало суттєвих змін, і практика його реалізації свідчить про такі факти.

Постановою від 18 січня 2011 р. № 11 ЦВК відмовила в реєстрації ще однієї ініціативної групи з проведення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою щодо питань дострокового припинення повноважень парламенту і Президента України, зазначивши, що Конституцією встановлено вичерпний перелік підстав дострокового припинення повноважень парламенту і глави держави, серед яких дострокове припинення повноважень через проведення всеукраїнського референдуму не зазначається⁷¹⁴.

Наступною своєю Постановою від 4 лютого 2011 р. Центральна виборча комісія відмовила в реєстрації ініціативної групи всеукраїнського референдуму за народною ініціативою⁷¹⁵. Учасниками зборів було схвалено пропозицію щодо проведення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою з трьох питань:

1. Чи підтримуєте ви дострокове припинення повноважень Верховної Ради України VI скликання?

2. Чи підтримуєте ви проведення дострокових виборів до Верховної Ради України в період 60 днів з дня оголошення результатів

⁷¹³ Закон України “Про відкликання народного депутата України” від 19 жовтня 1995 р. № 396/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 41. – Ст. 299.

⁷¹⁴ Про відмову в реєстрації ініціативної групи всеукраїнського референдуму за народною ініціативою, утвореної на зборах громадян України, що відбулися 6 грудня 2010 р. в місті Донецьку : Постанова ЦВК від 18 січня 2011 р. № 11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0011359-11>.

⁷¹⁵ Про відмову в реєстрації ініціативної групи всеукраїнського референдуму за народною ініціативою, утвореної на зборах громадян України, що відбулися 24 грудня 2010 р. селищі Солоне Дніпропетровської області. Постанова ЦВК від 4 лютого 2011 р. № 23 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0023359-11>.

волевиявлення громадян на Всеукраїнському референдумі за народною ініціативою?

3. Чи підтримуєте ви пенсійну реформу, а саме збільшення пенсійного віку для жінок до 60 років, для чоловіків до 65 років?

Підставою для відмови Центральною виборчою комісією в реєстрації ініціативної групи стали такі позиції ЦВК:

1) внесена громадянами пропозиція для розгляду на референдумі питань, які не є предметом всеукраїнського референдуму, що визначений ст. 3 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”;

2) мали місце ряд організаційних порушень з боку членів ініціативної групи що призвело до невідповідності поданих документів щодо ініціативної групи вимогам Закону.

Пояснюючи свою позицію щодо відмови в реєстрації ініціативної групи у зв’язку з тим, що питання не становлять предмета всеукраїнського референдуму, зокрема щодо питання про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України, Центральна виборча комісія зазначила таке:

“1. Правовий статус Верховної Ради України, її повноваження, порядок та підстави дострокового припинення її повноважень встановлено Конституцією України.

2. Згідно з ч. 2 ст. 90, п. 8 ч. 1 ст. 106 Конституції України, Президент України може достроково припинити повноваження Верховної Ради України, якщо протягом тридцяти днів однієї чергової сесії пленарні засідання не можуть розпочатися.

Таким чином, Конституцією України встановлено *єдину* підставу для *дострокового припинення повноважень парламенту*.

3. Питання “Чи підтримуєте ви дострокове припинення повноважень Верховної Ради України VI скликання?”, яке пропонуються винести на всеукраїнський референдум за народною ініціативою, за своїм змістом нерозривно пов’язане з пропозицією щодо внесення змін до вищезазначених статей Конституції України. Проте відповідна пропозиція учасниками зборів не виноситься.

4. Крім того, згідно зі ст. 3 Закону, предметом всеукраїнського референдуму може бути, зокрема, прийняття рішень, які визначають основний зміст Конституції України.

Натомість зазначене питання, яке пропонується винести на всеукраїнський референдум за народною ініціативою, не може вважатися таким, що може визначити основний зміст Конституції України, оскільки стосується дострокового припинення повноважень Верховної Ради України VI скликання.

5. Також необхідно зазначити, що внесення до Конституції України змін щодо дострокового припинення повноважень Верховної Ради України певного скликання, у тому числі VI скликання, є неможливим. Такі зміни у разі їх підтримання громадянами України на всеукраїнському референдумі позбавляють можливості врахувати результати такого референдуму при прийнятті рішень відповідними державними органами, що є неприпустимим з урахуванням Рішення Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 р. у справі № 6-рп/2005 (справа про здійснення влади народом).

Отже, вказане питання не може бути винесене на всеукраїнський референдум за народною ініціативою як таке, що не відповідає Конституції України та не є предметом всеукраїнського референдуму, який визначений ст. 3 Закону⁷¹⁶.

Коментуючи дії ЦВК з приводу прийняття подібних рішень, Ю.Г. Барабаш зазначає, що фактично сьогодні ЦВК України є єдиною інституцією, яка оцінює конституційність питань, що пропонується винести на всеукраїнський референдум. На думку науковця, наділення ЦВК України невластивою органам адміністрування виборчого та референдумного процесами функцією з контролю за конституційністю питань, які громадяни пропонують винести на референдум, зводить фактично нанівець будь-які спроби безпосереднього ухвалення народом власних рішень⁷¹⁷.

У правовій позиції Конституційного Суду України, сформульованій у Рішенні від 27 березня 2000 р. № 3-рп/2000 у справі про всеукраїнський референдум за народною ініціативою, також зазначено, що “чинна Конституція України не передбачає інституту висловлення недовіри на всеукраїнському референдумі, в тому числі проголошеному за народною ініціативою, Верховній Раді України чи будь-яким іншим конституційним органам державної влади як можливої підстави дострокового припинення їх повноважень. Тому винесення на всеукраїнський референдум питання щодо недовіри Верховній Раді України за відсутності названого інституту в Основному Законі України було б порушенням такого конституційного принципу, як здійснення органами державної влади своїх повноважень у межах,

⁷¹⁶ Про відмову в реєстрації ініціативної групи всеукраїнського референдуму за народною ініціативою, утвореної на зборах громадян України, що відбулися 24 грудня 2010 р. селищі Солоне Дніпропетровської області. Постанова ЦВК від 4 лютого 2011 р. № 23 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0023359>–11.

⁷¹⁷ Конституція України : науково-практичний коментар / редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. наук України. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – Х. : Право, 2011. – 1128 с. – С. 526–527.

встановлених Конституцією України, та принципів правової держави, якою проголошено Україну”.

Отже, відмови ЦВК щодо неможливості реєстрації ініціативних груп є цілком обґрунтованими й такими, що прийняті на виконання положень Конституції, законів України, Рішень Конституційного Суду України.

Якщо підходити до вирішення зазначеної вище ситуації в справі щодо реєстрації ініціативної групи всеукраїнського референдуму за народною ініціативою з боку держави, а в цьому випадку з боку її постійно діючого колегіального державного органу – ЦВК, потрібно ґрунтуватися на положеннях ч. 2 ст. 19 Конституції України, відповідно до яких, органи державної влади та їх посадові особи зобов’язані діяти лише на підставі, в межах повноважень і способом, що передбачені Конституцією та законами України.

До того ж слід пригадати положення ст. 92 Конституції України, яким передбачено, що права і свободи людини і громадянина визначаються виключно законами України. Таким чином, якщо певне право прямо не визначено законом, його реалізація неможлива.

Отже, виходячи із цих конституційних положень, позиція ЦВК щодо визначення питання, формулювання якого *прямо не передбачено* нормами чинного законодавства (у цьому випадку щодо дострокового припинення повноважень Верховної Ради України певного скликання) як такого, що не може бути предметом всеукраїнського референдуму, цілком відповідає положенням ст. 19 Конституції України.

Але якщо підходити до вирішення зазначеної вище ситуації в справі щодо реєстрації ініціативної групи всеукраїнського референдуму за народною ініціативою з боку громадян України, виходить зовсім інша позиція, також, до речі, регламентована нормами Основного Закону.

Питання щодо дострокового припинення повноважень Верховної Ради України VI скликання, з позиції ЦВК, не є таким, що визначає основний зміст Конституції України, тому воно не може бути предметом всеукраїнського референдуму, бо суперечило чинним на той час положенням ст. 3 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”.

Але згідно з положеннями ч. 1 ст. 5 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”, предметом всеукраїнського референдуму могли бути питання, віднесені Конституцією України до відання України. Як відомо, питання щодо дострокового припинення повноважень Верховної Ради України є таким, що, за Конституцією України, віднесено до відання України. Тим більше за нормами Кон-

ституції дострокове припинення повноважень Верховної Ради України належить Президентові лише в одному випадку: якщо протягом тридцяти днів однієї чергової сесії пленарні засідання не можуть розпочатися.

Введення інституту дострокового припинення повноважень парламенту главою держави зумовлено необхідністю встановлення правових процедур подолання можливого політичного протистояння партій, груп, фракцій у Верховній Раді, відповідної стимуляції її роботи, забезпечення стабільності її функціонування тощо.

Але ситуація щодо стимуляції роботи парламенту виходить з-під контролю жодної інстанції в державі, якщо Верховна Рада своєчасно збирається на сесії, проводить пленарні засідання, але не приймає жодних рішень або приймає їх з порушенням встановлених строків, наприклад, пригадайте ситуації з прийняттям Законів про державний бюджет, унаслідок чого відбувається дестабілізація в діяльності всіх інститутів громадянського суспільства: соціального забезпечення громадян, функціонування місцевого самоврядування (бо прийняття рішень про місцевий бюджет безпосередньо пов'язано з державним бюджетним процесом, що дестабілізує та паралізує життєдіяльність цілих територіальних громад і їх органів влади), функціонування органів державної влади тощо. Якщо парламент втратив довіру виборців і став нелегітимним, невже в таких випадках повинен відбуватися крах усього державного механізму? Напевно, що ні. І виходячи з положень про те, що вся влада в державі належить народові, йому має належати право не лише формувати представницькі органи влади, а й у разі необхідності припинити їх повноваження.

Варто пригадати положення п. 1 ч. 1 ст. 13 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”, якими передбачалося, що Верховна Рада України призначає всеукраїнський референдум з питань дострокового припинення повноважень Верховної Ради України, Президента України, якщо цього вимагають не менш як три мільйони громадян України, які мають право брати участь у референдумі.

Прийнято вважати, що зазначена норма Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” була неконституційною, бо сам Закон було прийнято задовго до прийняття Конституції України, і з позицій Конституційного Суду України, висловлених у його Рішеннях, вона мала вважатися такою, що суперечила положенням Конституції. Але на офіційному сайті Верховної Ради України положення ст. 13 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” (коли він був чинним) не були зазначені як такі, що втратили чинність або визнані неконституційними певним Рішенням Конституційного

Суду України, як це зазначено в інших нормативно-правових актах, розташованих на офіційному сайті Верховної Ради України.

У відповідь на зауваження тих, хто зазначав, що Закон “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” прийнятий 3 липня 1991 р., тобто до проголошення незалежності України, тож частина його положень суперечить законодавству незалежної України, нагадаємо, що, відповідно до ст. 3 Закону України “Про правонаступництво України”⁷¹⁸, згадувані вище положення щодо предмета референдуму діють на території України, оскільки вони не суперечать законам України, ухваленим після проголошення незалежності України. Необхідно зважати на те, що Конституцією України закріплено принципи непорушності прав і свобод людини, недопущення скасування конституційних прав і свобод та звуження змісту й обсягу існуючих прав і свобод при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів (ч. 2 ст. 21, ч. 2, 3 ст. 22). Виникає питання: чи не суперечать висловлені вище правові позиції КСУ щодо предмета референдуму ст. 21 і 22 Конституції? Адже, як ми зазначали раніше, положеннями п. 1 ч. 1 ст. 13 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” прямо було закріплено право народу ініціювати всеукраїнський референдум щодо висловлення недовіри парламенту та президенту.

Відповідно до правових позицій Конституційного Суду України, визначених рішеннями від 27 березня 2000 р. № 3-рп/2000 та від 5 жовтня 2005 р. у справі № 6-рп/2005, встановлено, що чинна Конституція України не передбачає інституту висловлення недовіри на всеукраїнському референдумі, у тому числі проголошеному за народною ініціативою, Верховній Раді України чи будь-яким іншим конституційним органам державної влади як можливої підстави дострокового припинення їх повноважень.

Але Конституція й *не встановлює прямої заборони* щодо можливості обговорення цих питань на всеукраїнському референдумі, як це визначено в ст. 74 щодо недопущення обговорення на референдумі законопроектів з питань податків, бюджету та амністії.

Так само, проводячи аналогію, можна було б визнати неконституційними положення ч. 1, 2, 3 ст. 78 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, які передбачають, що за рішенням місцевого референдуму територіальна громада має право достроково припинити повноваження відповідної місцевої ради; або ч. 2, 3, 4 ст. 79 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, згідно з

⁷¹⁸ Закон України “Про правонаступництво України” від 12 вересня 1991 р. № 1543–XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 46. – Ст. 617.

якими, територіальна громада має право достроково припинити повноваження сільського, селищного, міського голови за рішенням місцевого референдуму; або ч. 2, 3 ст. 72 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, положеннями якої передбачено, що районна та обласна рада можуть висловити недовіру голові районної, обласної державної адміністрації.

На нашу думку, вирішення питання щодо визначення предмета всеукраїнського референдуму має базуватися на положеннях ч. 1 ст. 22 Конституції України, якими визначено, що всі права і свободи людини і громадянина, які закріплені в Конституції, не можуть вважатися вичерпними. Тим самим, як зазначав В.Л. Чубарєв, Конституцію можна й необхідно розглядати як правову базу для подальшого розвитку, розширення та вдосконалення системи прав і свобод та посилення їх конституційних й інших законних гарантій⁷¹⁹.

Відповідно до ч. 5 ст. 55 Конституції України, встановлено, що *кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи* від порушень і протиправних посягань. Отже, ініційоване для розгляду на референдум питання щодо дострокового припинення повноважень Верховної Ради України має бути розцінене як засіб захисту права українського народу на належне здійснення прав, визначених:

1) ч. 2, 4 ст. 5 Конституції України, згідно з якими, народ є носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та місцевого самоврядування. Ніхто не може узурпувати державну владу.

Отже, своїми вольовими рішеннями народ не лише визнає, формує, координує і організовує діяльність органів державної влади (в нашому випадку Верховної Ради України), контролює недопущення узурпації державної влади, але і може припинити повноваження органів влади в разі неналежної реалізації влади народу;

2) ч. 1 ст. 38 Конституції України, згідно з якою, громадяни *мають право брати участь в управлінні державними справами*, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати й бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Нормами ч. 2 ст. 38 Конституції України закріплено право доступу громадян до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування.

⁷¹⁹ Коментар до Конституції України: науково-популярне видання / ред. кол. В.Ф. Опришко (голова). – К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1996. – 376 с. – С. 71.

Традиційно, коментуючи та застосовуючи положення ст. 38 Конституції України, *право громадян брати участь в управлінні державними справами* прийнято розглядати через безпосередню його реалізацію шляхом участі громадян у референдумах, виборах або через проходження державної чи муніципальної служби. Але звертаємо увагу на те, що визначені в ст. 38 Конституції України права громадян зазначені через кому і встановлене Основним Законом *право брати участь в управлінні державними справами* є одним із видів прав громадян наряду з правом участі в референдумах, виборах та правом доступу до державної чи муніципальної служби. Як правило, права участі громадян у референдумах, виборах та права доступу до державної чи муніципальної служби розглядають як способи реалізації права брати участь в управлінні державними справами, що є принципово неправильним. Виходячи з того, що всі ці види прав громадян закріплені в Конституції через кому, усі вони є самостійними окремими видами діяльності громадян щодо реалізації закріпленого ч. 1 ст. 5 положення про те, що народ є носієм суверенітету, єдиним джерелом влади в Україні й здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та місцевого самоврядування. Отже, потрібно виробити концептуально правильний, такий, що буде відповідати нормам Конституції України, підхід до розкриття сутності закріпленого ч. 1 ст. 38 Конституції України права громадян брати участь в управлінні державними справами. Зокрема, починати треба з розкриття сутності ключової категорії в зазначеному словосполученні – “управління”.

Управління визначають як функцію організованих систем (соціальних, біологічних, технічних), що забезпечує збереження їх структури та впорядкування відповідно до закономірностей функціонування. Соціальне управління відрізняється від інших видів управління (технічного й біологічного) тим, що здійснюється через вплив на свідомість і волю, а отже, на інтереси людини щодо досягнення поставлених цілей. Цілеспрямована діяльність людей пов’язана з реалізацією їхнього інтересу як усвідомленої потреби, зумовленої їхнім матеріальним буттям, об’єктивною соціально-економічною структурою суспільства. Соціальне управління – це особлива функція, що виникає з потреб самого суспільства як складної саморегульованої системи⁷²⁰.

Отже, у нашому випадку право брати участь в управлінні державними справами є видом соціального управління, за допомогою якого громадяни України реалізують свої інтереси, що виникають у

⁷²⁰ Цветков В.В. Управление / В.В. Цветков // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К. : “Українська енциклопедія” імені М.П. Бажана, 2004. – Т. 6: Т–Я. – 768 с. – С. 218.

них залежно від обставин політичного, соціального тощо характеру, що склалися в суспільстві.

Характеризуючи категорію управління, В.В. Цветков зазначав про таке. Зміст управління як соціальної функції виявляється в організуючій діяльності, що досягається шляхом об'єднання, узгодження, регулювання, координації та контролю. Суб'єктами управління завжди виступають люди та їх об'єднання, а об'єктами – поведінка, вчинки і дії людей у процесі їх спільної діяльності. Змістом процесу управління є мета⁷²¹.

Беручи за основу зазначені характеристики категорії управління, можна резюмувати, що змістом права брати участь в управлінні державними справами є здійснення народом як основним і пріоритетним суб'єктом управлінської діяльності в державі процесів узгодження, регулювання, координації та контролю за діяльністю органів влади або посадових осіб. Змістом цього процесу є головна мета демократичної, правової й соціальної держави – реалізація суверенної влади народу.

Враховуючи таке, ситуацію щодо питання дострокового припинення повноважень органів влади, яке виноситься для голосування на референдум, потрібно розглядати як реалізацію встановленого ч. 1 ст. 38 Конституції права брати участь в управлінні державними справами через здійснення народом як суб'єктом управлінської діяльності в державі контролю за іншим суб'єктом цієї діяльності, яким виступає в цьому випадку Верховна Рада України або Президент. Об'єктом контролю є належне представництво інтересів народу.

Виходить, що на рівні Конституції України та поточного законодавства, яке прийнято на виконання та для реалізації положень Основного Закону, закладена концептуальна суперечність. Причому ситуація була б зрозумілою в разі суперечності лише між нормами Конституції, з одного боку, і поточного законодавства – з іншого. Але виходить, що, крім цього, колізія правових норм закладена, насамперед, у самій Конституції!

У результаті отримуємо, що в ситуації з визначенням предмета всеукраїнського референдуму обидві сторони, як ЦВК, так і представники ініціативної групи, діють на підставі закону, але внаслідок колізії конституційних норм громадяни України позбавляються можливості реалізувати свої законні права та задовольнити свідомі інтереси. У цій ситуації варто звернутися до тексту першого коментарю до

⁷²¹ Цветков В.В. Управління / В.В. Цветков // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К. : “Українська енциклопедія” імені М.П. Бажана, 2004. – Т. 6: Т–Я. – 768 с. – С. 218.

Конституції України, де відомий український правознавець-конституціоналіст В.Ф. Погорілко щодо ст. 19 зазначав, що будь-які прогалини, колізії та інші недоліки в законах мають тлумачитися й використовуватися лише на користь особи⁷²².

У цій ситуації корисним буде пригадати положення п. 23, 24 Документа Копенгагенської наради Конференції щодо людського виміру НБСЕ (29 червня 1990 р.), в якому зазначено, що країни-учасниці підтверджують, що заохочення політичних прав має першочергове значення для забезпечення людської гідності та реалізації законних бажань кожної людини; країни-учасниці гарантують, що реалізація всіх прав людини й дотримання її фундаментальних свобод не підлягатиме жодним обмеженням, крім передбачених законом, та узгоджуватиметься з обов'язками, викладеними в міжнародних законах⁷²³.

Тривалий час серед представників наукових кіл, так і в парламенті, тривала гостра дискусія щодо вдосконалення законодавства про референдуми в Україні. Зокрема, на розгляді ВРУ знаходився проект Закону України “Про всеукраїнський референдум”, поданий народним депутатом України Д.Ю. Шпенюком (реєстр. № 6278)⁷²⁴. Перша редакція цього проекту передбачала, що *предметом всеукраїнського референдуму можуть бути будь-які питання, за винятком тих, вирішення яких референдумом не допускається Конституцією України* (ч. 1 ст. 2 Проекту). Але вже після першого читання в парламенті визначення питань, що можуть становити предмет всеукраїнського референдуму, було звужено й затверджено у вигляді такої редакції: “Предметом всеукраїнського референдуму можуть бути будь-які питання за винятком тих, вирішення яких референдумом не допускається Конституцією України, *законами України*” (ч. 1 ст. 3 Проекту).

Запропонована редакція, яка передбачала обмеження предмета референдуму не лише нормами Конституції, а й законів України, як слушно зауважував народний депутат В.О. Яворівський, мала б надати можливість у подальшому звужити питання, при розгляді яких доцільно було б вислухати та врахувати безпосередньо думку Українського народу. Тому в тексті Конституції має бути прямо передбачено

⁷²² Коментар до Конституції України : науково-популярне видання / ред. кол. В.Ф. Опришко (голова). – К. : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1996. – 376 с. – С. 65.

⁷²³ Документ Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ (Копенгаген, 29 июня 1990 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_082/page.

⁷²⁴ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2311-17>.

питання, щодо яких всеукраїнський референдум за народною ініціативою не допускається, і цей перелік має бути однозначним та вичерпним.

Прийнятий 6 листопада 2012 р. новий Закон України “Про Всеукраїнський референдум” також не вирішив зазначене нами проблемне питання. Так, відповідно до положень ч. 1 ст. 3 згаданого Закону, передбачено, що предметом всеукраїнського референдуму можуть бути будь-які питання за винятком тих, вирішення яких референдумом не допускається Конституцією України, законами України.

Розмірковуючи над можливістю розширення предмета всеукраїнського референдуму в аспекті вдосконалення конституційних форм безпосередньої демократії, В.Л. Федоренко зазначає: “...питання всеукраїнського референдуму призначеного Верховною Радою та Президентом України, чітко визначаються Конституцією України. Зокрема, Верховна Рада України уповноважена призначати всеукраїнський референдум щодо вирішення питання про зміну території України (ст. 73, 85 Конституції України), а Президент України – всеукраїнський референдум про внесення змін до розділів I “Загальні засади”, розділу III “Вибори. Референдум” і розділу XIII “Внесення змін до Конституції України” Конституції України.

З огляду на сформовану Конституційним Судом України в Рішенні від 7 квітня 2004 р. № 9-рп (справа про Координаційний комітет) правову позицію, згідно з якою повноваження Верховної Ради України, як і повноваження Президента України, визначаються виключно Конституцією України, право ініціювати всеукраїнський референдум Верховною Радою України та Президентом України обмежується вищенаведеними питаннями і не може бути розширене в законодавчих актах.

У цьому випадку можливим і бажаним напрямом конституційних змін, напрацьованих Конституційною Асамблеєю, може стати розширення конституційних повноважень Верховної Ради України та Президента України щодо предмета й питань всеукраїнського референдуму, призначуваного ними. Зокрема, з огляду на створення механізму узгодження зовнішньої політики між главою держави і парламентом, було б доцільно конституювати повноваження Президента України і Верховної Ради України щодо призначення ратифікаційного референдуму, а саме консультативного всеукраїнського референдуму щодо ратифікації чи денонсації міжнародних договорів. За наслідками такого референдуму народ України фактично зобов’язує вищих поса-

дових осіб держави приєднатися до певних зобов'язань або вийти з них”⁷²⁵.

Отже, вирішуючи питання щодо визначення предмета всеукраїнського референдуму, слід, насамперед, урегулювати колізії, закладені в текст Основного Закону.

На наш погляд, це може бути нова редакція ст. 72 Конституції України у вигляді доповнення її ч. 3 такого змісту: “На всеукраїнський референдум за народною ініціативою можуть бути винесені будь-які питання, віднесені Конституцією України до відання України, за винятком тих, вирішення яких референдумом прямо заборонено Конституцією України”.

Зокрема, щодо питань, які не можуть бути предметом всеукраїнського референдуму, слід підтримати пропозицію В.Ф. Погорілка та В.Л. Федоренка, які наголошували, що з метою запобігання конфлікту між законодавчою владою та главою держави доцільно закріпити в законодавстві про всеукраїнський референдум неприпустимість предмета референдуму з питань продовження повноважень глави держави чи парламенту України поза терміни, передбачені Конституцією України⁷²⁶.

У результаті внесені зміни до Конституції, по-перше, не будуть ставити в незручне становище органи державної влади, які мають діяти лише в рамках закону всупереч принципам верховенства права, основним положенням теорії народовладдя й здоровому глузду; по-друге, не будуть створювати ситуації для негативного сприймання з боку народу порядку та способів реалізації повноважень органів державної влади й реальної можливості здійснювати управління будь-якими процесами в державі.

Хоча в зарубіжній конституційній практиці ряду країн випадки проведення референдумів з питань продовження повноважень органів влади вважається нормою. Ці питання, до речі, отримують підтримку з боку громадян. Наприклад, в 1965, 1976, 1981, 1985, 1993 та 1999 рр. у Єгипті було проведено референдуми щодо продовження повноважень президента (Єгипет можна вважати “рекордсменом” із цього питання); у 1985 р. в Пакистані було проведено референдум щодо продовження повноважень президента Зія-уль-Хака; у 1985 р. – у Сирії

⁷²⁵ Федоренко В.Л. Система конституційних форм безпосередньої демократії в Україні та перспективи її вдосконалення / В.Л. Федоренко // Актуальні проблеми публічного та приватного права : тези доповідей III Міжнародної науково-практичної конференції 3 жовтня 2012 р. / за ред. В.М. Огаренка та ін. – Запоріжжя : КПУ, 2012. – 588 с. – С. 135–140.

⁷²⁶ Погорілко В.Ф. Референдне право України : навч. посіб. / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко. – К. : Ліра-К, 2006. – 366 с. – С. 178.

щодо подовження повноважень президента Х. Асада; у 1985 р. – у Чилі щодо подовження повноважень президента А. Піночета; у 1995 р. – в Узбекистані щодо подовження повноважень президента І. Карімова; у 2002 р. – у Пакистані щодо подовження повноважень президента П. Мушаррафа; у 2002 р. – в Іраку щодо подовження повноважень президента С. Хусейна; у 2004 р. – у Венесуелі щодо подовження повноважень президента У. Чавеса. За всіма проведеними референдумами більшість громадян проголосували за винесене на обговорення питання⁷²⁷.

Порівняно з питаннями щодо подовження повноважень, питання щодо довіри органам державної влади або підтримки правлячого режиму, що не характерні для законодавства України, не так активно як перші, але все-таки застосовуються як предмет референдуму в ряді зарубіжних країн. Так, питання щодо підтримки правлячого режиму або довіри президентові чи кабінету міністрів були предметом референдумів, проведених у Чилі у 1978 р., у Пакистані у 1984 р., у Бангладеш у 1985 р., у РФ у 1993 р., у Ліберії у 1997 р.⁷²⁸

Ще Ж.-Ж. Руссо в трактатах “Про суспільний договір”⁷²⁹ обґрунтував необхідність проведення референдумів з питань довіри органам влади та чинного режиму управління. Зокрема, він наголошував на тому, що голосування народу щодо цих питань є єдиним способом запобігти захопленню влади. Ж.-Ж. Руссо наголошував на тому, що представники виконавчої влади не господарі народу, а його службовці; що народ може їх призначати та припиняти їх повноваження, коли йому завгодно. Він передбачав, що такі зміни можуть містити в собі й елемент загрози, бо дуже важко відрізнити акт правильний і законний (такий, що містить у собі загальне благо) від бунтівного хвилювання, волю народу від примх політичної фракції. Саме на таких побоюваннях ґрунтуються переваги чинної влади залишити за собою правління. Якщо робити вигляд, що правляча влада користується лише своїми правами, ці права можуть бути цією ж владою розширені й під виглядом пропозиції збереження загального спокою заважати скликанням загальних зборів. Таким чином, на думку Ж.-Ж. Руссо, чинна влада користується мовчанням, порушенню якого заважає, та безладом, який сама створює, щоб тлумачити на свою користь думки тих, кого страх змушує мовчати, і щоб покарати тих, хто намагається говорити.

⁷²⁷ Погорілко В.Ф. Референдне право України : навч. посіб. / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко. – К. : Ліра-К, 2006. – 366 с. – С. 355–363.

⁷²⁸ Там само. – С. 350–358.

⁷²⁹ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты : пер. с фр. / Жан-Жак Руссо. – М. : КАНОН-пресс-Ц, 1998. – 416 с. – С. 285–287.

Саме так усі уряди світу, одного разу наділені публічною владою, рано чи пізно присвоюють собі верховну владу.

Щоб уникнути цієї проблеми, необхідно проводити періодичні зібрання, на яких обов'язковими питаннями для голосування мають бути такі:

“Перше: Чи завгодно суверену зберегти чинну форму Правління.

Друге: Чи завгодно народу залишити управління в руках тих, на кого воно в цей час покладено.”⁷³⁰

Повністю підтримуючи побоювання та пропозиції, висловлені Ж.-Ж. Руссо щодо здійснення влади народом, хочемо наголосити на такому.

Референдуми в системі здійснення установчої виступають способами контролю за діяльністю органів державної влади та місцевого самоврядування. Референдум є єдиним способом перевірки легітимності органів влади в державі та притягнення органів або посадових осіб до конституційної відповідальності у вигляді висловлення недовіри й припинення повноважень певного органу влади або посадової особи.

Лише загальнонародний, загальнодержавний, а конкретно в Україні Всеукраїнський референдум виступає засобом перевірки дійсності установчого договору між громадянами, належної реалізації установчої влади в певному суспільстві і єдиним способом запобігти захопленню влади. При цьому предметом такого референдуму мають бути питання, по-перше, щодо згоди громадян залишати чинну форму правління; по-друге, щодо висловлення довіри представницьким органам влади в державі.

В основу дослідження питання щодо визначення предмета референдуму (дострокове припинення повноважень виборних органів державної влади – парламенту або президента) мають бути покладені такі показники, як:

- 1) *існування взаємозв'язку між суб'єктами* – сторонами правовідносин: народом (однією стороною (позивачем, або захисником своїх інтересів) – ініціатором припинення повноважень) й утвореним ним представницьким органом влади (іншою стороною (відповідачем) – органом, доля щодо подальшого статусу якого вирішується);
- 2) *об'єкт, з приводу якого виникли правовідносини;*
- 3) *сутність (природа) і призначення (мета) цього взаємозв'язку.*

⁷³⁰ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты : пер. с фр. / Жан-Жак Руссо. – М. : КАНОН-пресс-Ц, 1998. – 416 с. – С. 287.

У цій ситуації корисним буде пригадати працю К. Маркса “Проект закону про розірвання шлюбу”, в якій автор аналізував можливість розірвання (припинення) правовідносин з погляду запобігання здійсненню помилок з боку сторін цих правовідносин і ролі державних органів у цьому процесі. Він наголошував на такому: “Впевненість у тому, що умови, за яких існування будь-яких відносин не відповідає більше їх сутності, констатується правильно, без упереджених думок, відповідно до досягнутого рівня науки, так і з поглядами, що склалися в суспільстві, така впевненість, звичайно, лише тоді може мати місце, коли закон є свідомим вираженням народної волі, відповідно – коли він виникає разом з нею й нею створюється...”

Щодо шлюбу законодавець може установити лише ті умови, за яких дозволяється розірвати шлюб, тобто за яких шлюб за своєю сутністю вже є розірваним. Судове розірвання шлюбу може бути лише протоколюванням його внутрішнього розірвання. Точка зору законодавця є точкою зору необхідності. Законодавець, відповідно, поважає шлюб, визнає його глибоко-моральну сутність, якщо він вважає його достатньо сильним, щоб витримати багато колізій, не втрачаючи при цьому своєї сутності”⁷³¹.

У нашому випадку треба вирішити питання, чи має право народ, який здійснив волевиявлення й сформував представницькі органи державної влади, потім шляхом знову ж таки волевиявлення припинити повноваження сформованих органів.

Аналіз проведемо за запропонованою вище формулою: наявність взаємозв’язку між суб’єктами; об’єкт, з приводу якого виникли правовідносини; сутність (природа) і призначення (мета) зазначеного взаємозв’язку.

Народ здійснює формування представницьких органів державної влади через вибори. Тобто між народом і сформованими органами існує прямий взаємозв’язок. Основне призначення виборів – зібрати окремі частинки народного суверенітету, носієм якого є кожний громадянин держави, а потім у сконцентрованому вигляді делегувати його законно обраним представникам для здійснення суверенних прав народу, який, відповідно до ст. 5 Конституції, є носієм суверенітету та єдиним джерелом влади в державі. Об’єктом виступає влада народу (загальний інтерес), делегована від народу парламенту або президенту. Отже, за своєю природою повноваження представницьких органів – це виключні права народу, делеговані з метою здійснення пред-

⁷³¹ Маркс К. Проект закона о разводе / К. Маркс и Ф. Энгельс // Сочинения. – 2-е изд. – М., 1955. – Т. 1. – 698 с. – С. 163–164.

ставництва його інтересів і вираження настроїв суспільства в процесі прийняття державних рішень.

У разі, якщо мета формування представницьких органів не реалізується та сформований орган відходить від реалізації інтересів і настроїв суспільства, або останні під впливом певних обставин змінилися, втрачається системний взаємозв'язок у зазначених правовідносинах представництва, і відносини не відповідають більше їх сутності. Такі відносини фактично вже є розірваними. Отже, залишається лише юридично оформити припинення цих правовідносин у суспільстві у вигляді прийняття акта щодо дострокового припинення повноважень парламенту або президента. Такий акт приймається через процедуру всенародного голосування на референдумі.

У разі виникнення в суспільстві *необхідності* щодо дострокового припинення повноважень представницьких органів влади, ініційованої *народом як єдиним джерелом влади в державі*, завданням законодавця є лише визначити правовий механізм і забезпечити законність процедури волевиявлення народу з ініційованого питання.

На доцільності будь-яких форм контролю за представницькими органами влади з боку народу наголошував ще В.І. Ленін. Незважаючи на інший характер демократизму радянської держави, де було проголошено принцип безумовного підкорення трудящих мас волі однієї людини – радянського керівника⁷³², В.І. Ленін у праці “Чергові завдання Радянської влади” зазначав: “Саме близькість Рад до “народу”, трудящих створює особливі форми відкликання та іншого контролю знизу, які мають бути тепер особливо розвинуті. Наприклад, Ради народної освіти, як періодичні конференції радянських виборців та їх делегатів для обговорення й контролю за діяльністю радянських влад у зазначеній сфері, заслуговують найбільшого співчуття та підтримки. Немає нічого безглуздішого, ніж перетворення Рад на щось застигле... Чим рішучіше ми маємо стояти тепер за нещадно твердою владою, за диктатуру окремих осіб для певних процесів роботи, у певні моменти виключно виконавчих функцій, тим більш різноманітними мають бути форми й способи контролю знизу, щоб паралізувати будь-яку тіль можливість розбещення Радянської влади...”⁷³³.

У сучасних наукових дослідженнях неодноразово наголошувалося на необхідності та доцільності реальної відповідальності виборних органів влади перед виборцями. Так, зокрема, О.О. Галус, дослі-

⁷³² Ленін В.І. Очередные задачи Советской власти / В.И. Ленин // Полное собрание сочинений. – 5-е изд. – М.: Изд-во полит. лит-ры, 1969. – Т. 36. – 742 с. – С. 203.

⁷³³ Там само. – С. 206.

джуючи форми безпосереднього народовладдя в Україні, дійшла висновку, що реальна взаємодія форм безпосереднього народовладдя, державної й муніципальної влади можлива за наявності такої нормативно-правової бази, яка не лише декларативно проголошує, а й гарантує форми безпосереднього народовладдя, встановлює механізми їх реалізації. Для цього, на думку О.О. Галус, на законодавчому рівні потрібно закріпити юридичну відповідальність органів публічної влади за діяльність, яка суперечить волі народу, та механізми притягнення до неї; а на конституційному рівні потрібно передбачити підставу дострокового припинення повноважень Верховної Ради України, Президента України за рішенням всеукраїнського референдуму.⁷³⁴

Виходячи з положень теорії установчої влади народу, теорії народного суверенітету, що покладені в основу законодавства будь-якої демократичної держави, якою проголошує себе і Україна, слід наголосити на тому, що народ має право на ініціацію й вирішення будь-яких питань (виходячи з положень ст. 22 Конституції України) у межах моралі, Конституції та закону. А органи державної влади, у свою чергу, виходячи з положень ст. 19 Конституції України, якщо щодо ініційованих народом для обговорення на референдумі питань не встановлено пряму конституційну заборону, зобов'язані забезпечити реалізацію зазначеного права в межах Конституції та законів України.

Як зазначав В.Ф. Погорілко, коментуючи ст. 19 Конституції України, одним із пріоритетних має бути принцип, за яким *ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством*⁷³⁵. Тобто держава мусить бути гарантом не лише належної реалізації *передбачених* Конституцією та законами прав і свобод людини і громадянина, а й *гарантом захисту від зловживання та вольових рішень органів державної влади*. Органи державної влади *повинні діяти виключно в межах*, визначених відповідними видами правових норм. *Їхня діяльність*, на переконання В.Ф. Погорілка, *має бути максимально повно й точно визначена, врегульована, регламентована*, щоб запобігти можливості з будь-яких причин завдати шкоди особі, суспільству чи державі.

Отже, у разі відсутності *прямої* конституційної заборони не використовувати органи конституційної юрисдикції з метою звуження прав, закріплених у поточному законодавстві, визначаючи їх такими,

⁷³⁴ Галус О.О. *Форми безпосереднього народовладдя в Україні* : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / О.О. Галус. – К., 2012. – 21 с. – С. 14.

⁷³⁵ Коментар до Конституції України : науково-популярне видання / ред. кол. В.Ф. Опришко (голова). – К. : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1996. – 376 с. – С. 64.

що *опосередковано* суперечать положенням Основного Закону. А в разі, якщо для ініційованого народом питання не розроблено механізму реалізації, розробити такий механізм. Але для запобігання можливим маніпуляціям з боку держави думкою народу, механізм втілення в життя певного рішення має бути законодавчо визначений до проведення всенародного голосування з ініційованого народом питання.

У цій ситуації не зайвим буде пригадати пропозиції Парламентської Асамблеї Ради Європи, яка у своїй Резолюції № 1121 (1997) “Про інструменти участі громадян у представницькій демократії” закликала держави – члени Ради Європи “вдосконалити свою систему представницької демократії шляхом встановлення балансу між відповідальністю державної влади та роллю громадян у процесі прийняття рішень. За відсутності такого балансу буде неможливо запобігти як підризу впевненості у представницькій системі, так і непередбаченому використанню частих референдумів, яке робитиме проведення будь-якої довготривалої політики, заснованої на фундаментальних питаннях дискусії, безсистемним, неефективним, або навіть неможливим”⁷³⁶.

Л.М. Шипілов наголошував, що обов’язковим є проведення всеукраїнського референдуму у випадку прийняття (скасування) Конституції або внесення змін до розділів, які закріплюють конституційний лад у державі⁷³⁷. У цьому випадку, як зазначав дослідник, референдум виступає атрибутом безпосередньої реалізації волі народу у вигляді установчої функції народовладдя. При цьому прийняття (скасування) та внесення змін до Конституції України передбачає збалансованість дій Президента України, народних депутатів України, Верховної Ради України при реалізації волі народу як носія суверенітету і єдиного джерела влади в Україні.

Погоджуючись з думкою автора щодо обов’язковості конституційного референдуму, який у цьому випадку підтверджує проголошену в Конституції України тезу про те, що народ є носієм суверенітету та єдиним джерелом влади в Україні, слід разом з тим наголосити і на, так би мовити, “зворотному боці медалі”.

Так, Є.А. Тихонова і О.І. Ющик наголошували, що “конституційний референдум не завжди дає позитивний результат. Наприклад, в Албанії в листопаді 1994 р. проти запропонованого проекту конституції проголосували 53,9% громадян, що взяли участь у голо-

⁷³⁶ пп. “і” п. 15 Резолюції.

⁷³⁷ Шипілов Л.М. Принцип народовладдя і його здійснення в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Леонтій Миколайович Шипілов. – Х., 2004. – 208 с. – С. 147–148.

суванні. Не можна однозначно оцінити результати конституційного референдуму в Росії, що відбувся 12 грудня 1993 р. На референдум був винесений проект Конституції, який не одержав підтримки кваліфікованою більшістю голосів у парламенті. Фактично народ повинен був приймати не стільки юридичне як політичне рішення: чи підтримує він президентську владну структуру або парламент? Конституція була прийнята, однак її легітимність не здається переконливою – тільки 31% громадян з правом голосу схвалили Основний Закон держави. Водночас у Литві, Естонії, Таджикистані та Румунії проекти конституцій виносилися на референдум після одержання кваліфікованої більшості голосів у парламентах і були схвалені громадянами. Таким чином, новітній досвід конституційних референдумів свідчить про те, що позитивного результату можна очікувати за умови, що в суспільстві панує певна соціальна злагода і відсутнє гостре політичне протистояння всередині верховної влади.”⁷³⁸

На високому конфліктогенному потенціалі конституційних та ратифікаційних референдумів наголошував також Ю.Г. Барабаш. Дослідник зазначав, що на тлі практично безпроблемного вирішення питання ратифікації Лісабонської угоди парламентами 18 країн – членів ЄС громадяни Ірландії висловились проти цієї угоди на спеціальному референдумі, проведеному 12 червня 2008 р. в Ірландії. Причину цього автор вбачає не тільки в особливому ставленні ірландців до посилення інтеграційних процесів (зокрема, через неможливість органів влади ЄС виправити ситуацію зі зростанням цін на паливо та продукти харчування), а й поступовій зміні підходів як владних структур, так і самих виборців до інститутів плебісцитарної демократії.

Повертаючись до аналізу ірландського референдуму 2008 р., варто також згадати про те, продовжує Ю.Г. Барабаш, що стало причиною зупинення процесу конституційного реформування в об’єднаній Європі. Мається на увазі процес прийняття Конституції для Європи в 2005 р. Причиною ж стали результати двох референдумів, у Франції та Нідерландах, на яких виборці висловились проти прийняття конституційного акта (у Франції “проти” проголосувало 54,8%, у Нідерландах – 62%). При цьому, як зазначає дослідник, громадяни двох інших країн – членів ЄС сказали на референдумах “так” Конституції Європи: в Іспанії підтримали Конституцію 76,73% учасників референдуму, у Люксембурзі – 56,52%. Разом з тим саме референдуми “французького” та “голландського” гатунку стали основною перепорою на шляху якісних перетворень у державному будівництві на Єв-

⁷³⁸ Тихонова Є. Прийняття нової Конституції України – на законну основу / Є. Тихонова, О. Ющик // Віче. – 1996. – № 1. – С. 4–8. – С. 7–8.

ропейському континенті, на думку автора.⁷³⁹ Подібні випадки “негативного” проведення ратифікаційних референдумів непоодинокі. Із цього приводу можна пригадати перший референдум щодо ратифікації Маастрихтської угоди, що відбувся в 1992 р. в Данії і не дав очікуваного результату: проти ратифікації виступили 50,7% данців, які взяли участь у референдумі (хоча в 1993 р. на повторному референдумі в Данії з цього самого питання 56,8% громадян проголосували за ратифікацію)⁷⁴⁰.

Отже, у результаті проведеного дослідження щодо питання дострокового припинення повноважень представницьких органів влади як предмета всеукраїнського референдуму резюмуємо таке. По-перше, в українському суспільстві постійно виникає інтерес щодо винесення цього питання для всенародного обговорення, а завданням органів державної влади є представляти суспільний інтерес і створювати умови для його реалізації. По-друге, цілком логічним є те, що суб’єкт (тобто народ), який створив певний орган влади (у нашому випадку це парламент або президент) повинен мати право й припинити його повноваження. По-третє, якщо втрачається зв’язок представництва інтересів народу в діяльності парламенту або президента, вони втрачають сутність представницьких органів влади, а це їх головне призначення. Якщо ці інституції мають низький ступінь довіри з боку населення (порівняно з моментом їх формування), вони втрачають свою легітимність. Тобто відповідні інституції стають “мертвими” для суспільства. Отже, закономірним має бути юридично оформити припинення їх існування як таких, що втратили свою сутність і головне – призначення.

4.3.2. Референдум Автономної Республіки Крим та місцеві референдуми як форма здійснення установчої влади

Історико-правові дослідження у сфері конституційно-правової регламентації питань організації та проведення місцевих референдумів і референдуму Автономної Республіки Крим можна віднести до того масиву проблем, вирішенню яких приділено недостатню увагу. Хоча предметні наукові розробки питань організації й проведення референдуму Автономної Республіки Крим та місцевих референдумів як форм здійснення установчої влади у вітчизняній науковій думці

⁷³⁹ Барабаш Ю.Г. Державно-правові конфлікти на сучасному етапі державотворення: конституційно-правовий аспект : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.02 / Юрій Григорович Барабаш. – Х., 2009. – 415 с. – С. 275–276.

⁷⁴⁰ Погорілко В.Ф. Референдне право України : навч. посіб. / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко. – К. : Ліра-К, 2006. – 366 с. – С. 354–355.

поки що відсутні, окремі аспекти зазначеної проблематики розглядаються як складова досліджень щодо конституційно-правових форм безпосередньої демократії⁷⁴¹, референдного права України⁷⁴² або конституційно-правового статусу Автономної Республіки Крим⁷⁴³.

Загалом питанням історії та теорії реалізації форм безпосередньої демократії в Україні, у тому числі референдумів, присвячені праці О.В. Батанова, Т.А. Костецької, Л.Т. Кривенко, О.Г. Мурашина, В.Ф. Погорілка, М.І. Ставнійчук, Ю.М. Тодици, В.Л. Федоренка, В.М. Шаповала, М.В. Цвіка та ряду інших правознавців.

Незважаючи на вагомий внесок вітчизняних державознавців у сфері дослідження та вдосконалення конституційно-правових форм безпосередньої демократії в Україні, питання реалізації законодавства України про референдуми на території АРК і місцеві референдуми в Україні, а також аналізу порядку ініціювання, організації і проведення референдумів в Україні, зокрема як форми здійснення установчої влади, залишаються відкритими.

Реальний, законодавчо визначений механізм перевірки легітимності органів або посадових осіб існує поки що на рівні здійснення місцевого самоврядування. Нормативно-правова регламентація цього механізму визначена Законом України “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР⁷⁴⁴ та донедавна (як ми вже наголошували у підроділі 3.3) визначалася Законом України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” від 3 липня 1991 р. № 1286-ХІІ⁷⁴⁵.

⁷⁴¹ Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики. До 10-ї річниці незалежності України. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. – 356 с.

⁷⁴² Погорілко В.Ф. Референдуми в Україні: історія та сучасність: монографія / В.Ф. Погорілко. – К., 2000; Погорілко В.Ф. Референдне право України: навч. посіб. / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко. – К.: Ліра-К, 2006. – 366 с.; Виборче право України: навч. посіб. / за ред. В.Ф. Погорілка, М.І. Ставнійчук. – К.: Парламентське вид-во, 2003. – 383 с.

⁷⁴³ Копиленко О.Л. Автономна Республіка Крим: проблеми правового статусу: монографія / О.Л. Копиленко. – К.: Таксон, 2002. – 342 с.; Семак В.И. Конституция Автономной Республики Крым: учеб. пособ. (часть первая) / В.И. Семак, В.Ф. Дубровский, И.Е. Парчишева. – Симферополь: Таврида, 1999. – 173 с.; Федоров А.Б. Правовой статус Крыма. Правовой статус Севастополя / А.Б. Федоров. – М.: Изд-во МГУ, 1999. – 56 с.; Мешков Ю.А. Конституционно-правовой статус Республики Крым: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 / Ю.А. Мешков. – М., 2000. – 218 с.

⁷⁴⁴ Закон України “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

⁷⁴⁵ Закон України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” від 3 липня 1991 р. № 1286-ХІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [//zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi? page=2&user=1239870492680093](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi? page=2&user=1239870492680093).

Відповідно до положень ч. 1, 2 ст. 75 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, органи та посадові особи місцевого самоврядування є підзвітними, підконтрольними і відповідальними перед територіальними громадами. *Територіальна громада в будь-який час може достроково припинити повноваження органів та посадових осіб місцевого самоврядування, якщо вони порушують Конституцію або закони України, обмежують права і свободи громадян, не забезпечують здійснення наданих їм законом повноважень.*

Зокрема, згідно із ч. 2, 3, 4 ст. 79 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, *територіальна громада має право достроково припинити повноваження сільського, селищного, міського голови за рішенням місцевого референдуму.* Підставою для дострокового припинення повноважень голови може бути:

- порушення ним Конституції або законів України;
- порушення прав і свобод громадян;
- незабезпечення наданих йому повноважень.

Рішення про проведення місцевого референдуму щодо дострокового припинення повноважень сільського, селищного, міського голови приймається сільською, селищною, міською радою на вимогу не менш як однієї десятої частини громадян, що проживають на відповідній території і мають право голосу.

Також за рішенням місцевого референдуму *територіальна громада має право достроково припинити повноваження відповідної місцевої ради.* Так, відповідно до положень ч. 1, 2, 3 ст. 78 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, повноваження сільської, селищної, міської, районної у місті, районної, обласної ради можуть бути достроково припинені у випадках:

– якщо рада прийняла рішення з порушенням Конституції України, законів, прав і свобод громадян, ігноруючи при цьому вимоги компетентних органів про приведення цих рішень у відповідність із законом;

– якщо сесії ради не проводяться без поважних причин у строки, встановлені Законом України “Про місцеве самоврядування в Україні”, або рада не вирішує питань, віднесених до її відання.

За наявності зазначених підстав і на вимогу не менш як однієї десятої частини громадян, що проживають на відповідній території і мають право голосу, призначається місцевий референдум з питання щодо дострокового припинення повноважень ради.

Історико-правові аспекти організації та проведення референдумів АРК. Питання організації й проведення референдумів у межах

автономії, а також імплементації їх результатів завжди належали до ряду проблемних.

Зокрема, можна пригадати, що ще 20 січня 1991 р. на території Автономної Республіки Крим (на той час це була Кримська область у складі Радянського Союзу) було проведено Загальнокримський референдум, у якому взяло участь 81,37% населення Криму, з яких на запитання “Ви за повернення статусу Кримської АСРР як суб’єкта Союзу та учасника Союзного договору?” відповіли позитивно 93,26% учасників, а 97% севастопольців підтримали статус Севастополя як міста союзно-республіканського підпорядкування, головної бази Чорноморського флоту⁷⁴⁶. За формулюванням тодішнього заступника голови Кримської облради народних депутатів, учасники референдуму висловилися за державність. 24 січня 1991 р. сесія Кримської облради затвердила результати референдуму і прийняла звернення до Верховної Ради УРСР з пропозицією внести відповідні зміни до Конституції УРСР, які б підтверджували результати референдуму. Верховна Рада УРСР 12 лютого 1991 р. визнала кримський референдум чинним, прийнявши закон, за яким було *відновлено Кримську АРСР у складі України*. За це рішення проголосували 253 народних депутати з тих 355, які взяли участь у поіменному голосуванні⁷⁴⁷. Воля населення Криму, виражена на проведеному референдумі, була реалізована лише частково. Місто Севастополь отримало спеціальний статус, а ось статус Кримської АСРР було повернуто, але в складі УРСР⁷⁴⁸.

Наслідки імплементації рішень Загальнокримського референдуму 1991 р. і досі впливають на відносини Автономної Республіки Крим з вищими органами влади України та використовуються для обґрунтування й ініціації певними політичними силами питання щодо зміни правового статусу Криму^{749, 750}. Для врегулювання відповідних

⁷⁴⁶ Никифоров А.Р. Крым. Автономная республика в составе Украины [Электронный ресурс] / А.Р. Никифоров. – Режим доступа: <http://crimea-portal.gov.ua/index.php?v=7&tek=97&art=77>; Федоров А.Б. Правовой статус Крыма. Правовой статус Севастополя / А.Б. Федоров. – М. : Изд-во МГУ, 1999. – С. 17.

⁷⁴⁷ Тищенко Ю. Мовний референдум в АРК: до історії питання [Електронний ресурс] / Ю. Тищенко. – Режим доступу: <http://www.mediareform.com.ua/article.php?articleID=1351>.

⁷⁴⁸ Федоров А.Б. Правовой статус Крыма. Правовой статус Севастополя / А.Б. Федоров. – М. : Изд-во МГУ, 1999. – 56 с. – С. 16.

⁷⁴⁹ Див. напр.: В Крыму прошла акция с требованием проведения референдума о независимости [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.russkie.org/index.php?module=fullitem&id=10808.

⁷⁵⁰ Восени 2008 р. до ЦВК надійшло подання про реєстрацію ініціативної групи всеукраїнського референдуму за народною ініціативою щодо винесення на референдум питання в такому формулюванні: “Чи згодні Ви проголосувати за ухвалення Закону

питань у 2003 р. було прийнято Рішення Конституційного Суду України, в якому визначено позицію “центру” стосовно зазначеного питання. А саме: встановлено, що проведений 20 січня 1991 р. у Кримській області місцевий референдум мав на меті з’ясування громадської думки населення Кримської області з питання відновлення Кримської Автономної Радянської Соціалістичної Республіки. *За правовими наслідками результати такого референдуму мали консультативний характер* і не були обов’язковими до виконання органами державної влади Української РСР, що існували на той час. Крім того, на референдумі 20 січня 1991 р. не порушувалося питання про зміну меж території Кримської області, а визначалося ставлення її населення до можливого статусу Кримської області як автономії. Питання про відновлення Кримської АРСР згідно з Конституцією (Основним Законом) Української РСР від 20 квітня 1978 р. та Декларацією про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. на той час уповноважена була вирішувати тільки Верховна Рада Української РСР⁷⁵¹.

За часи незалежності України на території АРК неодноразово ініціювалися республіканські референдуми. Так, ще в квітні 1992 р. на території автономії було зібрано 247 тис. підписів за проведення референдуму щодо незалежності Криму (закон про референдум Республіки Крим вимагав наявності 180 тис. підписів). На референдум пропонувалися запитання такого характеру: “Ви за незалежний Криму в союзі з іншими державами?” та “Ви підтримуєте акт про державну самостійність Республіки Крим?” У травні 1992 р. Верховна Рада Республіки Крим прийняла постанову про призначення загальнокримського референдуму на 2 серпня 1992 р., але вже в липні Верховна Рада

України “Про зміну автономного статусу Автономної Республіки Крим на обласний, скасування спеціального статусу міста Севастополя та внесення відповідних змін до Конституції та деяких законодавчих актів України”, якими передбачено зміну автономного статусу Автономної Республіки Крим на обласний та скасування спеціального статусу міста Севастополя?”. ЦВК відхилила подання посилаючись на ознаки підроблення документів проведених зборів, внесення до них завідомо неправдивих відомостей. Див.: ЦВК відмовила в реєстрації ініціативної групи всеукраїнського референдуму / Відділ взаємодії із засобами масової інформації Секретаріату Центральної виборчої комісії. 17.12.2008; 29.12.2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cvk.gov.ua/news/>.

⁷⁵¹ Див.: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень Конституції АРК та закону України “Про затвердження Конституції АРК” (справа про Конституцію АРК) від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – № 5. – С. 92. – Ст. 192, код акта 24288/2003.

Республіки Крим прийняла безстроковий мораторій на свою постанову про призначення референдуму⁷⁵².

У 1995 р. на референдум запропонували винести питання про Конституцію АРК. Те саме повторилось у 1996 р. А в 1998 р. до порядку денного сесії Верховної Ради АРК було внесено питання про проведення всекримського референдуму з приводу підтримки Конституції від 6 травня 1992 р. і надання російській мові статусу державної⁷⁵³.

У жовтні 2005 р. кримський блок “За Януковича”, до складу якого входять Партія регіонів України, Руський блок і Російська громада Криму, ініціював проведення загальнокримського консультативного референдуму про статус російської мови в Криму. Наприкінці грудня 2005 р. кримська республіканська організація Партії регіонів прийняла рішення провести Всекримський консультативний референдум про надання російській мові статусу другої державної. Верховна Рада Автономної Республіки Крим 22 лютого 2006 р. ухвалила Постанову “Про призначення республіканського (місцевого) консультаційного референдуму з ініціативи громадян України, які постійно проживають в Автономній Республіці Крим”. Згідно з п. 2 Постанови, на референдум буде винесено таке запитання: “Ви за надання російській мові статусу другої державної?” Референдум був призначений на 26 березня 2006 р. За ухвалення цієї Постанови проголосувало 53 з 62 присутніх у залі депутатів Верховної Ради АРК, а 5 січня блок “За Януковича” розпочав збір підписів кримчан за проведення кримського консультативного референдуму про статус російської мови. Кампанію було завершено 5 лютого. Загалом було зібрано 300 тис. підписів.

На невідповідності Конституції України запитання, що пропонували обговорювати на цьому референдумі, наголошували представники як вищих і центральних органів влади України, так і органів АРК, зокрема: Міністерства юстиції України, Представника Президента України в АРК, прокуратури Автономної Республіки Крим, Ради Міністрів АРК⁷⁵⁴. Зокрема, зазначалося, що це запитання, відповідно

⁷⁵² Федоров А.Б. Правовой статус Крыма. Правовой статус Севастополя / А.Б. Федоров. – М. : Изд-во МГУ, 1999. – 56 с. – С. 17, 18.

⁷⁵³ Тищенко Ю. Мовний референдум в АРК: до історії питання [Електронний ресурс] / Ю. Тищенко. – Режим доступу: <http://www.mediareform.com.ua/article.php?articleID=1351>.

⁷⁵⁴ Див. напр.: Минюст считает незаконным крымский референдум [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.imperia.net.ua/fullscreen7701n.html>; Хоменко В. Спершу плебісцит, потім бюджет. І... прокурорський протест / В. Хоменко // Голос України. – 2006. – № 37 (3787); Прокуратура Крыма требует отменить референдум о статусе русского языка [Електронний ресурс]. – Режим доступу: obkom.net.ua/news/2006-02-23/0810.shtml; Председатель Совета министров Автономной Республики Крым Анатолий Бурдюгов заявил о том, что вопрос проведения в Крыму консультативного референдума о статусе русского языка – это “популизм чистой воды” [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.crimea-portal.gov.ua/index.php?v=1&tek=1&art=6726.

до ст. 3-1, 46 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”, не є предметом як обов’язкового, так і консультативного республіканського референдуму. Відповідно до ст. 5, 10, 156 Конституції України, вони можуть бути вирішені лише на всеукраїнському референдумі. Згідно зі ст. 138 Конституції України і ст. 18 Конституції АРК, питання щодо визначення статусу державної мови не належить до відання АРК, у зв’язку із чим проведення таких референдумів АРК не допускається, а їх результати визнаються такими, що не мають юридичної сили (ст. 6-1 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”).

Конституційно-правове регулювання референдуму АРК: сучасний стан. Загалом питання організації та проведення референдуму АРК врегульовані за національним законодавством Конституцією України, Законом України “Про Центральну виборчу комісію” 2004 р., Законом України “Про місцеве самоврядування” 1997 р., Рішеннями Конституційного Суду України, Конституцією Автономної Республіки Крим, актами Центральної виборчої комісії та іншими джерелами референдного права (до набуття чинності Закону України “Про всеукраїнський референдум” № 5475-VI від 6 листопада 2012 р. також були врегульовані Законом України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” 1991 р.).

Референдум Автономної Республіки Крим вважають суто українським різновидом місцевого референдуму⁷⁵⁵, часто його називають республіканським. Особливості та основні характерні риси цього виду референдумів можна визначити, беручи за основу сформульовані В.Ф. Погорілком, В.Л. Федоренком⁷⁵⁶ та О.В. Батановим⁷⁵⁷ поняття місцевого референдуму й ґрунтуючись на положеннях Конституції України, Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”, Конституції Автономної Республіки Крим.

За своєю суттю референдум Автономної Республіки Крим (республіканський референдум) є формою безпосередньої прямої локальної (місцевої) демократії, здійснення місцевої публічної влади безпо-

⁷⁵⁵ Батанов О.В. Місцеві референдуми та інші форми безпосередньої демократії в місцевому самоврядуванні / О.В. Батанов // Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики. До 10-ї річниці незалежності України. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. – С. 171–173.

⁷⁵⁶ Погорілко В.Ф. Референдуми в Україні: історія та сучасність : монографія / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко. – К., 2000. – С. 163.

⁷⁵⁷ Батанов О.В. Функції територіальних громад як суб’єктів місцевого самоврядування в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / О.В. Батанов. – К., 2000. – С. 11–12.

середньо територіальними громадами в межах Автономної Республіки Крим.

За змістом референдум Автономної Республіки Крим (республіканський референдум) – це безпосереднє вирішення громадянами України, що постійно проживають на території Автономної Республіки Крим, питань республіканського значення, які ґрунтуються на спільних інтересах членів територіальних громад Автономної Республіки Крим, віднесених Конституцією України, законами України та Конституцією Автономної Республіки Крим до предметів відання Автономної Республіки Крим.

Згідно зі ст. 3-1 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”, предметом республіканського (Автономної Республіки Крим) референдуму могли бути прийняття, зміна або скасування рішень з питань, віднесених законодавством України до відання Республіки Крим.

Аналіз ст. 6 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” давав змогу зазначати, що не могли бути предметом республіканського референдуму питання про скасування законних рішень вищих органів державної влади і органів влади АРК; питання, віднесені до відання органів суду і прокуратури; питання, пов’язані з обранням, призначенням і звільненням посадових осіб, що належать до компетенції Верховної Ради АРК та її виконавчих і розпорядчих органів.

Результати референдуму АРК встановлюються й заносяться до протоколу на засіданні відповідної комісії АРК з референдуму. Протокол з результатами підрахунку голосів або результатами референдуму підписується головою, заступниками голови, секретарем і членами відповідної комісії з референдуму. Відповідна комісія з референдуму може визнати результати референдуму недійсними через допущені в ході голосування або під час підрахунку голосів порушення Закону.

Актом республіканського референдуму (згідно зі ст. 41 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”) *визначалося рішення, яке вважалося ухваленим громадянами, якщо за нього було подана більшість голосів громадян від числа тих, хто взяв участь у референдумі. Референдум визнавався таким, що не відбувся, якщо в ньому взяло участь менше ніж половина громадян, внесених у списки для голосування.*

Повідомлення про результати референдуму публікуються відповідною комісією не пізніше як на десятий день після референдуму.

Відповідно до ст. 44 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”, визначалося, що рішення, прийняті референдумом, оприлюднюються у встановленому законодавством України порядку опублікування правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим і вводяться в дію з моменту їх опублікування, якщо в самому рішенні не визначено інший строк.

Датою прийняття рішення вважався день проведення референдуму.

Залежно від того, який вид республіканського референдуму проводився (обов’язковий чи консультативний), рішення референдуму АРК могли мати, відповідно, обов’язковий або консультативний характер.

Змінити або скасувати рішення референдуму АРК, відповідно до ст. 45 Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”, можна було на новому референдумі, який міг був бути проведений не раніше ніж через рік (ст. 9 Закону), після проведення попереднього референдуму із цього самого питання. Змінити або скасувати рішення референдуму мала право і Верховна Рада АРК (більшість не менш як дві третини від загальної кількості депутатів), але з обов’язковим затвердженням на референдумі, який мав відбутися впродовж шести місяців з дня внесення зміни або скасування.

Акти республіканського референдуму мають вищу юридичну силу щодо актів Верховної Ради АРК, Ради Міністрів АРК та актів органів місцевого самоврядування, що прийняті на території автономії (відповідно до ч. 3 ст. 1 зазначеного Закону). На думку О.Г. Мурашина⁷⁵⁸, правовим актом прямої демократії можна скасувати чи призупинити дію акта, який має меншу юридичну силу. Відповідно, враховуючи цю позицію, актом республіканського референдуму можна скасувати чи призупинити дію актів Верховної Ради АРК, Ради Міністрів АРК та актів органів місцевого самоврядування.

Акти республіканського референдуму не потребують затвердження органами державної влади України та органами влади АРК.

Зазначена конституційно-правова регламентація порядку організації і проведення референдуму АРК не позбавлена недоліків. “Колізійність” та “нежиттєздатність” норм основного після Конституції України акта, за яким здійснюється організація референ-

⁷⁵⁸ Мурашин О.Г. Акти прямого народовладдя : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / О.Г. Мурашин. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. – 420 с. – С. 22.

думів (тобто за часів чинності Закону України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” від 3 липня 1991 р.), були першочерговими проблемами розвитку референдного законодавства України. Про вдосконалення цього Закону впродовж усього періоду його застосування постійно триває розмова як у наукових колах, так і в парламенті⁷⁵⁹. Але поки що це питання так і залишається відкритим. Тим більше, воно ускладнене тепер взагалі відсутністю спеціального законодавчого регулювання порядку організації і проведення референдуму АРК, бо прийняття 6 листопада 2012 р. Закону України “Про всеукраїнський референдум” № 5475-VI (яким, як ми вже занадали було визначено, що з дня його офіційного оприлюднення (тобто з 28 листопада 2012 р.) визнано таким, що втратив чинність, Закон України “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” від 3 липня 1991 р. № 1286-XII) позбавило громадян України спеціально визначеного порядку організації і проведення референдумів АРК.

4.3.3. Інші форми здійснення установчої влади народом

Правові форми здійснення установчої влади народом. Вибори й референдуми, можливо, у зв’язку з їх прямою конституційною регламентацією та порівняно чітко встановленою процедурою, є найбільш вживаними й впливовими формами реалізації установчої влади. Це пояснюється також обов’язковістю принципу періодичних виборів та обов’язковістю вирішення певних питань державного або місцевого значення через референдум. Але ці дві форми є далеко не єдиними в системі реалізації установчої влади через інститути безпосередньої демократії в Україні⁷⁶⁰.

До інших форм здійснення установчої влади народом, закріплених у чинному законодавстві України, можна віднести: референдну ініціативу щодо проведення всеукраїнського референдуму (ст. 72 Конституції України); загальні збори громадян (ст. 8 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”); місцеві ініціативи (ст. 9 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”); громадські

⁷⁵⁹ Див. напр.: Ганжа Н.В. Критичний аналіз концептуальних положень законопроектів про референдуми в Україні / Н.В. Ганжа // Правова держава: історія, сучасність та перспективи формування в Україні : Всеукраїнська науково-практична конференція, 24 квітня 2009 р., Запоріжжя : матеріали : у 2 ч. – Запоріжжя : Юридичний ін-т ДДУВС, 2009. – Ч. I. – С. 42–44; Дерев’янка С. Обмеження предмета всеукраїнського референдуму: проблеми правового регулювання / С. Дерев’янка // Вісник Центральної виборчої комісії. – 2008. – № 3 (13). – С. 96–102.

⁷⁶⁰ Максакова Р.Н. Институты народной законодательной и местной инициативы в системе форм осуществления учредительной власти в Украине / Р.Н. Максакова // Вопросы экономики и права. – 2012. – № 11 (53). – С. 18–21.

слухання (ст. 13 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”); збори громадян у м. Київ (ст. 8 Закону України “Про столицю України – місто-герой Київ” 1999 р.); відкликання депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів (ч. 2 ст. 78, ч. 3 ст. 79 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”).

У системі безпосереднього народовладдя за допомогою цих форм здійснюється ініціювання щодо необхідності конституювання фактично існуючих інститутів у політичній системі суспільства або необхідності внесення змін у правове регулювання законодавчо встановлених і визначених конституційно-правових відносин; ініціювання необхідності заміни кадрового складу органів публічної влади тощо.

Слід звернути увагу, що не всі перелічені форми здійснення установчої влади народом є законодавчо визначеними та законодавчо допустимими. Серед “дозволених” і законодавчо врегульованих форм в Україні окремо слід виділити загальні збори громадян за місцем проживання або збори виборців та збори (конференції) об’єднань громадян чи їхніх місцевих осередків.

Загальні збори громадян або збори виборців та збори (конференції) об’єднань громадян чи їхніх місцевих осередків. На термінологічній плутанині вживання цих понять, відсутності нормативного визначення, а також вживання в різних законодавчих актах різної термінології щодо загальних зборів неодноразово наголошували науковці⁷⁶¹, а на практиці це спричинює певні труднощі, пов’язані з організацією та проведенням зборів.

Відповідно до положень ст. 1 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, загальні збори громадян за місцем проживання – це зібрання всіх чи частини жителів села (сіл), селища, міста для вирішення питань місцевого значення. Рішення загальних зборів громадян враховуються органами місцевого самоврядування в їх діяльності (п. 2 ст. 8 Закону).

Історична практика, як зазначають автори науково-практичного коментаря до Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” В.Е. Теліпко і С.А. Панасюк, свідчить, що загальні збори громадян є однією з наймасовіших форм безпосередньої демократії. Вони найбільш доступні для громадян і є одним із засобів їх самоорганізації.

⁷⁶¹ Батанов О.В. Загальні збори громадян за місцем проживання / О.В. Батанов, В.Д. Полтавець, Т.Д. Щербань // Актуальні проблеми становлення та розвитку місцевого самоврядування в Україні : кол. монографія / В.О. Антоненко, М.О. Баймуратов, О.В. Батанов та ін. ; за ред.: В.В. Кравченка, М.О. Баймуратова, О.В. Батанова. – К. : Атіка, 2007. – 864 с. – С. 440.

Забезпечуючи громадянам можливість поєднання колективного обговорення питань і прийняття рішень з їх особистою активністю та ініціативою, які виявляються в їх питаннях, виступах, участі в голосуванні, загальні збори відіграють важливу роль у системі місцевого самоврядування, є формою залучення громадян до здійснення найрізноманітніших управлінських функцій⁷⁶².

За визначенням П.А. Трачука, під місцевими зборами громадян слід розуміти організаційно-правову форму участі громадян у вирішенні публічних справ місцевого значення шляхом відкритого обговорення та узгодження рішень між громадянами й органами та посадовими особами місцевого самоврядування, зворотних зв'язків між ними⁷⁶³.

Збори як інститут безпосередньої демократії в місцевому самоврядуванні виконують ряд специфічних функцій: політичну, дорадчу, інформаційну, контрольну, культурну тощо. Зокрема, збори як спосіб здійснення установчої влади в межах певної території виявляють себе через політичну та контрольну функції. Так, політична (організаційна) функція, як зазначають О.В. Батанов, В.Д. Полтавець і Т.Д. Щербань, пов'язана з формуванням різних муніципальних або інших громадських структур, а саме утворенням органів самоорганізації населення, ініціативних груп виборців з висування претендента на кандидата в Президенти України, ініціативних груп всеукраїнського та місцевого референдумів тощо⁷⁶⁴.

Збори виборців та збори (конференції) об'єднань громадян чи їхніх місцевих осередків у системі здійснення установчої влади подібно до місцевих референдумів виступають способом перевірки легітимності представників територіальної громади в органах місцевого самоврядування та способом притягнення їх до конституційної відповідальності у вигляді відкликання депутата місцевої ради. У цьому випадку реалізується контрольна функція зборів.

⁷⁶² Теліпко В.Е. Науково-практичний коментар Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” / В.Е. Теліпко, С.А. Панасюк. – К. : Центр учбової літератури, 2011. – 400 с. – С. 32–33.

⁷⁶³ Трачук П.А. Участь громадян України у місцевому самоврядуванні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Петро Антонович Трачук. – К., 2003. – 244 с. – С. 137.

⁷⁶⁴ Батанов О.В. Загальні збори громадян за місцем проживання / О.В. Батанов, В.Д. Полтавець, Т.Д. Щербань // Актуальні проблеми становлення та розвитку місцевого самоврядування в Україні : кол. монографія / В.О. Антоненко, М.О. Баймуратов, О.В. Батанов та ін. ; за ред.: В.В. Кравченка, М.О. Баймуратова, О.В. Батанова. – К. : Атіка, 2007. – 864 с. – С. 442.

Відкликання депутата місцевої ради. Підстави та процедура відкликання депутата місцевої ради регламентовані положеннями Розділу V Закону України “Про статус депутатів місцевих рад”⁷⁶⁵ від 11 липня 2002 р. № 93-IV, Закону України “Про Верховну Раду Автономної Республіки Крим”⁷⁶⁶ від 10 лютого 1998 р. № 90/98-ВР та Положенням про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні⁷⁶⁷, затверджене Постановою ВРУ від 17 грудня 1993 р. № 3748-ХІІ.

Зокрема, *за рішенням зборів виборців, зборів (конференціях) об’єднань громадян чи їхніх місцевих осередків територіальна громада може припинити повноваження окремих депутатів місцевої ради.* Так, відповідно до положень ст. 37 Закону України “Про статус депутатів місцевих рад”, підставами для відкликання виборцями обраного ними депутата сільської, селищної, міської, районної у місті, районної, обласної ради можуть бути:

- порушення депутатом місцевої ради положень Конституції і законів України, що встановлено судом;
- пропуск депутатом місцевої ради протягом року більше ніж половини пленарних засідань ради або засідань постійної комісії, невиконання ним без поважних причин рішень і доручень ради та її органів;
- невідповідність практичної діяльності депутата місцевої ради основним принципам і положенням його передвиборчої програми.

Останню підставу, як наголошує Ю.Г. Барабаш, після проведення чергових місцевих виборів 31 жовтня 2010 р. буде досить проблематично використати, оскільки передвиборча програма не мала подаватись до територіальних комісій для реєстрації кандидатами в депутати⁷⁶⁸.

Відповідно до положень ст. 7 Закону України “Про Верховну Раду Автономної Республіки Крим”, підставами для відкликання ви-

⁷⁶⁵ Закон України “Про статус депутатів місцевих рад” від 11 липня 2002 р. № 93-IV // Урядовий кур’єр. – 2002. – № 140. – С. 9–11.

⁷⁶⁶ Закон України “Про Верховну Раду Автономної Республіки Крим” від 10 лютого 1998 р. № 90/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 29. – Ст. 191.

⁷⁶⁷ Положення про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні : затв. Постановою ВРУ від 17 грудня 1993 р. № 3748-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 6. – Ст. 30.

⁷⁶⁸ Конституція України : науково-практичний коментар / редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. наук України. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – Х. : Право, 2011. – 1128 с. – С. 508.

борцями обраного ними депутата Верховної Ради Автономної Республіки Крим є:

- порушення депутатом Конституції і законів України, інших актів законодавства України, Конституції та нормативно-правових актів Автономної Республіки Крим;
- незадовільне виконання депутатських обов'язків, визначених законами України;
- використання депутатського мандата в особистих та корисливих цілях, систематичне порушення норм етики і моралі.

Звертаємо увагу, що відкликання депутата місцевої ради як способу перевірки його легітимності або притягнення до конституційної відповідальності можна застосовувати лише на рівні сільських і селищних рад, а також до 50% депутатів міських, районних, районних, обласних рад та депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Тобто процедура відкликання застосовується лише для депутатів, обраних за мажоритарною виборчою системою згідно з положеннями Закону України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів”⁷⁶⁹ від 10 липня 2010 р. № 2487-VI. Депутати, обрані за пропорційною виборчою системою, залишаються безконтрольними з боку виборців. Також виборці не мають механізму впливу на місцеві організації політичних партій за списками, від яких формується половина складу міських, районних у містах, районних, обласних рад та складу Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

Можливо, для забезпечення принципу рівності необхідно переглянути закріплений у чинному законодавстві механізм контролю за діяльністю депутатів місцевих рад та Верховної Ради Автономної Республіки Крим і закріпити за виборцями право відкликання депутатів, обраних за списками від місцевих організацій політичних партій, або можливість висловлення недовіри безпосередньо місцевій організації політичної партії, в результаті чого достроково припиняються повноваження всіх депутатів, обраних від цієї місцевої організації політичної партії.

Будучи законодавчо встановленим і врегульованим в Україні, інститут відкликання депутата місцевої ради неоднозначно сприймається науковцями. Так, Ю.Г. Барабаш вважає, що єдиною іншою формою безпосередньої демократії, яка відповідає конституційним механізмам народовладдя, є відкликання виборцями депутатів місцевих

⁷⁶⁹ Закон України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” від 10 липня 2010 р. № 2487-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 35–36. – Ст. 491.

рад⁷⁷⁰. Натомість, на думку В.Л. Федоренка, інститут народного відкликання депутата місцевої ради суперечить самій ідеї демократії та народного представництва й не відповідає міжнародним стандартам у сфері демократії⁷⁷¹.

Існують пропозиції щодо впровадження нової форми здійснення установчої влади народом зокрема, через *інститут народної ініціативи*. Такий інститут, на думку І.М. Жаровської, сприятиме подоланню стереотипу закритості влади. І хоча в Конституції України не передбачено всі механізми прямої реалізації народної ініціативи, доцільно включити народну законодавчу ініціативу в нову редакцію Конституції України, що дасть змогу громадськості безпосередньо впливати на законотворчий процес у державі.⁷⁷² Дослідниця зазначає, що вирішення цієї проблеми сприятиме: розширенню громадської участі в прийнятті важливих суспільно-політичних рішень, контролю за їх виконанням; легітимізації влади загалом, державного устрою, діяльності окремих органів державної влади та місцевого самоврядування, а також певних суспільно-політичних рішень; забезпеченню постійного зв'язку між владою та суспільством; створенню ефективних важелів впливу громадян на політику.

В.Л. Федоренко зазначає, що перспективним вбачається вдосконалення в Конституції України народної ініціативи щодо проведення всеукраїнського референдуму, диференціювавши кількісні та інші вимоги щодо її реалізації залежно від предмета всенародного голосування та юридичної сили рішення за ним. Зокрема, продовжує правознавець, коли предметом народної ініціативи є проект нормативно-правового акта, до прикладу – закону, то кількість громадян, які збирають підписи про його проголошення, має бути від 1,5 до 3 млн осіб. У першому випадку йдеться про звичайний закон України, а в другому – про закон про внесення змін до Конституції України. Коли ж йдеться про інше правове рішення, але не нормативно-правовий акт (наприклад, питання про ядерну безпеку, екологію тощо), то народна

⁷⁷⁰ Конституція України : науково-практичний коментар / редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. наук України. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – Х. : Право, 2011. – 1128 с. – С. 507.

⁷⁷¹ Федоренко В.Л. Система конституційних форм безпосередньої демократії в Україні та перспективи її вдосконалення / В.Л. Федоренко // Актуальні проблеми публічного та приватного права : тези доповідей III Міжнародної науково-практичної конференції 3 жовтня 2012 р. / за ред. В.М. Огаренка та ін. – Запоріжжя : КПУ, 2012. – 588 с. – С. 135–140. – С. 139.

⁷⁷² Жаровська І.М. Інститут народної ініціативи – шлях формування відкритої влади [Електронний ресурс] / І.М. Жаровська. – Режим доступу: <http://radnuk.info/statii/545-upravl/14943-2011-01-21-02-58-39.html>.

ініціатива може буди реалізована за умови збору від 0,5 до 1 млн підписів громадян⁷⁷³.

Про переваги та необхідність упровадження нових форм безпосередньої демократії як реалізації прямої установчої влади зазначають і політики. Так, на необхідності впровадження в Україні інститутів народного вета, народного вотуму недовіри, запровадження механізму відкликання депутатів, права народної законодавчої ініціативи наголошують представники деяких політичних сил – учасників парламентського виборчого процесу 2012 р., зокрема, представник політсили “Удар” В. Гергелюк. “Запровадження інституту народного вето, – зазначив він, – передбачає, що громадяни отримають право скасовувати на референдумі рішення органів державної влади і місцевого самоврядування. Запровадження інституту народного вотуму недовіри передбачає, що громадяни на місцевому референдумі отримають право ухвалювати рішення про недовіру голові місцевої держадміністрації, керівнику міліції, податкової, прокурору. Що, у свою чергу, матиме наслідком дострокове припинення їх повноважень, запровадження механізму відкликання виборцями депутатів усіх рівнів, у випадку, якщо вони не виправдали виявленої довіри або дискредитували себе”, – наголошує В. Гергелюк⁷⁷⁴.

Народна законодавча ініціатива є відносно новим засобом прямої демократії. Вперше вона була запроваджена в ХІХ ст. в окремих штатах США. У ХХ ст. народну законодавчу ініціативу було прийнято в багатьох європейських країнах. При цьому вона не передбачає проведення референдуму з відповідного законопроекту. За народною ініціативою допускається розгляд у парламенті як звичайних законопроектів, так і проектів конституційних поправок. Однак в Австрії, Албанії, Іспанії, Італії, Латвії та Польщі за народною ініціативою можуть бути прийняті лише звичайні закони, а в Молдові – закони про внесення змін до конституції. Відповідні процедури передбачають, як правило, подання до парламенту тексту законопроекту. Конституції держав визначають різну кількість виборців щодо ініціювання проектів звичайних законів і проектів законів про внесення змін до конституції: від 5 тис. у Словенії до 500 тис. в Іспанії. У Латвії, наприклад, розгляд проекту звичайного закону в парламенті може бути ініційова-

⁷⁷³ Федоренко В.Л. Система конституційних форм безпосередньої демократії в Україні та перспективи її вдосконалення / В.Л. Федоренко // Актуальні проблеми публічного та приватного права : тези доповідей ІІІ Міжнародної науково-практичної конференції 3 жовтня 2012 р. / за ред. В.М. Огаренка та ін. – Запоріжжя : КПУ, 2012. – 588 с. – С. 135–140.

⁷⁷⁴ “Ударівець” Володимир Гергелюк пояснив, що таке народна законодавча ініціатива [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://briz.if.ua/4997.htm>.

ний десятою частиною виборчого корпусу. У Македонії проект звичайного закону можуть зініціювати 10 тис. виборців, а проект закону про внесення змін до конституції – 150 тис.; у Грузії – 30 тис. і 200 тис.; у Киргизстані – 30 тис. і 300 тис.; у Литві – 50 тис. і 300 тис. виборців відповідно. У Швейцарії за народною ініціативою можуть не лише вноситися окремі зміни до конституції, а й здійснюватися її ревізія⁷⁷⁵.

Незважаючи на широке застосування інституту народної ініціативи європейських країнах, така форма викликає досить суперечливі позиції з боку правознавців.

Зокрема, В.Л. Федоренко вважає, що запровадження інших форм безпосередньої демократії, які практикуються в державах Європи (народна законодавча ініціатива, народне відкликання представницького органу, народне вето тощо), необхідно узгоджувати з існуючою на сьогодні системою стримувань і противаг між гілками влади в Україні, адже більшість із названих форм безпосередньої демократії є альтернативними чи конкурентними щодо організаційних форм представницької демократії на загальнодержавному та місцевому рівнях⁷⁷⁶.

Науковець не виключає, що цивілізаційний розвиток людства в ХХІ ст., зокрема, генеза “e-net-демократії”, сприятиме формуванню та утвердженню нових прогресивних форм прямого народовладдя. “Втім, прагнення розширити систему форм прямого народовладдя не повинне стати самоціллю”, – наголошує В.Л. Федоренко⁷⁷⁷.

Можливо, дійсно, варто прислухатися до думки відомого мислителя сучасності Ф. Фукуями, який у своєму інтерв’ю вітчизняним ЗМІ у липні 2012 р. на запитання “Чи є можливість створення нових форм демократії на противагу представницькій демократії?” відповів українцям таке: “Я думаю, що вам потрібно використовувати старі форми демократії, вам потрібні політичні партії, представницький уряд, а також набагато вищий рівень участі людей, які власне змушу-

⁷⁷⁵ Жаровська І.М. Інститут народної ініціативи – шлях формування відкритої влади [Електронний ресурс] / І.М. Жаровська. – Режим доступу: <http://radnuk.info/statii/545-uprav1/14943-2011-01-21-02-58-39.html>.

⁷⁷⁶ Федоренко В.Л. Система форм безпосередньої демократії в Україні та перспективи її вдосконалення / В.Л. Федоренко // Актуальні проблеми публічного та приватного права : тези доповідей III Міжнародної науково-практичної конференції 3 жовтня 2012 р. / за ред. В.М. Огаренка та ін. – Запоріжжя : КПУ, 2012. – 588 с. – С. 135–140. – С. 136.

⁷⁷⁷ Там само. – С. 135.

ють ці інституції працювати. ... не може бути демократії, якщо населення не мобілізоване, якщо не існує громадянського суспільства”⁷⁷⁸.

Так, на думку О.М. Мудрої, процедура здійснення народної законодавчої ініціативи за умов її запровадження в майбутньому потребує створення необхідних організаційно-правових передумов, а нині є передчасною⁷⁷⁹. Хоча на рівні місцевого самоврядування в Україні подібний інститут існує і є законодавчо врегульованим. Мова йде про *інститут місцевої ініціативи*.

Місцева ініціатива. Відповідно до положень п. 1 ст. 9 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, члени територіальної громади мають право ініціювати розгляд у раді (у порядку місцевої ініціативи) будь-якого питання, віднесеного до відання місцевого самоврядування.

О.В. Батанов вважає, що необхідно звернути увагу на те, що місцева ініціатива – це не пряма нормотворчість громадян, яка практикується в Швейцарії, ряді штатів США та деяких інших країнах й означає прийняття правових актів голосуванням членів місцевої спільноти. Водночас, на думку дослідника, вона в жодному разі не замінює представницьких форм правотворчості та нормотворчості, фактично є доповненням до них, іноді вступаючи в конфлікти з представницькими органами, які відстоюють іншу позицію, ніж певна частина місцевої спільноти, або відіграючи пасивну роль у вирішенні нагальної проблеми муніципального життя. О.В. Батанов підкреслює, що особливістю вітчизняної моделі місцевого самоврядування є те, що вона поки не знає практики прямої правотворчості⁷⁸⁰. В Україні закріплена місцева ініціатива, що суттєво відрізняється від безпосередньої нормотворчості та є формою волевиявлення членів територіальної громади шляхом ініціювання розгляду відповідною радою будь-якого питання місцевого значення. Змістом конституційно-правового інституту місцевої (громадської) ініціативи є сукупність конституційно-правових норм, які регулюють порядок здійснення у вигляді обов’язкової для розгляду у встановленому законом порядку громадської ініціативи, спрямованої на прийняття представницьким органом

⁷⁷⁸ Френсіс Фукуяма: Помаранчева революція була попередженням для всього світу [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://life.pravda.com.ua/person/2012/07/24/107466/view_print/.

⁷⁷⁹ Мудра О.М. Конституційний статус суб’єктів права законодавчої ініціативи : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / О.М. Мудра. – К., 2003. – 13 с. – С. 7.

⁷⁸⁰ Батанов О.В. Місцеві референдуми та інші форми безпосередньої демократії в місцевому самоврядуванні / О.В. Батанов // Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики / [за заг. ред. В.Ф. Погорілка]. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. – 356 с. – С. 193.

місцевого самоврядування в межах встановленої компетенції нормативно-правового акта відповідно до Конституції та законів або на вирішення ним в іншій формі громадського значущого питання, яке міститься в пропозиціях громадян⁷⁸¹.

На думку О.В. Батанова, місцеві ініціативи можна класифікувати за певними критеріями. Зокрема, за змістом на: правотворчі ініціативи, спрямовані на прийняття, зміну або скасування певного муніципально-правового акта; ініціативи установчого характеру, зокрема ініціативи, які корегують склад представницького органу місцевого самоврядування; референдні ініціативи. За формою вираження місцеві ініціативи, на думку автора, можна поділити на документально оформлені та неоформлені тощо⁷⁸².

Визначальним для здійснення установчої влади на рівні певної місцевості є положення п. 3 ст. 9 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, відповідно до якого, місцева ініціатива, внесена на розгляд ради у встановленому порядку, підлягає обов’язковому розгляду на відкритому засіданні ради за участю членів ініціативної групи з питань місцевої ініціативи.

Слід звернути увагу також на те, що не завжди форми здійснення установчої влади народом є конституційно встановленими або законодавчо визначеними. Існують і такі форми, застосування яких суперечить чинним правовим актам держави, але саме за допомогою них здійснюється первісна установча влада, яка потім набуває правового характеру у вигляді правового оформлення оновленого або нового конституційного ладу країни.

Українські правознавці зазначають, що за будь-яких умов форми безпосередньої демократії не застосовуються самі по собі або у зв’язку лише з конституційною фіксацією ідеї народного суверенітету. Вони повинні бути легальними способами та засобами організації здійснення державної влади, тому сфера їх застосування й інші параметри встановлюються Конституцією та законами України. Поза та-

⁷⁸¹ Комарова В.В. *Формы непосредственной демократии в России* : [учеб. пособ.] / Валентина Викторовна Комарова. – М. : Ось-89, 1998. – 304 с. – С. 218.

⁷⁸² Батанов О.В. *Місцеві референдуми та інші форми безпосередньої демократії в місцевому самоврядуванні* / О.В. Батанов // Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики / [за заг. ред. В.Ф. Погорілка]. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. – 356 с. – С. 193–194.

кими параметрами легальна практика безпосередньої демократії в конкретній країні не існує⁷⁸³.

Не підтримує зазначеної позиції О.О. Галус, яка вважає, що, по-перше, існують такі форми безпосереднього народовладдя, які є новими або запозиченими в зарубіжних країнах, однак унаслідок повільного розвитку нормативно-правової бази ще не були закріплені нормативно; по-друге, існують такі форми безпосереднього народовладдя, які через свій немирний характер не повинні закріплюватися в законодавстві (наприклад, революції, акти громадянської непокори, протести, політичні страйки, громадянські війни, національно-визвольні рухи, голодування тощо)⁷⁸⁴.

Сучасне конституційне право України розглядає право на повстання проти тиранії, на громадянську непокору, на застосування сили проти насильства як складовий елемент народного суверенітету. Але законодавче закріплення революції як форми безпосередньої реалізації народного суверенітету в національному праві видається недоцільним, оскільки революція, будучи можливою формою здобуття народного суверенітету, не може бути формою його реалізації як унаслідок відсутності досвіду конституювання революційного процесу, так і через надзвичайні умови, що супроводжують революцію. За цих умов вільне волевиявлення виборчого корпусу є неможливим⁷⁸⁵. Це твердження є дійсно доречним і правильним, але за умови розуміння революції як форми народовладдя, яка має місце на практиці, але не може бути законодавчо визнана і, відповідно, законодавчо врегульована.

У нашому випадку, коли мова йде про реальні засоби реалізації установчої влади, правовий елемент, як ми зазначали в попередніх розділах роботи, не завжди має можливість бути присутнім з об'єктивних причин, тому революцію слід розглядати як неправову форму здійснення установчої влади народом.

Неправові (позапорові) форми здійснення установчої влади народом. До неправових форм здійснення установчої влади народом слід віднести, насамперед, *громадянські війни та революції*.

⁷⁸³ Ставнійчук М.І. Система безпосереднього народовладдя в умовах незалежної України / М.І. Ставнійчук // Вісник Центральної виборчої комісії. – 2006. – № 4 (6). – С. 22–26. – С. 23.

⁷⁸⁴ Галус О.О. Форми безпосереднього народовладдя в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Олена Олександрівна Галус. – К., 2012. – 223 с. – С. 131.

⁷⁸⁵ Федоренко В.Л. Конституційно-правові основи всеукраїнського референдуму: проблеми теорії та практики : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Владислав Леонідович Федоренко. – К., 1999. – 195 с. – С. 53.

Під громадянською війною В.П. Горбатенко розуміє організовану масову збройну боротьбу соціально-політичних сил, національних груп усередині країни в ім'я певних соціальних, політичних і національних цілей⁷⁸⁶.

До характерних особливостей громадянських війн належать: створення регулярних військ (армій); втягнення у воєнні дії великих груп цивільного населення; строкатість соціального складу сторін, що протидіють, з виділенням провідних груп; непримиренність сторін, які воюють. Нерідко громадянська війна супроводжується збройною інтервенцією країн, які зацікавлені в перемозі однієї зі сторін, мають інші інтереси. Типи й форми громадянських війн різноманітні: повстання пригноблених мас; селянські бунти та війни; війни, спричинені революціями; партизанські війни за національне й соціальне визволення; збройна боротьба проти диктаторських режимів; зіткнення різноманітних угруповань панівних сил. Історичними прикладами громадянських війн є повстання рабів, війна Червоної і Білої троянд в Англії (1455–1485 рр.), селянські війни в Німеччині під керівництвом Т. Мюнцера (1524–1526 рр.), у Росії під керівництвом С. Разіна (1670–1671 рр.) і О. Пугачова (1773–1775 рр.), війна між рабовласницьким Півднем і демократичною Північчю в США (1861–1865 рр.), війна революційних і контрреволюційних сил у Росії (1918–1920 рр.), в яку було втягнуто й населення України; антифашистська війна в Іспанії (1936–1939 рр.); збройна боротьба правих і лівих сил у Лівані у 1970-х рр., війна між ісламськими угрупованнями й урядовими та політичними силами в Афганістані⁷⁸⁷. Сучасним прикладом громадянської війни можна вважати події в Лівії. Протистояння різних сил у ході громадянської війни зачіпає особисті інтереси людей, призводить до розколу не лише суспільства в цілому, а й соціальних груп, іноді навіть окремих сімей, завдає значних збитків економіці, культурі, спричинює масову загибель населення. Завданням політичної влади, державних структур на сучасному етапі, у тому числі в Україні, є створення правовими й політичними засобами умов, які виключали б саму можливість виникнення громадянської війни⁷⁸⁸.

Отже, незважаючи на те, що позаправові форми здійснення установчої влади народом, такі як, наприклад, революції та громадянські війни, мають місце в державотворчій практиці багатьох країн,

⁷⁸⁶ Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін.]. – К. : Вид-во “Українська енциклопедія” імені М. П. Бажана, 1998–2004. – Т. 1: А–Г. – 1998. – 672 с. – С. 645.

⁷⁸⁷ Там само.

⁷⁸⁸ Там само.

цілком підтримуємо позицію О.О. Галус з приводу того, що їх закріплення на конституційному та законодавчому рівнях є недоцільним, оскільки, як свідчить історія, їх проведення, як правило, характеризується порушенням громадського порядку, масовим заворушенням, а в окремих випадках і заподіянням шкоди життю, здоров'ю, майну інших осіб. Свідченням цього є масові заворушення в Киргизії у 2010 р. та в Лівії у 2011 р. Однак саме ці немирні форми відіграють вирішальну роль у демократичному розвитку держав, дають змогу народів в разі узурпації влади виступити на захист свого права народного суверенітету, права визначати й змінювати конституційний лад у державі⁷⁸⁹. Відповідно, здійснювати таким способом установчу владу.

Новою неправовою формою здійснення установчої влади останнього часу можна вважати так звані **“кольорові революції”**.

Як приклад цих неklasичних революцій пригадаємо події кінця 2004 р. – початку 2005 р., що відбувалися в Україні й дістали назву *“помаранчева революція”*.

Згадувані події розгорталися в такому порядку. Переломними в історії держави стали вибори Президента України у 2004 р. Кандидатом від влади став тодішній Прем'єр-міністр України В.Ф. Янукович. Опозиційні сили згурпувалися навколо лідера “Нашої України” В.А. Ющенка, колишнього Прем'єр-міністра у 2000–2001 рр.

У результаті голосування 31 жовтня 2004 р. голоси виборців розподілилися таким чином: В.А. Ющенко (39,26% голосів), В.Ф. Янукович (39,11%), О.О. Мороз (5,82%), П.М. Симоненко (4,97%). Такий розподіл не виявив переможця, тому було призначено другий тур виборів на 21 листопада 2004 р. Голосування другого туру супроводжувалося значними порушеннями законодавства. Оприлюднені ЦВК результати про перемогу В.Ф. Януковича відрізнялися від даних деяких екзит-полів, що засвідчували про перемогу В.А. Ющенка. Обурена таким станом речей частина виборців відгукнулася на заклик опозиційного кандидата захистити свій вибір і вже ввечері 21 листопада зібралися на мітинг на центральній площі Києва – майдані Незалежності. З наступного дня мітинг переріс у масову мирну акцію протесту, що тривала до 8 грудня 2004 р. і дістала назву *“помаранчева революція”*.

У цей період під тиском мітингувальників своїм рішенням від 3 грудня 2004 р. Верховний Суд України визнав недійсними результати другого туру президентських виборів і призначив переголосування другого туру на 26 грудня 2004 р. (так званий “третій тур виборів Президента України”, який не був передбачений нормами чинного на той час

⁷⁸⁹ Галус О.О. *Форми безпосереднього народовладдя в Україні* : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Олена Олександрівна Галус. – К., 2012. – 223 с. – С. 134.

законодавства). Під час “помаранчевої революції” Україна перебувала в центрі уваги світової преси. На переголосування до України приїхала рекордна кількість міжнародних спостерігачів – майже 12 тис. осіб. Переголосування 26 грудня 2004 р. дало такі результати: за В.А. Ющенка проголосувало 51,99% виборців за В.Ф. Януковича – 44,21%. Інавгурація нового Президента України В.А. Ющенко відбулась 23 січня 2005 р.

Ще одним результатом “помаранчевої революції” стало проведення 8 грудня 2004 р. позачергового пленарного засідання Верховної Ради України, на якому “пакетним” голосуванням (застосування якого також не передбачалося законодавством) було вирішено питання про внесення змін до Конституції України. Так був прийнятий Закон України “Про внесення змін до Конституції України” № 2222-IV. Зазначений Закон утілював численні політичні домовленості й компроміси між тогочасними “старими” і “новими” політичними елітами, що приймалися під тиском мітингувальників на владу.

До цього схожі події відбувалися в Югославії 2000 р. та Грузії 2003 р. Попередницями “помаранчевих” були “оксамитові” революції 1980-х рр., що проходили в східноєвропейських країнах соціалістичного табору (революційні події у Німеччині, Угорщині; Чехословацька революція 1989 р., Болгарська революція 1989 р.).

Європейські події кінця 1980-х рр. настільки резонансні, що й до сьогодні залишаються актуальними як у світовому історичному процесі, так і в контексті соціально-політичних подій, які відбулися в Україні. Оцінюючи їх наслідки, науковці зауважують, що досвід демократичних революцій Східної Європи позначився на подіях у Грузії, Україні та Киргизії, але, на відміну від подій 20-річної давнини, наслідки “кольорових революцій” не стали позитивом для економіки й соціально-політичного буття цих країн⁷⁹⁰.

В.М. Литвин також зазначав, що логічним наслідком “помаранчевого” революційного процесу стали негативні тенденції в економіці та суспільному житті України, падіння темпів зростання економічних показників, погіршення інвестиційного клімату, взаємна недовіра в суспільстві⁷⁹¹.

⁷⁹⁰ Швидченко Т. Падіння Берлинського муру й “оксамитові” революції У Східній Європі [Електронний ресурс] / Т. Швидченко // Молода нація : молодіжний полілогічний журнал видавництва “Смолоскип”. – Режим доступу: <http://moloda-naciya.smoloskyp.org.ua/?p=20>.

⁷⁹¹ Приходько Н. Владимир Литвин является резервом неиспользованных возможностей эволюционного, а не революционного пути развития Украины [Электронный ресурс] / Н. Приходько // Факты и комментарии. – 2005. – Режим доступа: <http://fakty.ua/59067-vladimir-litvin-yavlyaetsya-rezervom-neispolzovannyh-vozmozhnostej-evolyucionnogo-a-ne-revolucionnogo-puti-razvitiya-ukrainy?logout=1>.

Системна криза, спричинена подіями “помаранчевої революції”, не змусила себе очікувати довго. Так, уже 27 грудня 2005 р. Національна комісія зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права оприлюднила “Висновок щодо недотримання конституційної процедури під час внесення змін до Конституції України 1996 р. шляхом ухвалення Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 р. № 2222-IV та щодо невідповідності його положень загальним засадам Конституції України 1996 р. і європейським стандартам”.

Пізніше, у 2006–2009 рр. колізії оновленої Конституції спричинили ряд конституційних конфліктів^{792, 793}.

В.М. Литвин називає “помаранчеву революцію” соціальним катаклізмом⁷⁹⁴. Він зазначає, що в суспільстві немає єдності щодо того, як класифікувати події осені-зими 2004 р., але трохи більше, ніж половина громадян, стверджують, що це була революція. На його думку, коректною може бути тільки відповідь, пов’язана з так званим “ефектом Майдану”.

“Помаранчеву революцію” визначають також як кампанію протестів, мітингів, пікетів, страйків та інших актів громадянської непокори в Україні⁷⁹⁵.

На відміну від традиційного тлумачення поняття “революція”, під яким прийнято розуміти переворот, швидку зміну встановленого політичного, соціального чи економічного порядку суспільства здебільшого насильницьким способом, що забезпечує різкий перехід від одного якісного стану до іншого, заміну старих державно-правових інститутів новими, “кольорові революції” відносять до неklasичних революцій, які хоча й здійснюються на неправовій основі, проте мають здебільшого мирний характер, а за формою прояву нагадують акції протесту, мітинги, пікети, страйки.

Зміна влади і в Грузії, і в Україні, як зазначав С.Г. Кара-Мурза, супроводжувалася глибокими структурними змінами не тільки в державі та суспільстві цих країн, а й у структурі світоустрою. Автор зауважував: “Дві пострадянські території різко змінили свій цивіліза-

⁷⁹² Єзеров А. Конституційний конфлікт як феномен та процес в Україні : монографія / А. Єзеров. – Одеса : Юридична література, 2008. – 240 с. – С. 73.

⁷⁹³ Барабаш Ю.Г. Державно-правові конфлікти на сучасному етапі державотворення: конституційно-правовий аспект : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.02 / Ю.Г. Барабаш. – Х., 2009. – 415 с. – С. 176–245.

⁷⁹⁴ Литвин В.М. Історія України [Електронний ресурс] / В.М. Литвин. – Режим доступу: http://pidruchniki.ws/15580507/istoriya/novi_vikliki.

⁷⁹⁵ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://uk.wikipedia.org/wiki/%CF%E0%E5%E2%E0_%F0%E5%E2%EE%EB%FE%F6%B3%FF.

ційний тип і траєкторію розвитку. Вони вирвані з тієї країни, яка ще залишалася на місці СРСР, хоча і з розчленованої державності. Вони перестали бути пострадянськими. Майбутнє покаже, чи буде цей новий стан стійким, але в цей момент доводиться визнати, що здійснилася саме революція. Зрозуміло, ці неklasичні революції за багатьма своїми найважливішими ознаками відрізняються від колишніх і класових, і цивілізаційних революцій. У тому числі й за тією роллю, яку відіграють зовнішні сили”⁷⁹⁶. С.Г. Кара-Мурза, посилаючись на М. Ремізова, на думку якого “революції завжди тією чи іншою мірою служили цілям зовнішніх агентів (хоча б тому, що в короткостроковому плані вони послаблюють суспільний організм) і якось інспірувалися ззовні, але у великих революціях “зовнішній фактор” був саме зовнішнім, привхідним щодо самого революційного акту”, наголошує, що в разі “оксамитових революцій” все інакше: підтримка ззовні є їх внутрішньою рисою, входить в онтологію події, стає наріжним каменем нової легітимності”⁷⁹⁷.

На думку С.Г. Кара-Мурзи, “помаранчеві” революції – це революції, що не просто призводять до зміни владної верхівки держави та її геополітичної орієнтації, а й принципово змінюють підставу легітимності всієї державності країни. Більше того, змінюється навіть місцезнаходження джерела легітимності, воно переміщується з території цієї держави в метрополію, в ядро світової системи капіталізму. Така глибока зміна державності має цивілізаційний вимір”⁷⁹⁸.

В аспекті розгляду неординарного для сучасної юридичної науки питання про віднесення неправових форм здійснення влади до форм реалізації установчої влади через форми безпосередньої демократії, а тим більше віднесення подій 2004–2005 рр. до революції, що вважається парафією політологів та журналістів, наголосимо все ж, що ці події були формою боротьби з владою й тиску на рішення ЦВК і Верховного Суду, наслідком чого стали вибори Президента в третій тур (неконституційний і незаконний), а також неконституційний спосіб зміни Конституції України. Тому, незважаючи на неоднозначність і можливу дискусійність висловленої нами позиції, виходячи з фактичних даних, ці події мали реальний вплив на прийняття державними органами необхідних на той час, хоча і неправових рішень. А в аспекті реалізації установчої влади ці події слід розгляда-

⁷⁹⁶ Кара-Мурза С. Экспорт революции. Ющенко, Саакашвили... / С. Кара-Мурза. – М. : Алгоритм, 2005. – 293 с. – С. 18.

⁷⁹⁷ Там само.

⁷⁹⁸ Там само. – С. 17.

ти як форми безпосередньої демократії, через які реалізувалася установча влада народу. Погано це чи добре – не предмет оцінки в цій роботі, але ми зобов'язані дати наукову класифікацію цим подіям в аспекті форм реалізації народом установчої влади.

*** **

Підсумовуючи, можна стверджувати, що новий етап конституційного процесу в Україні піднімає на вищий рівень проблему реалізації установчої влади Українським народом. По-перше, тим, що народ через різні інститути громадянського суспільства реально залучається до участі у розробці проекту змін до чинної Конституції і таким чином має можливість визначити реально характер цього конституційного процесу. По-друге, тим, що в цьому процесі передбачається врахування думки громадян, насамперед, фахівців у галузі права та управління, стосовно того, якою має бути в Україні установча влада народу і як вона повинна бути конституційована. Якщо вказана можливість буде реалізована у тих формах, які визначені в Положенні про Конституційну Асамблею, то Україна має шанс отримати справді народну Конституцію, а народ – ефективно реалізувати свою установчу владу.

У свою чергу, державна влада в особі Президента України та Верховної Ради України, як органів, що їх обирають громадяни шляхом голосування, мають можливість значно посилити рівень своєї легітимності, якщо вони сприймуть позицію Конституційної Асамблеї щодо проекту конституційних змін і створять механізми для залучення ширшого кола представників громадянського суспільства не тільки до розробки вказаного проекту, а й до прийняття рішення про його схвалення. Це може бути як винесення зазначеного закону на затвердження всеукраїнським референдумом, тобто реалізація народом установчої влади безпосередньо, так і реалізація цієї влади народом через своїх представників, зокрема, через Всеукраїнські Установчі Збори тощо.

Конституція України закріплює вихідні положення уповноважувально-виборчої діяльності народу: будучи носієм суверенітету та єдиним джерелом влади в Україні, народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади й органи місцевого самоврядування (ст. 5 Конституції України), а також закріплює таку форму здійснення влади народом, як вибори (ст. 69 Конституції України).

Інститут виборів у системі здійснення установчої влади має особливе значення. За допомогою виборчої діяльності народ визначає суб'єктний склад органів первинного народного представництва – Верховної Ради та Президента. Але в процесі своєї діяльності зазна-

чені інституції також використовують делеговане народом право та формують органи вторинного представництва, які спрямовують свою діяльність на вирішення спеціальних завдань здійснення влади народу (Уряд, суди тощо).

Найбільш важливими суспільними та державними інститутами в Україні є інститути глави держави (Президент України), парламенту (Верховна Рада України) та місцевих органів влади (Верховна Рада Автономної Республіки Крим; місцеві ради – сільські, селищні, міські, районні, обласні; сільські, селищні, міські голови). Зазначені інститути влади посідають особливе, порівняно з іншими, місце в правовій, демократичній державі, бо лише вони репрезентують волю всього Українського народу (або його частки), здійснюють свою діяльність від його імені й перед ним мають відповідати. І саме за допомогою виборів як єдиного можливого способу формування зазначених суспільних та державних інститутів в Україні здійснюється одна з форм реалізації установчої влади.

Референдуми в системі здійснення установчої виступають способами контролю за діяльністю органів державної влади та місцевого самоврядування. Референдум є єдиним способом перевірки легітимності органів влади в державі та притягнення органів або посадових осіб до конституційної відповідальності у вигляді висловлення недовіри й припинення повноважень певного органу влади або посадової особи.

Лише загальнонародний, загальнодержавний, а конкретно в Україні Всеукраїнський референдум виступає засобом перевірки дійсності установчого договору між громадянами, належної реалізації установчої влади в певному суспільстві і єдиним способом запобігти захопленню влади. При цьому предметом такого референдуму мають бути питання, по-перше, щодо згоди громадян залишати чинну форму правління; по-друге, щодо висловлення довіри представницьким органам влади в державі.

У разі виникнення в суспільстві необхідності щодо дострокового припинення повноважень представницьких органів влади, ініційованої народом як єдиним джерелом влади в державі, завданням законодавця є лише визначити правовий механізм і забезпечити законність процедури волевиявлення народу з ініційованого питання.

Виходячи з положень теорії установчої влади народу, теорії народного суверенітету які покладені в основу законодавства будь-якої демократичної держави, якою проголошує себе і Україна, слід наголосити на тому, що народ має право на ініціацію і вирішення будь-яких питань (виходячи з положень ст. 22 Конституції України) в межах моралі, Конституції і закону. А органи державної влади, у свою чергу,

виходячи з положень ст. 19 Конституції України, в разі якщо щодо ініційованих народом для обговорення на референдумі питань не встановлено пряму конституційну заборону, зобов'язані забезпечити реалізацію зазначеного права в межах Конституції і законів України.

Вирішуючи питання щодо визначення предмета всеукраїнського референдуму, слід, насамперед, урегулювати колізії, закладені в текст Основного Закону.

На наш погляд, це може бути нова редакція ст. 72 Конституції України у вигляді доповнення її ч. 3 такого змісту: “На всеукраїнський референдум за народною ініціативою можуть бути винесені будь-які питання, віднесені Конституцією України до відання України, за винятком тих, вирішення яких референдумом прямо заборонено Конституцією України”.

У результаті, внесені зміни до Конституції, по-перше, не будуть ставити в незручне становище органи державної влади, які мають діяти лише в рамках закону всупереч принципам верховенства права, основним положенням теорії народовладдя й здоровому глузду; по-друге, не будуть створювати ситуації для негативного сприймання з боку народу порядку та способів реалізації повноважень органів державної влади й реальної можливості здійснювати управління будь-якими процесами в державі.

Вибори і референдуми є найбільш вживаними та впливовими формами реалізації установчої влади. Але ці дві форми є далеко не єдиними в системі реалізації установчої влади через інститути безпосередньої демократії в Україні. Серед інших форм слід виділити збори виборців та збори (конференції) об'єднань громадян чи їхніх місцевих осередків, революції, мітинги, демонстрації.

РОЗДІЛ 5

РЕАЛІЗАЦІЯ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ В ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

5.1. Установчі повноваження Верховної Ради України

Верховна Рада України, відповідно до ст. 75 Конституції України, є парламентом – єдиним органом законодавчої влади в Україні. Як зазначає Л.Т. Кривенко, “у такому контексті діюче нормативне поняття Верховної Ради поряд із достоїнствами має великий недолік: воно однобічне, оскільки не втілює іманентну рису названого органу. Її суть полягає в тому, що Верховна Рада – не тільки єдиний орган законодавчої влади в Україні. Верховна Рада є також єдиним представницьким органом українського народу... Лише представницька риса Верховної Ради обумовлює і визначає її соціальне призначення як єдиного органу в системі державної влади в Україні, через який український народ опосередковано здійснює належну йому владу. Тільки загальнодержавний представницький орган народу має право трансформувати волю українського народу в державну волю шляхом прийняття законів”⁷⁹⁹.

У зв’язку із цим нагадаємо, що визнання за Верховною Радою України статусу єдиного представницького органу українського народу закріплювала Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. Зокрема, у главі II Декларації зазначено: “Від імені всього народу може виступати виключно Верховна Рада Української РСР. Жодна політична партія, громадська організація, інше угруповання чи окрема особа не можуть виступати від імені всього народу України”⁸⁰⁰.

Чинна Конституція України не містить положень стосовно наділення Верховної Ради України статусом органу, який може виступати від імені Українського народу. Однак, очевидно, виходячи з наведених положень Декларації, у преамбулі Конституції записано: “Верховна Рада України від імені Українського народу – громадян України всіх національностей... приймає цю Конституцію – Основний

⁷⁹⁹ Кривенко Л. Воля народу, її трансформація у державну волю / Л. Кривенко // Віче. – 1997. – № 9. – С. 42–60. – С. 43.

⁸⁰⁰ Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. – № 31. – Ст. 429.

Закон України". Базуючись на цих положеннях преамбули Конституції України, юридична думка визнає за Верховною Радою статус загальнонаціонального представницького органу державної влади, який має виключне право представляти увесь Український народ і виступати від імені всього народу⁸⁰¹.

Але в такому разі виникає логічне запитання: чи має Верховна Рада України статус органу установчої влади народу? Очевидно, що не має.

Як зазначають автори одного з коментарів до Конституції України, Верховна Рада України здійснює *установчі функції*, беручи участь у формуванні інших органів влади, здійснюючи парламентський контроль за їх діяльністю, а також через вільно обраних народних депутатів представляє Український народ і діє в інтересах усіх громадян України⁸⁰².

Свою позицію щодо цього питання висловив також Конституційний Суд України, який у Рішенні від 3 жовтня 1997 р. № 4-зп вказав, що, прийнявши Конституцію України в 1996 р., парламент України здійснив установчу владу, але на це народ лише одноразово уповноважив Верховну Раду України (так зазначено в іншому Рішенні Конституційного Суду України від 11 липня 1997 р. № 3-зп).

В цьому аспекті перед юридичною наукою постає нагальне питання про межі та природу представництва Українського народу, що його здійснює Верховна Рада України. Чи може вона виступати від імені всього народу, чи повинна діяти в інтересах народу?

Як відомо, ради різних рівнів є представницькими органами, органами, створеними безпосередньо в результаті народного волевиявлення (виборів). Вони виражають і реалізують волю народу в питаннях суспільного й державного життя.

Верховна Рада України так само є органом державної влади, обраним у результаті народного волевиявлення. Вона здійснює відповідні функції, тобто наділена відповідною компетенцією, і має для її реалізації певні повноваження, передбачені Конституцією України. Функції, що їх реалізує парламент, умовно поділяють на дві групи: 1) пов'язані зі змістом її діяльності або за сферами діяльності (політична, економічна, соціальна, культурна тощо); 2) владні функції (за-

⁸⁰¹ Див. напр.: Український парламентаризм: минуле і сучасне / за ред. Ю.С. Шемшученка. – К.: Парламентське вид-во, 1999. – С. 218; Погорілко В.Ф. Конституційне право України: підручник / за заг. ред. В.Л. Федоренка. – 2-ге вид., переробл. і доопр. – К.: Алерта; КНТ: Центр учбової літератури, 2010. – С. 235.

⁸⁰² Коментар до Конституції України: науково-популярне видання / ред. кол. В.Ф. Опришко (голова). – К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1996. – С. 177.

конодавча, установча, парламентського контролю, бюджетно-фінансова, міжпарламентських зв'язків тощо). Чільне місце в діяльності парламентів має функція, яку називають установчою. Іноді її також називають державотворчою, або організаційною⁸⁰³.

Установча функція парламенту в літературі пов'язується зі встановленням політичної системи й системи органів публічної влади, що здійснюється через прийняття Конституції⁸⁰⁴. Реалізується установча функція через установчу діяльність (процес формування уповноважених суб'єктів), яка безпосередньо становить "передумову дієвості правотворчості й правозастосування, визначає державно-владний зміст і природу правового регулювання"⁸⁰⁵.

Досліджуючи теоретичні проблеми установчої функції Верховної Ради України, Ж.М. Пустовіт дійшла висновку, що особливістю установчої діяльності парламенту є, по-перше, те, що він виконує повноваження щодо формування органів держави, їх структурних підрозділів і посадових осіб; по-друге, що установча функція Верховної Ради України передбачає наявність широких номінаційних повноважень (номінаційна діяльність), тобто повноважень, пов'язаних з призначенням, обранням, наданням згоди на призначення або звільнення посадових осіб, а також формуванням інших органів публічної влади⁸⁰⁶.

Зміст установчої функції полягає в участі парламентів у формуванні інших органів державної влади, призначенні чи обранні на вищі державні посади і звільненні з них вищих посадових осіб⁸⁰⁷, формуванні організаційних структур, спеціальних комісій тощо⁸⁰⁸.

Разом з тим не всі науковці поділяють такий підхід до розуміння установчої функції парламенту. Так, наприклад, Г.С. Журавльова розмежовує установчу та номінаційну функції. На її думку, установча функція парламенту зводиться до прийняття ним законів про внесен-

⁸⁰³ Український парламентаризм: минуле і сучасне / за ред. Ю.С. Шемшученка. – К. : Парламентське вид-во, 1999. – 368 с. – С. 267.

⁸⁰⁴ Ярмиш О.Н. Державне будівництво та місцеве самоврядування в Україні : навч. посіб. / О.Н. Ярмиш, В.О. Серьогін ; за заг. ред. Ю.М. Тодики. – Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. – 672 с. – С. 125.

⁸⁰⁵ Правовые формы деятельности в общенародном государстве / под общей ред. В.М. Горшнева. – Харьков : Юридический институт, 1985. – 83 с. – С. 23.

⁸⁰⁶ Пустовіт Ж.М. Поняття та сутність установчої функції Верховної Ради України / Ж.М. Пустовіт // Часопис Київського університету права. – 2007. – № 2. – С. 59–64. – С. 64.

⁸⁰⁷ Український парламентаризм: минуле і сучасне / за ред. Ю.С. Шемшученка. – К. : Парламентське вид-во, 1999. – 368 с. – С. 27.

⁸⁰⁸ Крестовська Н.М. Теорія держави і права: елементарний курс / Н.М. Крестовська, Л.Г. Матвеева. – Х., 2008. – 432 с. – С. 81–82.

ня змін до Конституції, а номінаційна функція полягає в здійсненні парламентом кадрових призначень⁸⁰⁹. Хоча багато науковців (І.В. Котелевська⁸¹⁰, В.П. Колісник і Ю.Г. Барабаш⁸¹¹, О.О. Майданник⁸¹², Я.М. Назаренко⁸¹³, Н.М. Пригон⁸¹⁴, І.Є. Словська⁸¹⁵, Г.О. Федоренко⁸¹⁶) не розрізняють установчу та номінаційну функції парламенту.

Номінаційна (установча) функція парламенту, як зазначає Я.М. Назаренко, насамперед пов'язана зі встановленням політичної системи й системи органів публічної влади, що передбачає наявність номінаційних повноважень, тобто повноважень, пов'язаних з призначенням, обранням, наданням згоди на призначення або звільнення посадових осіб, а також із формуванням інших органів публічної влади. Реалізуючи номінаційну функцію, як стверджує автор, Верховна Рада України забезпечує формування власних парламентських структур, судової гілки влади, сприяє формуванню таких спеціальних органів, як Центральна виборча комісія, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Рахункова палата, а також здійснює належну кадрову політику з призначення на посади Прем'єр-міністра України та інших представників влади⁸¹⁷. При цьому, досліджуючи правову природу номінаційного напрямку діяльності Верховної Ради України, науковець вважає, що правова природа номінаційної функції відрізняється від правової природи установчої функції: якщо остання передбачає дії законодавчого органу стосовно запровадження нових посад

⁸⁰⁹ Журавльова Г.С. Конституційні засади становлення та розвитку парламентаризму в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Г.С. Журавльова. – Х., 1999. – 19 с. – С. 9–10.

⁸¹⁰ Котелевская И.В. Современный парламент / И.В. Котелевская // Государство и право. – 1997. – № 3. – С. 5–13. – С. 10–11.

⁸¹¹ Конституційне право України / за ред. В.П. Колісника, Ю.Г. Барабаша. – Х., 2010. – 416 с. – С. 258–265.

⁸¹² Майданник О.О. Конституційне право України / О.О. Майданник. – К., 2011. – 380 с. – С. 218.

⁸¹³ Назаренко Я.М. Номінаційна (установча) функція Верховної Ради України: проблеми теорії і практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Я.М. Назаренко. – Х., 2011. – 18 с.

⁸¹⁴ Пригон М.Н. Конституционно-правовой статус Парламента России: теория, практика, перспективы : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / М.Н. Майданник. – СПб., 2004. – 180 с. – С. 21.

⁸¹⁵ Словська І. Класифікація функцій парламенту / І.Словська // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 7. – С. 112–114. – С. 114.

⁸¹⁶ Федоренко Г.О. Законодавча влада в системі розподілу державної влади в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Г.О. Федоренко. – К., 2001. – 18 с. – С. 13.

⁸¹⁷ Назаренко Я.М. Номінаційна (установча) функція Верховної Ради України: проблеми теорії і практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Я.М. Назаренко. – Х., 2011. – 18 с. – С. 3.

або скасування вже існуючих шляхом ухвалення конституції, змін до конституції, закону чи змін до нього, то номінаційний напрям охоплює діяльність парламенту щодо призначення (обрання) на вже існуючі посади чи звільнення (відкликання) з них, надання згоди на призначення на посади або звільнення з них осіб іншими органами державної влади⁸¹⁸.

Крім того, що розведення номінаційної та установчої функцій не узгоджується з назвою роботи автора, в якій вони ототожнюються, таке розуміння правової природи названих функцій, на наш погляд, є не цілком вдалим. Адже назва “номінаційна” щодо діяльності з призначення на посади осіб не відповідає змісту слова “номінація” (лат. *nominatio* – називання, найменування)⁸¹⁹. І з точки зору *правової природи* акти називання, як і акти запровадження посад у Конституції чи законі, належать до категорії *нормативних*, тобто за розмежуванням автора, до установчої діяльності, тоді як акти призначення осіб на посади є актами індивідуально-правовими.

Деякі дослідники (А.З. Георгіца⁸²⁰, Г.С. Журавльова⁸²¹, В.В. Маклаков⁸²²) вважають, що кадрові призначення в судовій сфері (призначення суддів на посади) та притягнення до відповідальності вищих посадових осіб держави (імпічмент) належать не до установчої, а до судової, або так званої квазісудової функції парламенту. Враховуючи принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову “гілки” влади визначати таким способом повноваження парламенту, напевно, не зовсім коректно.

В.Л. Федоренко розмежовує установчу та кадрову функції парламенту, але зміст останньої розглядає ширше⁸²³. До обсягу повноважень парламенту, спрямованих на здійснення установчої влади, він відносить такі: внесення змін до Конституції України; призначення загальнодержавного референдуму; законодавче регулювання суспіль-

⁸¹⁸ Назаренко Я.М. Номінаційна (установча) функція Верховної Ради України: проблеми теорії і практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Я.М. Назаренко. – Х., 2011. – С. 7–8.

⁸¹⁹ Современный словарь иностранных слов : ок. 20000 слов. – 2-е изд., стер. – М. : Рус. яз., 1999. – 742 с. – С. 413.

⁸²⁰ Георгіца А.З. Конституційне право зарубіжних країн / А.З. Георгіца. – Чернівці, 2001. – 431 с. – С. 326–330.

⁸²¹ Журавльова Г.С. Конституційні засади становлення та розвитку парламентаризму в Україні : автореф. дис... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Г.С. Журавльова. – Х., 1999. – 19 с. – С. 9–10.

⁸²² Маклаков В.В. Конституционное право зарубежных стран: Общая часть / В.В. Маклаков. – М., 2006. – 896 с. – С. 636–689.

⁸²³ Погорілко В.Ф. Конституційне право України : підручник / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко ; за заг. ред. В.Л. Федоренка. – 4-те вид., перероб. і доопр. – К. : Ліра-К, 2012. – 576 с. – С. 330–337.

них відносин; призначення виборів до органів державної влади і органів місцевого самоврядування; встановлення та зміну меж адміністративно-територіальних одиниць; визначення засад внутрішньої і зовнішньої політики; визначення об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації, та визначення правових засад вилучення об'єктів права приватної власності. Кадрові повноваження, або інституційні, на думку цього автора, пов'язані з формуванням інститутів держави чи державотворчими функціями.

Узагальнюючи різні точки зору стосовно змісту установчої функції парламенту, Ж.М. Пустовіт дійшла такого висновку. У зв'язку з тим, що, відповідно до ст. 5 Конституції України, носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ, який здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади й органи місцевого самоврядування та якому належить право визначати і змінювати конституційний лад в Україні, Верховна Рада України, будучи загальнонаціональним представницьким органом влади, здійснює свої функції, у тому числі установчу, від імені Українського народу, у межах повноважень, передбачених Конституцією та законами України. Це дає їй ще одну підставу говорити про пріоритетність Верховної Ради України як представницького органу влади в системі влад⁸²⁴. У сучасному світі, як зазначає автор, на поняття й особливості здійснення установчої функції парламенту впливає ряд основних і неосновних факторів. До основних, насамперед, треба віднести форму держави. Серед неосновних варто назвати умови історичні, політичні, соціальні, культурні, а також міру демократизації країни тощо.

Пріоритетне місце серед факторів, що безпосередньо впливають на здійснення українським парламентом установчої функції, посідає, на думку Ж.М. Пустовіт, форма держави, зокрема, форма державного правління. Перехід України до парламентсько-президентської республіки (у результаті змін до Конституції України, внесених у 2004 р.) є, з її точки зору, прямим підтвердженням провідної ролі законодавчого органу в конституційному механізмі демократичного суспільства, що істотно вплинуло на можливість Верховної Ради України здійснювати формування або брати участь у формуванні інших органів влади. Автор зазначає, що характерна особливість установчої діяльності Верховної Ради України полягає в її спрямованості на структурні перетворення в державному апараті й суспільному організмі⁸²⁵.

⁸²⁴ Пустовіт Ж.М. Поняття та сутність установчої функції Верховної Ради України / Ж.М. Пустовіт // Часопис Київського університету права. – 2007. – № 2. – С. 59–64.

⁸²⁵ Там само.

На наш погляд, з наведених характеристик змісту установчої функції парламенту можна зробити висновок, що цей зміст полягає у встановленні та утвердженні основ конституційного ладу, створенні системи публічно-владних органів, обранні або призначенні посадових осіб, відповідальних за впровадження та забезпечення конституційно визначеного ладу.

Враховуючи різноманітність функцій, що їх здійснює Верховна Рада України, її конституційний статус не обмежується рамками функціонування органу законодавчої влади. М.О. Теплюк із цього приводу зазначає, що на підставі аналізу ст. 85 Конституції України можна зробити висновок, що парламент здійснює також повноваження органу установчої влади⁸²⁶. Передусім, це стосується повноваження вносити зміни до Конституції України, зазначеного у п. 1 ст. 85, ст. 155 і 156 Конституції. Щоправда, це повноваження можна розглядати також як здійснення парламентом законодавчої функції, оскільки Конституція України також є законом, тільки специфічним – Основним Законом держави.

Водночас декілька повноважень парламенту, визначених у ст. 85 Конституції, не можна віднести до законодавчої функції. До них належать:

- призначення виборів Президента України, а також виборів до органів місцевого самоврядування;
- усунення Президента України з поста в порядку імпідменту;
- призначення чи обрання на посади ряду посадових осіб, у тому числі надання згоди на призначення главою держави Прем'єр-міністра України;
- призначення на посади та звільнення з посад Голови й інших членів Рахункової палати;
- призначення на посаду та звільнення з посади Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини;
- призначення на посаду та звільнення з посади Голови Національного банку України за поданням Президента України;
- призначення та звільнення половини складу Ради Національного банку України;
- призначення половини складу Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення;
- призначення на посаду та припинення повноважень членів Центральної виборчої комісії за поданням Президента України;

⁸²⁶ Конституційне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К. : Юридична думка, 2008. – Т. 2. – 800 с. – С. 286.

- надання згоди на призначення на посади та звільнення з посад Президентом України Голови Антимонопольного комітету України, Голови Фонду державного майна України, Голови Державного комітету телебачення і радіомовлення України;
- надання згоди на призначення Президентом України на посаду Генерального прокурора України;
- висловлення недовіри Генеральному прокуророві України, що має наслідком його відставку з посади;
- призначення третини складу Конституційного Суду України;
- обрання суддів безстроково;
- дострокове припинення повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим за наявності висновку Конституційного Суду України про порушення нею Конституції України або законів України;
- призначення позачергових виборів до Верховної Ради Автономної Республіки Крим;
- призначення на посаду та звільнення з посади керівника апарату Верховної Ради України.

Таким чином, парламент України є органом, який здійснює не лише законодавчу функцію держави, а ще й ряд повноважень установчої влади⁸²⁷. З передбачених у ст. 85 Конституції повноважень парламенту, які закріплені в 36 пунктах зазначеної статті, більшість (19 пунктів) становлять установчі.

Удосконалення змісту та процесу реалізації установчих повноважень парламенту є постійним об'єктом досліджень науковців. Зокрема, тут можна звернути увагу на деякі з них.

Наприклад, розглядаючи повноваження, що забезпечують реалізацію установчої функції парламенту, В.С. Журавський дійшов висновку про необхідність доповнення цих повноважень таким чином, щоб парламент мав змогу впливати на кадровий склад усього уряду, а не лише на особу прем'єр-міністра. Найбільш оптимальним варіантом вирішення цієї проблеми, на його думку, є внесення до Конституції України положення про отримання новосформованим урядом у повному його складі вотуму довіри від парламенту, без чого уряд не повинен починати виконання своїх обов'язків⁸²⁸. Автор також пропонує нормативно закріпити вимогу про те, що більшість має утворюватись

⁸²⁷ Максакова Р.М. Верховна Рада України як орган установчої влади / Р.М. Максакова // Держава та регіони. Серія: Право. – 2011. – № 4. – С. 18–22.

⁸²⁸ Журавський В.С. Теоретичні та організаційно-правові проблеми становлення і розвитку українського парламентаризму : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01, 12.00.02 / В.С. Журавський. – Одеса, 2001. – 39 с. – С. 25.

як міжфракційна коаліція, а не як об'єднання з персональним членством у ньому окремо взятих депутатів. Він звертає увагу на доцільність законодавчого закріплення ряду прав парламентської опозиції (надання представникам опозиції додаткових можливостей для висловлення своєї позиції на пленарних засіданнях парламенту, в засобах масової інформації, до яких парламент має доступ як орган державної влади, право на ініціювання заходів парламентського контролю і, зокрема, на утворення парламентом слідчих комісій, право на керівництво кількома певними парламентськими комітетами)⁸²⁹.

У згаданій уже дисертаційній роботі Я.М. Назаренко "Номінаційна (установча) функція Верховної Ради України: проблеми теорії і практики" автор наголошує, що після фактичного відновлення Конституційним Судом України чинності Основного Закону в редакції від 28 червня 1996 р. межі номінаційних повноважень українського парламенту суттєво звузилися, а їх обсяг значно зменшився. Верховна Рада України практично втратила можливість ефективно безпосередньо впливати на визначення й реалізацію основних напрямів державної політики у сфері формування системи органів виконавчої влади⁸³⁰.

Надання парламентом згоди на призначення Президентом України Прем'єр-міністра України, а також можливість висловлення недовіри Кабінету Міністрів України більшістю голосів від конституційного складу українського парламенту, на думку автора, не можна вважати достатньо ефективними важелями впливу на процес формування Кабінету Міністрів України, не кажучи про визначення пріоритетів у його діяльності. Формально Кабінет Міністрів України залишається підконтрольним і підзвітним Верховній Раді України (ч. 2 ст. 113 Конституції України). Однак на практиці парламент втратив переважну більшість номінаційних повноважень, які відігравали важливу роль інструментарію, за допомогою якого він мав змогу контролювати діяльність Кабінету Міністрів України та спрямовувати її у певне русло.

Сьогодні межі участі Верховної Ради України у процесі формування персонального складу Кабінету Міністрів України та припинення його повноважень визначаються, насамперед, існуванням біцефальної (подвійної) відповідальності уряду перед парламентом і гла-

⁸²⁹ Журавський В.С. Теоретичні та організаційно-правові проблеми становлення і розвитку українського парламентаризму : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01, 12.00.02 / В.С. Журавський. – Одеса, 2001. – 39 с. – С. 29.

⁸³⁰ Назаренко Я.М. Номінаційна (установча) функція Верховної Ради України: проблеми теорії і практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Я.М. Назаренко. – Х., 2011. – 18 с. – С. 12.

вою держави. Пропонуючи вдосконалити процес реалізації установчих функцій парламенту щодо призначення та звільнення Верховною Радою України членів ЦВК, Я.М. Назаренко зауважує, що передбачена законодавством процедура призначення на посади членів Центральної виборчої комісії потребує вдосконалення з метою зниження загального рівня політичної заангажованості й суб'єктивності членів цього важливого державного органу, застосування більш аполітичного підходу до його формування, призначення членів Центральної виборчої комісії, виходячи, насамперед, з їх фахових якостей, а не політичних уподобань⁸³¹.

Установча функція парламенту, як, до речі, і всі інші функції, на думку деяких авторів, містить у собі таку невід'ємну складову, як здійснення парламентського контролю. Цей напрям виявляє себе в діяльності Верховної Ради України щодо припинення повноважень посадових осіб або органів влади, як сформованих парламентом, так і тих, формування яких не належить до компетенції парламенту (наприклад, процедура імпічменту Президента України). Саме тому в механізмі реалізації установчої функції суттєве місце належить парламентському контролю, бо парламент є єдиним законодавчим та вищим представницьким органом державної влади, який має виключне право виступати від імені Українського народу. При цьому слід звернути увагу, що імпічмент Президента України, як і резолюція недовіри Кабінету Міністрів України, є одночасно й формою парламентського контролю, і видом конституційно-правової відповідальності⁸³².

На нашу думку, немає логічних підстав відносити контрольні повноваження парламенту України до установчих. Насамперед, тому, що це *два різних види* владних повноважень, які відіграють різну роль і мають різне призначення в управлінському процесі. Установлення відкриває вказаний процес, а контроль є його завершальним моментом. Контрольна діяльність опосередковує увесь процес державного управління, але вона не є установленням юридичних норм та інститутів публічної влади.

⁸³¹ Назаренко Я.М. Номінаційна (установча) функція Верховної Ради України: проблеми теорії і практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Я.М. Назаренко. – Х., 2011. – 18 с. – С. 12.

⁸³² Барабаш Ю.Г. Парламентський контроль в Україні: проблеми теорії та практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Ю.Г. Барабаш. – Х., 2004. – 17 с. – С. 11–12.

5.2. Реалізація установчої влади Президентом України

Президент України, відповідно до ст. 102 Конституції України, є главою держави й виступає від її імені. Як глава держави, він є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина. Такий статус не вказує прямо, по-перше, на його місце в системі поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову; по-друге, на наявність у нього установчих повноважень та на його участь у реалізації установчої влади. Разом з тим, науковці зазначають з приводу першого, що Президент України не належить до жодної з трьох гілок влади; з приводу другого – що Президент України має повноваження, спрямовані на здійснення установчої влади⁸³³.

Належність значної кількості конституційних повноважень Президента України саме до повноважень установчої влади М.О. Теплюк пояснює як статусом глави держави, так і способом їх одержання (оскільки Президента України обирають громадяни України на основі загального, рівного та прямого виборчого права)⁸³⁴.

Отже, можемо констатувати, що Президент України також є органом (посадовою особою) державної влади, через реалізацію повноважень яким народ здійснює свою установчу владу.

Установчі повноваження називають первинними⁸³⁵, найважливішими і найдієвішими⁸³⁶ в системі повноважень Президента України. Залежно від такого критерію, як предмет відання, установчі повноваження відносять до повноважень у сфері державного будівництва⁸³⁷, державотворення⁸³⁸.

⁸³³ Погорілко В.Ф. Конституційне право України : підручник / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко ; за заг. ред. В.Л. Федоренка. – 4-те вид., перероб. і доопр. – К. : Ліра-К, 2012. – 576 с. – С. 399; Конституційне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К. : Юридична думка, 2008. – Т. 2. – 800 с. – С. 287.

⁸³⁴ Конституційне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К. : Юридична думка, 2008. – Т. 2. – 800 с. – С. 287.

⁸³⁵ Конституційне право України : підручник / за ред. В.Ф. Погорілка, В.Л. Федоренка. – К. : КНТ : Ліра-К, 2011. – 527 с. – С. 362; Погорілко В.Ф. Конституційне право України : підручник / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко ; за заг. ред. В.Л. Федоренка. – 4-те вид., перероб. і доопр. – К. : Ліра-К, 2012. – 576 с. – С. 398–399.

⁸³⁶ Конституційне право України : підручник / за ред. В.Ф. Погорілка. – К. : Наукова думка, 2002. – 732 с. – С. 490.

⁸³⁷ Фрицький О.Ф. Конституційне право України : підручник / О.Ф. Фрицький. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – 536 с. – С. 364.

⁸³⁸ Погорілко В.Ф. Конституційне право України : підручник / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко ; за заг. ред. В.Л. Федоренка. – 4-те вид., перероб. і доопр. – К. : Ліра-К, 2012. – 576 с. – С. 398.

Визначаючи зміст установчих повноважень, О.Ф. Фрицький зазначає, що ними слід вважати повноваження щодо створення органів державної влади, їх реорганізації та ліквідації⁸³⁹; М.В. Савчин до установчих відносить повноваження Президента щодо формування органів влади та призначення посадових осіб⁸⁴⁰. Більш широко розглядають установчі повноваження Президента В.Ф. Погорілко і В.Л. Федоренко, які відносять до них повноваження щодо призначення та проголошення загальнодержавного референдуму, призначення позачергових виборів до парламенту, утворення, реорганізацію та ліквідацію центральних органів виконавчої влади, утворення судів, створення допоміжних органів і служб⁸⁴¹. М.О. Теплюк, окрім визначених В.Ф. Погорілком і В.Л. Федоренком установчих повноважень Президента, називає установчими ще й повноваження Президента щодо дострокового припинення повноважень Верховної Ради України⁸⁴².

Резюмуючи запропоновані підходи до переліку установчих повноважень Президента, зазначимо таке. Президент України, відповідно до ст. 106 Конституції України, здійснює такі установчі повноваження:

- призначає та звільняє глав дипломатичних представництв України в інших державах і при міжнародних організаціях;
- призначає всеукраїнський референдум щодо внесення змін до Конституції України відповідно до ст. 156 Конституції, проголошує всеукраїнський референдум за народною ініціативою;
- призначає позачергові вибори до Верховної Ради України;
- припиняє повноваження Верховної Ради України, якщо протягом тридцяти днів однієї чергової сесії пленарні засідання не можуть розпочатися;
- призначає за згодою Верховної Ради України Прем'єр-міністра України, припиняє повноваження Прем'єр-міністра та приймає рішення про його відставку;

⁸³⁹ Фрицький О.Ф. Конституційне право України : підручник / О.Ф. Фрицький. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – 536 с. – С. 364.

⁸⁴⁰ Савчин М.В. Конституційний статус Президента України / М.В. Савчин // Конституційне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К. : Юридична думка, 2008. – Т. 2. – С. 412.

⁸⁴¹ Погорілко В.Ф. Конституційне право України : підручник / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко ; за заг. ред. В.Л. Федоренка. – 4-те вид., перероб. і доопр. – К. : Ліра-К, 2012. – 576 с. – С. 398–400; Конституційне право України : підручник / за ред. В.Ф. Погорілка, В.Л. Федоренка. – К. : КНТ : Ліра-К, 2011. – 527 с. – С. 362–363.

⁸⁴² Теплюк М.О. Теоретичні основи організації і здійснення державної влади / М.О. Теплюк // Конституційне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К. : Юридична думка, 2008. – Т. 2. – 800 с. – С. 287.

- призначає за поданням Прем'єр-міністра України членів Кабінету Міністрів України, керівників інших центральних органів виконавчої влади, а також голів місцевих державних адміністрацій та припиняє їхні повноваження на цих посадах;
- призначає за згодою Верховної Ради України на посаду Генерального прокурора України та звільняє його з посади;
- призначає половину складу Ради Національного банку України;
- призначає половину складу Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення;
- призначає на посади та звільняє з посад за згодою Верховної Ради України Голову Антимонопольного комітету України, Голову Фонду державного майна України, Голову Державного комітету телебачення і радіомовлення України;
- утворює, реорганізовує та ліквідує за поданням Прем'єр-міністра України міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, діючи в межах коштів, передбачених на утримання органів виконавчої влади;
- призначає на посади та звільняє з посад вище командування Збройних Сил України, інших військових формувань;
- призначає третину складу Конституційного Суду України;
- утворює суди у визначеному законом порядку.

Крім того, Президент України бере участь у конституційному процесі як ініціатор внесення змін до Конституції України, а також підписуючи конституційні закони і виступаючи як ініціатор звернень до Конституційного Суду України щодо конституційності прийнятих парламентом таких законів.

З передбачених у ст. 106 Конституції повноважень майже половина – це установчі повноваження, які Президент України реалізує як глава держави.

Ряд повноважень Президента України (що не належать до установчих повноважень) надають йому можливість брати участь у внесенні пропозицій щодо конституювання установчої влади. Так, як ми зазначали в підрозділі 4.1.1 роботи, Президент України, діючи в рамках закону, а саме керуючись ч. 2 ст. 102 та п. 28 ч. 1 ст. 106 Конституції України, створив свій допоміжний орган – Конституційну Асамблею. За допомогою цього органу Президент України передбачає взяти участь у конституюванні в тому числі установчої влади в Україні.

Так, основними завданнями Конституційної Асамблеї визначено:

1) узагальнення практики реалізації Конституції України, пропозицій і рекомендацій щодо її вдосконалення з урахуванням досягнень і тенденцій сучасного конституціоналізму;

2) підготовку та схвалення Концепції внесення змін до Конституції України, подання її Президентові України;

3) підготовку на основі Концепції внесення змін до Конституції України законопроекту (законопроектів) про внесення змін до Конституції України та попереднє його (їх) схвалення;

4) організацію громадського, а також фахового, в тому числі за участю міжнародних експертів, зокрема експертів Європейської Комісії “За демократію через право” (Венеціанська Комісія), обговорення законопроекту (законопроектів) про внесення змін до Конституції України;

5) доопрацювання за результатами громадського і фахового обговорення законопроекту (законопроектів) про внесення змін до Конституції України;

6) схвалення законопроекту (законопроектів) про внесення змін до Конституції України та подання Президентові України для внесення на розгляд Верховної Ради України відповідно до розділу XIII Конституції України.

Керуючись п. 11, 12 Положення про Конституційну Асамблею, затвердженого Указом Президента України “Про Конституційну Асамблею” від 17 травня 2012 р. № 328, Конституційна Асамблея затвердила перелік комісій Конституційної Асамблеї та їх персональний склад. Так, було утворено сім комісій:

1) комісія з питань конституційного ладу та порядку прийняття і введення в дію змін до Конституції України;

2) комісія з питань прав, свобод та обов’язків людини і громадянина;

3) комісія з питань здійснення народовладдя;

4) комісія з питань організації державної влади;

5) комісія з питань правосуддя;

6) комісія з питань правоохоронної діяльності;

7) комісія з питань адміністративно-територіального устрою і місцевого самоврядування.

Зазначені напрями передбачають оновлення практично всього тексту чинного Основного Закону; і розроблений Конституційною Асамблеєю проект конституційного закону Президент України має намір внести на розгляд Верховної Ради України в порядку належної йому згідно з розділом XIII Конституції України законодавчої ініціативи. Це означає участь глави держави у виробленні пропозицій та-

кож і щодо засад конституційного ладу України, проблеми народо-владдя, здійснення конституційного процесу і інших питань, які стосуються реалізації установчої влади народом.

5.3. Реалізація установчої влади в діяльності органів місцевого самоврядування

Органи місцевого самоврядування реалізують установчу владу народу через здійснення наданих їм Конституцією та законами України установчих повноважень (через здійснення установчої діяльності). На місцевому рівні суб'єктами установчої влади конституційно визначені територіальні громади. Так, відповідно до ч. 1 ст. 140 Конституції України встановлено, що місцеве самоврядування є правом територіальної громади самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції й законів України⁸⁴³.

Виходячи з положень цієї статті Конституції, місцеве самоврядування розглядається як специфічна форма здійснення Українським народом своєї влади безпосередньо територіальними частинами народу – територіальними громадами. Конституційне визначення акцентує увагу на тому, що місцеве самоврядування, як специфічна форма публічної влади, характеризується, передусім, наявністю особливого суб'єкта – територіальної громади, котра здійснює свою владу як безпосередньо, так і через органи та посадових осіб місцевого самоврядування. Крім того, за ним визнається особливе місце в політичній системі України: місцеве самоврядування, його органи не входять до механізму державної влади, хоча це й не означає його повної автономності від неї. Взаємозв'язок місцевого самоврядування з державою досить тісний і виявляється в тому, що місцеве самоврядування й державна влада мають єдине джерело влади – народ. Разом з тим місцеве самоврядування, як елемент політичної системи, свідчить про те, що у країні поряд з інтересами особи й держави визнаються та гарантуються ще й місцеві (муніципальні) інтереси, пов'язані з вирішенням питань безпосереднього забезпечення життєдіяльності населення на відповідній території. При цьому муніципальні інтереси розглядають-

⁸⁴³ Напр.: Максакова Р.М. Правовий статус територіальних громад України як суб'єктів комунальної власності / Р.М. Максакова // Актуальні питання управління об'єктами комунальної та спільної власності територіальних громад області : зб. матеріалів [для керівників (спеціалістів) управлінь, відділів, інших служб районних і міських рад з питань управління об'єктами комунальної та спільної власності територіальних громад області] : методичні рекомендації. – Запоріжжя : ЗЦППК, 2003. – С. 54–71.

ся не як підпорядковані державним, а як рівноправні⁸⁴⁴. Реалізація та забезпечення муніципальних інтересів через місцеве самоврядування має здійснюватися у межах Конституції і законів України (ст. 2 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР⁸⁴⁵). Закон надає право територіальній громаді на врядування (управління) своїми (місцевими) справами самостійно, тобто через різноманітні форми безпосередньої, локальної демократії, або через органи й посадових осіб місцевого самоврядування під їх відповідальність.

М.О. Баймуратов і В.А. Григор’єв зазначають, що інтерес місцевого самоврядування та муніципальної влади ґрунтується на таких підставах:

– витоки самоврядування, у тому числі й місцевого, полягають у рамках громадянського суспільства. У міру свого становлення та розвитку місцеве самоврядування, муніципальна влада, як матеріальна форма реалізації інтересу місцевого товариства, легалізується державою й стає репродуктором територіально-особистісних відносин, що формуються на локальному рівні, в процесі становлення та взаємодії громадянського суспільства й демократичної правової держави;

– місцеве самоврядування, муніципальна влада є оптимальним засобом і одночасно домінуючою територіальною ареною задоволення істотних індивідуальних та групових потреб суб’єкта, за допомогою якого він самостверджується і самореалізується в громадянському суспільстві;

– реалізація конкретних потреб суб’єкта переважно здійснюється в рамках системного суспільства – територіального колективу, який виявляє себе крізь призму диверсифікації інтересів. Цей територіальний колектив виступає як система-підсистема та є об’єктом-суб’єктом у процесі задоволення інтересів конкретних індивідів, місцевого співтовариства, громадянського суспільства, держави⁸⁴⁶.

У зв’язку із цим, як наголошують М.О. Баймуратов і В.А. Григор’єв, актуалізується проблема співвідношення інтересів центру та міст у територіальному (адміністративно-територіальному) розрізі, яка навіть за її часткової реалізації (пріоритет місцевих інтересів над

⁸⁴⁴ Конституція України : науково-практичний коментар / редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. наук України. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – Х. : Право, 2011. – 1128 с. – С. 972–973.

⁸⁴⁵ Закон України “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

⁸⁴⁶ Баймуратов М.А. Муниципальная власть: актуальные проблемы становления и развития в Украине : монография / М.А. Баймуратов, В.А. Григорьев. – Одесса : Юридична література, 2003. – 248 с. – С. 91–92.

державними) зміщується в площину державного суверенітету та трансформується в “суверенні інтереси” територій і їх самоврядування, порушуючи державну систему, що перетворює цю проблему з виключно теоретичної в практичну, переводить її у сферу гострого політичного, економічного, релігійного, національного та іншого протистояння держави і її територій⁸⁴⁷.

Здійснення місцевих інтересів забезпечується через реалізацію компетенції місцевого самоврядування. З метою запобігання протистоянню інтересів центру та складових територій в Україні спочатку на рівні конституційного закріплення, а потім на рівні законодавства було більш-менш чітко визначено межі повноважень органів місцевого самоврядування.

Досліджуючи питання компетенції місцевого самоврядування, П.М. Любченко висловлював думку, що це правова категорія, яка охоплює предмети відання й владні повноваження. Вона має внутрішню єдність та узгодженість і включає в себе компетенцію територіальної громади й органів місцевого самоврядування⁸⁴⁸.

В.С. Куйбіда зазначав, що аналіз компетенції повинен дати відповідь, наскільки законодавець забезпечує свободу дій місцевих самоврядних органів для здійснення власних ініціатив із будь-якого питання, яке входить до їхньої компетенції і не належить до компетенції іншого органу влади, а також показати, чи мають самоврядні органи свободу пристосовувати здійснення делегованих їм державою повноважень до місцевих умов для досягнення оптимальних результатів при реалізації правових актів центральної влади. Іншими словами, йдеться про втілення в життя одного з основних принципів місцевого самоврядування – поєднання місцевих і державних інтересів; поряд з цим, закріплюючи компетенцію місцевих рад, законодавець виходить із положення, що місцеве самоврядування в Україні здійснюється на принципах народовладдя, колегіальності. Саме тому, на думку В.С. Куйбіди, вирішення найважливіших проблем місцевого самоврядування вимагає проведення місцевих референдумів; крім того, деякі питання місцевого самоврядування потребують для своєї реалізації колегіального обговорення, що реалізується через здійснення виклю-

⁸⁴⁷ Баймуратов М.А. Муниципальная власть: актуальные проблемы становления и развития в Украине : монография / М.А. Баймуратов, В.А. Григорьев. – Одесса : Юридична література, 2003. – 248 с. – С. 92.

⁸⁴⁸ Любченко П.М. Компетенція місцевого самоврядування: організаційно-правові аспекти реалізації : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / П.М. Любченко. – Х., 1998. – 19 с. – С. 5.

чної компетенції місцевих рад (виключне вирішення питань на пленарних засіданнях місцевих рад)⁸⁴⁹.

Таким способом (через здійснення певної компетенції місцевих рад) установча влада на рівні місцевого самоврядування здійснюється від імені основних носіїв установчих повноважень – територіальних громад – органами місцевого самоврядування.

О.В. Батанов пише, що конституційний інститут територіальних громад є не лише необхідною правовою передумовою функціонування муніципальної влади, він, насамперед, є ланкою громадянського суспільства, важливою частиною політичного процесу, а територіальні громади – носіями установчих функцій⁸⁵⁰.

Установчий характер діяльності територіальних громад, як зазначає О.В. Батанов, особливо рельєфно виявляється в процесах утворення та функціонування системи організаційно-правових суб'єктів місцевого самоврядування (місцевих рад, органів самоорганізації тощо), діяльність яких є вторинною⁸⁵¹. Зважаючи на це, призначення конституційно-правового законодавства полягає в утворенні політичного і правового поля формування дієздатних територіальних громад, їх функціонування як первинних соціальних суб'єктів публічної влади на місцях.

Установча юридична діяльність у муніципальному праві, як зазначає Л.Н. Гініятулліна, являє собою самостійний вид процедурно-процесуальної діяльності уповноважених суб'єктів, наділених владними повноваженнями щодо створення, реорганізації та ліквідації органів і посадових осіб місцевого самоврядування, муніципальних підприємств та установ, інших суб'єктів муніципального права. Одним із провідних суб'єктів установчої юридичної діяльності є представницький орган місцевого самоврядування. Установчий юридичний процес у представницькому органі муніципального утворення, за словами Л.Н. Гініятулліної, має внутрішній та зовнішній аспекти: внутрішній відображається в кінцевому оформленні представницького органу як виборного колегіального органу місцевого самоврядування та його вступу у здійснення своїх завдань, функцій і компетенції; зовнішній – у формуванні та перетворенні структури органів місцевого самоврядування, що передбачені статутом муніципального утворення та наді-

⁸⁴⁹ Куйбіда В.С. Конституційно-правові проблеми міського самоврядування в Україні / В.С. Куйбіда. – Л. : Літопис, 2001. – 375 с. – С. 199–198.

⁸⁵⁰ Батанов О.В. Муніципальна влада в Україні: проблеми теорії та практики : монографія / О.В. Батанов ; відп. ред. М.О. Баймуратов. – К. : Юридична думка, 2010. – 656 с. – С. 329.

⁸⁵¹ Там само. – С. 328.

лені власними повноваженнями щодо вирішення питань місцевого значення, а також інших суб'єктів права.⁸⁵²

Відповідно до ст. 1 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, представницький орган місцевого самоврядування – це виборний орган (рада), який складається з депутатів і відповідно до закону наділяється правом представляти інтереси територіальної громади і приймати від її імені рішення.

Коментуючи положення ст. 140 Конституції України, С.Г. Серьогіна зазначала: “Функції органів місцевого самоврядування є похідними від територіальної громади, це продовження функцій цих спільностей. Основним завданням органів місцевого самоврядування є діяльність щодо реалізації територіальною громадою її колективного права на місцеве самоврядування, яке має невід’ємний та невідчужуваний характер. Виходячи з призначення місцевого самоврядування – вирішення питань місцевого значення, основними функціями місцевих рад є політичні, економічні, соціальні, культурні серед об’єктних функцій, а також так звані владні функції: представницька, установча, нормотворча, контрольна тощо. Вони полягають у забезпеченні реальної участі місцевих жителів у вирішенні місцевих справ, презентації й остаточному вираженні політичної волі та інтересів територіальних громад...”⁸⁵³.

Саме через здійснення місцевими радами установчої функції забезпечується реалізація установчої влади в межах певних адміністративно-територіальних одиниць. Зміст установчої функції місцевих рад, на наш погляд, виявляється в тому, що за своєю суттю вона полягає у встановленні та утвердженні місцевих інтересів через вирішення питань місцевого значення шляхом створення органів, обрання або призначення посадових осіб, відповідальних за впровадження й реалізацію місцевої політики.

Установчі функції органів місцевого самоврядування реалізуються через установчий процес у представницькому органі місцевого самоврядування.

Установчий процес у представницькому органі муніципального утворення, на думку Л.Н. Гиниятулліної, має своє призначення, забезпечує організаційну відокремленість органів та посадових осіб місцевого самоврядування, інших суб'єктів права, реалізацію принципу

⁸⁵² Гиниятуллина Л.Н. Учредительный юридический процесс в представительном органе муниципального образования : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Лилия Накиповна Гиниятуллина. – Казань, 2006. – 204 с. – С. 9–10.

⁸⁵³ Конституція України : науково-практичний коментар / редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. наук України. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – Х. : Право, 2011. – 1128 с. – С. 976–977.

розподілу влади на місцевому рівні; застосування матеріально-правових норм, що закріплюють повноваження представницького органу з питань внутрішньої самоорганізації, щодо створення, реорганізації, ліквідації органів та посадових осіб місцевого самоврядування, інших суб'єктів права; застосування процесуально-правових норм, що регулюють порядок здійснення повноважень представницького органу з питань внутрішньої самоорганізації, щодо створення, реорганізації, ліквідації органів та посадових осіб місцевого самоврядування, інших суб'єктів права; їх подальшу систематизацію і кодифікацію.⁸⁵⁴

Так, відповідно до положень ст. 26 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, визначено ряд повноважень, що належать до виключної компетенції сільських, селищних, міських рад, через здійснення яких представницькі органи місцевого самоврядування забезпечують реалізацію установчої влади. Зокрема, сільські, селищні, міські ради здійснюють такі установчі повноваження, як:

- утворення і ліквідація постійних та інших комісій ради, затвердження та зміна їх складу, обрання голів комісій;
- утворення виконавчого комітету ради, визначення його чисельності, затвердження персонального складу; внесення змін до складу виконавчого комітету та його розпуск;
- обрання на посаду та звільнення з посади секретаря ради у порядку, передбаченому Законом;
- утворення за поданням сільського, селищного, міського голови інших виконавчих органів ради;
- заснування засобів масової інформації відповідної ради, призначення і звільнення їх керівників;
- прийняття рішення про недовіру сільському, селищному, міському голові;
- прийняття рішень щодо дострокового припинення повноважень депутата ради в порядку, встановленому законом;
- прийняття рішення щодо дострокового припинення повноважень сільського, селищного, міського голови у випадках, передбачених Законом;
- створення відповідно до закону міліції, яка утримується за рахунок коштів відповідного місцевого бюджету; затвердження і звільнення керівників та ділничних інспекторів цієї міліції;

⁸⁵⁴ Гиниятуллина Л.Н. Учредительный юридический процесс в представительном органе муниципального образования : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Лилия Накиповна Гиниятуллина. – Казань, 2006. – 204 с. – С. 10.

- прийняття рішення про дострокове припинення повноважень органів територіальної самоорганізації населення у випадках, передбачених Законом;
- затвердження статуту територіальної громади тощо.

Враховуючи те, що перелік повноважень сільських, селищних, міських рад, визначених у ст. 26 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, не є вичерпним, бо вони можуть вирішувати в рамках загальної компетенції й інші питання, віднесені законами України до їх відання, перелік установчих повноважень цих рад може бути продовжений.

Предстаницькі органи місцевого самоврядування, здійснюючи установчу діяльність, визначають загальний склад місцевих рад, що мають обиратися на наступних виборах. Таке рішення приймається ними відповідно до положень п. 1 ст. 16 Закону України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів”⁸⁵⁵. Зокрема:

- рішення про загальний склад (кількість депутатів) обласної, районної, міської (крім районів, міст в Автономній Республіці Крим, міст Києва, Севастополя) ради приймається відповідною обласною радою поточного скликання не пізніш як за 50 днів до дня місцевих виборів;
- рішення про загальний склад (кількість депутатів) районної, міської (районів та міст в Автономній Республіці Крим) ради приймається Верховною Радою Автономної Республіки Крим поточного скликання не пізніш як за 50 днів до дня місцевих виборів;
- рішення про загальний склад (кількість депутатів) Київської, Севастопольської міської ради приймається відповідно Київською, Севастопольською міською радою поточного скликання не пізніш як за 50 днів до дня місцевих виборів;
- рішення про загальний склад (кількість депутатів) районної у місті, сільської, селищної ради приймається відповідною районною у місті, сільською, селищною радою поточного скликання не пізніш як за 50 днів до дня місцевих виборів.

Районні й обласні ради, відповідно до положень ч. 1 ст. 43 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, наділені такими установчими повноваженнями:

- обрання голови ради, відповідно, заступника голови районної ради та першого заступника, заступника голови обласної ради, звільнення їх з посади;

⁸⁵⁵ Закон України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” від 10 липня 2010 р. № 2487-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 35–36. – Ст. 491.

- утворення, обрання і ліквідація постійних та інших комісій ради, зміна їх складу, обрання голів комісій;
- утворення президії (колегії) ради;
- затвердження за пропозицією голови ради структури виконавчого апарату ради, його чисельності, встановленої відповідно до типових штатів, затверджених Кабінетом Міністрів України, витрат на утримання ради та її виконавчого комітету;
- заснування засобів масової інформації відповідної ради, призначення і звільнення їх керівників;
- прийняття рішень щодо дострокового припинення повноважень депутата ради в порядку, встановленому законодавством;
- здійснення відповідно до закону повноважень щодо організації проведення всеукраїнських референдумів та виборів органів державної влади і місцевого самоврядування.

Органи місцевого самоврядування здійснюють установчу владу, також беручи участь у формуванні органів державної влади відповідно до законодавства України.

Так, зокрема, відповідно до п. 29, 31 ч. 1 ст. 43, ст. 72 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР⁸⁵⁶ та ч. 7 ст. 34 Закону України “Про місцеві державні адміністрації”⁸⁵⁷ від 9 квітня 1999 р. № 586-XIV, до повноважень районних і обласних рад належить:

- прийняття рішення про недовіру голові відповідної місцевої державної адміністрації, на підставі чого, з урахуванням пропозицій органу влади вищого рівня, Президент України приймає рішення і дає відповідній раді обґрунтовану відповідь; у разі, якщо недовіру голові районної, обласної державної адміністрації висловили не менш як дві третини депутатів від загального складу відповідної ради, Президент України приймає рішення про відставку голови місцевої державної адміністрації;
- внесення до Кабінету Міністрів України пропозицій щодо голови відповідної місцевої державної адміністрації.

Установчими повноваженнями, відповідно до положень ч. 4 ст. 42 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, наділені також одноособові представницькі органи місцевого самоврядування – сільські, селищні, міські голови. Зокрема, здійснюючи установчі повноваження, сільський, селищний, міський голова призначає

⁸⁵⁶ Закон України “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

⁸⁵⁷ Закон України “Про місцеві державні адміністрації” від 9 квітня 1999 р. № 586-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 20. – Ст. 190.

на посади та звільняє з посад керівників відділів, управлінь та інших виконавчих органів ради, підприємств, установ та організацій, що належать до комунальної власності відповідних територіальних громад, крім керівників дошкільних, загальноосвітніх та позашкільних навчальних закладів.

Також установчі повноваження мають голови районної, обласної, районної у місті ради. Маючи статус головних посадових осіб колегіальних представницьких органів місцевого самоврядування, що представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст (районні та обласні ради), або інтереси певної частини територіальної громади (районна в місті рада), голови районної, обласної, районної у місті ради, відповідно до положень ч. 6 ст. 55 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, призначають і звільняють керівників та інших працівників структурних підрозділів виконавчого апарату ради.

Результати здійснення установчих повноважень органами місцевого самоврядування відображаються в актах органів та посадових осіб місцевого самоврядування.

Саме через акти органів місцевого самоврядування, як зазначала І.В. Дробуш, фіксується та конститується воля територіальної громади, виявляється сукупна воля населення певної місцевості⁸⁵⁸.

Особливе місце серед муніципальних актів належить статутам територіальних громад, які часто називають комунальними конституціями⁸⁵⁹, бо вони відображають специфіку та особливості здійснення місцевого самоврядування певною територіальною громадою, визначають організацію й форми здійснення самоврядування в певних територіальних громадах, передбачають порядок формування, компетенцію та організацію діяльності органів і посадових осіб самоврядування. Статути відіграють важливу роль у здійсненні правового регулювання окремих форм локальної демократії, через які також може здійснюватися установча влада. Це такі форми, як: загальні збори громадян, місцеві ініціативи, громадські слухання. Важливість статутів для проведення цих форм локальної демократії полягає в тому, що саме вони мають визначати реальний порядок їх організації і проведення. Так, відповідно до положень п. 3 ст. 8, п. 4 ст. 9, п. 4 ст. 13 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, порядок орга-

⁸⁵⁸ Дробуш І.В. Функції органів місцевого самоврядування в Україні : монографія / І.В. Дробуш. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2003. – 244 с. – С. 68.

⁸⁵⁹ Там само. – С. 69.

нізації цих форм локальної демократії має визначатися саме статутами територіальних громад.

Серед актуальних проблем, пов'язаних з існуванням статутів територіальних громад (комунальних конституцій), як і на рівні існування Конституції України – в рамках здійснення установчої влади, існує проблема їх прийняття та затвердження⁸⁶⁰. Більшість дослідників наголошує на необхідності прийняття статутів безпосередньо населенням на місцевому референдумі⁸⁶¹. Хоча це спричинює ряд проблем, схожих на проблеми прийняття Конституції України на загальнодержавному референдумі. Тому найбільш дієвим і реальним залишається механізм прийняття статутів, визначений відповідно до п. 1 ст. 19 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”, яким передбачено, що статут територіальної громади приймає представницький орган місцевого самоврядування. Разом з тим, можливо, було б доцільним прийнятий таким способом статут територіальної громади затверджувати рішенням місцевого референдуму, поєднавши обидва підходи.

*** **

Чинна Конституція України не містить положень стосовно наділення Верховної Ради України статусом органу, який може виступати від імені Українського народу. Як відомо, ради різних рівнів є представницькими органами, органами, створеними безпосередньо в результаті народного волевиявлення (виборів). Вони виражають і реалізують волю народу в питаннях суспільного й державного життя.

Верховна Рада України так само є органом державної влади, обраним у результаті народного волевиявлення. Вона здійснює відповідні функції, тобто наділена відповідною компетенцією, і має для її реалізації певні повноваження, передбачені Конституцією України.

Чільне місце в діяльності парламентів має функція, яку називають установчою. При цьому єдиного підходу до розуміння установчої

⁸⁶⁰ Максакова Р.М. Політико-правові проблеми муніципальної влади в Україні / Р.М. Максакова // Влада і суспільство: проблеми взаємодії : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції 18–19 листопада 2005 р. м. Запоріжжя. – Запоріжжя : Юридичний інститут МВС України, 2005. – С. 39–43; Максакова Р.М. Статут територіальної громади як важель вирішення проблем реформування управління місцевими справами / Р.М. Максакова // Актуальні проблеми державотворення в умовах адміністративної реформи : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (11–12 квітня 2003 р.) // Вісник Запорізького юридичного інституту МВС України. – Запоріжжя, 2003. – С. 120–123.

⁸⁶¹ Див. напр.: Дробуш І.В. Функції органів місцевого самоврядування в Україні : монографія / І.В. Дробуш. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2003. – 244 с. – С. 71.

функції парламенту не існує. На наш погляд, зміст установчої функції парламенту полягає у встановленні та утвердженні основ конституційного ладу, створенні системи публічно-владних органів, обранні або призначенні посадових осіб, відповідальних за впровадження й забезпечення конституційно визначеного ладу. Тому слід відзначити, що парламент України є органом, який здійснює не лише законодавчу функцію держави, а ще й ряд повноважень установчої влади.

Президент України також є органом (посадовою особою) державної влади, через реалізацію повноважень яким народ здійснює свою установчу владу. Установчі повноваження називають первинними, найважливішими і найдієвішими в системі повноважень Президента України. Залежно від такого критерію, як предмет відання, установчі повноваження відносять до повноважень у сфері державного будівництва, державотворення.

З передбачених у ст. 106 Конституції повноважень майже половина – це установчі повноваження, які Президент України реалізує як глава держави. Ряд повноважень Президента України (що не належать до установчих повноважень) надають йому можливості брати участь у внесенні пропозицій щодо конституювання установчої влади. Так, Президент України, діючи в рамках закону, а саме, керуючись ч. 2 ст. 102 та п. 28 ч. 1 ст. 106 Конституції України, створив свій допоміжний орган – Конституційну Асамблею. За допомогою цього органу Президент України передбачає взяти участь у конституюванні в тому числі установчої влади в Україні.

Органи місцевого самоврядування реалізують установчу владу народу через здійснення наданих їм Конституцією та законами України установчих повноважень (через здійснення установчої діяльності). На місцевому рівні суб'єктами установчої влади конституційно визначені територіальні громади.

Виходячи з положень цієї статті Конституції, місцеве самоврядування розглядається як специфічна форма здійснення Українським народом своєї влади безпосередньо територіальними частинами народу – територіальними громадами. Закон надає право територіальній громаді на врядування (управління) своїми (місцевими) справами самостійно, тобто через різноманітні форми безпосередньої, локальної демократії, або через органи й посадових осіб місцевого самоврядування під їх відповідальність. Здійснення місцевих інтересів забезпечується через реалізацію компетенції місцевого самоврядування.

Таким способом (через здійснення певної компетенції місцевих рад) установча влада на рівні місцевого самоврядування здійснюється від імені основних носіїв установчих повноважень – територіальних громад – органами місцевого самоврядування.

Саме через здійснення місцевими радами установчої функції забезпечується реалізація установчої влади в межах певних адміністративно-територіальних одиниць. Зміст установчої функції місцевих рад, на наш погляд, виявляється в тому, що за своєю суттю вона полягає у встановленні та утвердженні місцевих інтересів через вирішення питань місцевого значення, шляхом створення органів, обрання або призначення посадових осіб, відповідальних за впровадження й реалізацію місцевої політики.

Установчі функції органів місцевого самоврядування реалізуються через установчий процес у представницькому органі місцевого самоврядування. Результати здійснення установчих повноважень органами місцевого самоврядування відображаються в актах органів та посадових осіб місцевого самоврядування.

ПІСЛЯМОВА

Процес формування та розвитку теорії установчої влади виявився досить суперечливим і неоднозначним, внаслідок чого ця теорія до наших днів не отримала міцного фундаменту, залишається досить заплутаною і непереконливою, містить багато проблемних питань, що не мають наукового вирішення. Істинне пізнання теорії установчої влади та вироблення її наукового поняття, що відображає об'єктивну істину, має рухатися від вихідного уявлення про установчу владу через осягнення її сутності до виявлення цієї сутності в конкретно-історичних умовах сучасної України.

У результаті проведеного нами аналізу ключових понять класичної теорії установчої влади або її сучасних модифікацій, перш за все, звертає на себе увагу те, що за термінами “установча влада”, “влада народу” або “народовладдя” фактично стоїть один і той самий предмет. Відтак, проблемою номер один для теорії установчої влади є визначення природи цієї влади як суспільного феномену та визначення дійсного суб'єкта установчої влади, насамперед, в аспекті поняття “демократії”. Її невирішеність неминуче призводить до змішування уявлень про установчу і законодавчу влади, що негативним чином позначається на практиці.

Влада є складним, багатобічним явищем, яке виявляється в різних організаційних формах, методах та способах її здійснення, знаходить свій прояв у системі відносин, визначеннях, цілях і т. д. При аналізі різних підходів до розуміння влади можна помітити, що для всіх них спільним є погляд на владу як спосіб панування однієї сили над іншою (влада природи над людиною, влада людини над природою, влада людини над людиною). Якщо вести мову про владу в суспільстві, то вона є способом підкорення поведінки людини або силам природи, або іншим людям.

Конкретизуючи поняття влади взагалі, ми можемо констатувати, що коли поведінка людини підкоряється силам природи, ця влада виступає як природна влада, а коли її поведінка підкоряється іншим людям, то влада виступає як соціальна влада. Через це, розглядаючи поняття влади, потрібно зазначати, про яку саме владу йде мова – природну чи соціальну, оскільки дію природних сил вивчають природничі науки, а дію соціальних сил вивчають суспільні науки.

Владний вплив на поведінку людей у суспільстві відбувається об'єктивно, незалежно від свідомого впливу на поведінку конкретної

особи з боку інших людей чи організацій, тобто як результат перехреснування різноманітних сил, численних стихійних актів поведінки людей (зокрема, внаслідок революцій, переворотів, ринкових відносин в умовах капіталізму тощо), або суб'єктивно, тобто як свідомий цілеспрямований вплив на поведінку людини в суспільстві (такий вплив здійснює держава, інші суспільні інститути, транснаціональні корпорації, засоби інформації тощо).

Зважаючи на це, можна виділити дві форми прояву суспільної влади: 1) стихійна влада в суспільстві, що діє незалежно від суспільного усвідомлення, 2) свідомо влада, яку визначають встановлені суспільством закони і яка реалізується за допомогою різноманітного керівного впливу.

Публічна влада виначається нами як суспільне відношення панування-підкорення між суб'єктами, що реалізується в процесі соціального управління у формах самоуправління та владарювання.

Установлення, як першорядний аспект здійснення публічної влади, означає запровадження, установлення, узаконення чи утвердження певного суспільного стану або порядку речей, правового порядку в суспільстві. Саме таким вбачається зміст здійснення установчої влади.

Установча влада виявляється через утворення інститутів суспільства та основних правил (норм) функціонування і взаємодії цих інститутів. Разом з тим утворення нових інститутів відбувається не лише на підставі існуючих норм права і моралі, а й шляхом революцій, переворотів, збройної боротьби тощо.

Прийнято вважати, що правовою основою здійснення актів установчої влади є діюча в державі конституція. Формальні юридичні визначення конституції не розкривають її сутності, а являють собою лише зовнішній опис того, як робиться конституція і що вона робить; визначають критерії, за якими зовнішньо та за допомогою юридичних поглядів можна розпізнати конституцію. На наш погляд, конституція – це існуюче в країні реальне співвідношення сил. А реальне співвідношення сил, відображене письмово на папері, стає не просто фактичним співвідношенням сил, а правом, правовими установами, і посягання на них карається. Це уже правова конституція.

Установча влада, яка здійснюється не на правовій, а на силовій основі, зокрема, революційним способом, спрямовується на створення нового типу держави і суспільства, завоювання для цього політичної влади та прихильності більшості населення й організацію нового управління, здійснення народом основних принципів, встановлених провідною політичною силою, яка здійснила революцію на підставі

встановлених цією політичною силою законів. Іншими словами, здійснення установчої влади не правовим способом на першому етапі передбачає таке, що спирається не на право, а на силу, проголошення певного політичного рішення, легітимацію встановленого вказаним рішенням режиму, і, як завершальний етап, – закріплення проголошеного режиму в конституційно-правових актах, тобто легалізацію установчої влади, набуття нею юридичної форми.

Правова форма не завжди є передумовою здійснення установчої влади, однак вона завжди є умовою її тривалого стійкого існування як виду публічної влади. У цьому полягає специфіка установчої влади, оскільки для публічної влади взагалі її здійснення у правовій формі є суттєвою ознакою. Усі види публічної влади (законодавча, урядова, судова тощо), крім установчої, передбачають їх здійснення від самого початку виключно на правовій основі.

Позаправові форми створення органів влади та визначення різних інститутів суспільства (шляхом революцій, переворотів тощо) є поширеною практикою в розвитку суспільства, у реформуванні основних політичних інститутів. Разом з тим вони потребують надалі переведення реально існуючих відносин і співвідношення політичних сил у юридичні норми, узаконення цих відносин та співвідношення політичних сил, тобто переходу від фактичної до юридичної конституції.

Установча влада представляє організаційний аспект установчо-законодавчої організаційно-правової форми здійснення публічної влади, становить її змістовий процес, який необхідно має легітимізуватися і набути юридичного оформлення. Зміна співвідношення політичних сил, що відбувається в суспільстві, рано чи пізно призводить до зміни змістового аспекту публічної влади, а з ним – до зміни її правової форми.

Формуючи поняття установчої влади, ми розуміли її у функціональному аспекті, тобто як відносини панування-підкорення, у яких владарюючі суб'єкти запроваджують, установлюють, утверджують і узаконюють певні суспільні інститути, основні правила (норми) функціонування і взаємодії цих інститутів, відрізняючи від такого її розуміння, коли термін “установча влада” використовується у значенні суб'єкта, що здійснює цей вид публічної влади (“народ”, “нація” тощо). Як функціональна цілісність, установча влада походить від народу.

Суб'єктами здійснення установчої влади на правовій основі в Україні є народ, органи державної влади, органи місцевого самоврядування. В інших країнах перелік суб'єктів може бути відмінним від наведеного, однак за умови здійснення установчої влади на правовій основі цей перелік визначається в Основному Законі країни.

За умов реалізації установчої влади не на правовій основі суб'єктами її здійснення можуть виявитися як існуючі органи чи структури державної влади (наприклад, армія), чи окремі посадові особи держави, так і тимчасовий уряд, революційний комітет, окремі політичні партії, громадські рухи, озброєні групи повстанців і навіть інші держави.

Виходячи із цього, слід переглянути традиційне сприйняття установчої влади як влади, що належить виключно народові і полягає у прийнятті або зміні конституції. Таке уявлення про установчу владу тільки частково розкриває її реальний зміст. Адже запровадження, установлення, узаконення чи утвердження певного суспільного стану або порядку речей, правового порядку у суспільстві здійснюється не завжди через легітимне змінення чинної конституції народом. Така зміна може відбуватися не лише народом і легітимним способом; її суб'єктами можуть бути діючі органи державної влади, тимчасовий уряд, революційний комітет, товариства тощо. І актом установчої влади, яким запроваджується, установлюється, узаконюється чи утверджується новий порядок речей у суспільстві не завжди є конституція або закон про внесення змін до неї. Цими актами можуть бути універсали, статuti, декларації, маніфести тощо. Нарешті, з установленням та утворенням основних конституційно-правових інститутів не припиняється функціонування установчої влади в процесі здійснення управлінської діяльності в суспільстві, доки не завершиться процес їх легітимації.

Установча влада з погляду її змісту є владою, яка встановлює та утверджує фактичну конституцію, тобто систему здійснення та організації влади, що задовольняє потребам провідних політичних сил у суспільстві. Установча влада з точки зору її форми полягає в узаконенні, тобто наданні загальнообов'язкової сили встановленим конституційним інститутам як за допомогою правових механізмів перетворення фактичної конституції на юридичну, так і за допомогою позаправових механізмів (на початковій стадії її реалізації) з поступовим наданням цим перетворенням правової форми, що відбувається через процес легітимації, надаючи встановленим перетворенням завершеної правової форми.

Установча влада – це 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 норми їх функціонування (установлює фактичну конституцію), а також забезпечує їх легітимацію, узаконюючи суспільний порядок, у якому він зацікавлений, шляхом ухвален-

ня або зміни юридичних актів (юридичної конституції), що становлять організаційні та конституційно-правові передумови функціонування публічної влади.

Реалізація установчої влади має свої особливості за різних обставин, з яких визначаються різні види установчої влади. Представлені сучасною наукою теоретичні уявлення щодо поділу установчої влади на види збігаються в тому, що установча влада може бути як первинною, так і похідною від неї, утвореною та організаційно підпорядкованою первинній установчій владі. З цього випливає те, що існує установча влада суверенна і установча влада, обмежена в суверенитеті іншою установчою владою. У такій класифікації установчої влади на первинну і похідну “розмивається” межа між установчою владою й установленими владами (законодавчою, виконавчою, судовою), що так само є похідними від первинної установчої влади.

Установча влада є первинною тому, що вона створює основні передумови функціонування публічної влади, запроваджує певні публічно-владні інститути і встановлює загальний порядок їх функціонування, таким чином передуює цьому функціонуванню. Установлена влада – це влада функціонуюча, запроваджена і організована установчою владою, така, що є вторинною, визначена установчою владою і виявляється, зокрема, через законодавчу, виконавчу і судову владу, а також через систему інших публічних інститутів (контрольну, муніципальну владу тощо). Законодавча й інші установлені влади є заснованими, тому вони мають похідний, вторинний характер від установчої влади.

Здійснюючи класифікацію установчої влади, потрібно зрозуміти її зміст і отримати чітке уявлення про співвідношення установчої та установлених влад. Установча влада створює основу і є визначальним моментом для реалізації публічної влади в цілому.

На нашу думку, визначальним критерієм для поділу установчої влади на її окремі види ми вважаємо спосіб здійснення установчої влади. За цим критерієм установчу владу можна поділити на три види, які ми умовно пропонуємо називати: 1) революційна установча влада; 2) реформаційна установча влада; 3) функціональна установча влада. Кожний з цих видів реалізації установчої влади відрізняється від інших за специфікою суб’єкта, способами і формами, у яких здійснюється влада, а також за формою і характером актів цієї влади.

Революційна установча влада здійснюється не на правовій, а на силовій основі. Її суб’єктом виступають опозиційно налаштовані політичні сили, народні маси, громадські рухи, озброєні повстанці, органи чи структури державної влади (армія, уряд), а інколи навіть інші

держави. Засоби здійснення цього виду установчої влади – це збройні конфлікти, революції, перевороти. Легітимація такої влади, як правило, триває значний час. Революційна установча влада є дійсно первинною установчою владою, тому її можна вважати визначальним видом установчої влади.

Реформаційна установча влада може здійснюватися як на неправовій, так і на правовій основі. Здійснення цього різновиду установчої влади також може супроводжуватися державним переворотом, мирними революціями (так звані “помаранчеві”, “оксамитові” тощо) або на основі договору між чинними суб’єктами влади, або у ході реформ чи контрреформ. Суб’єктом реформаційної установчої влади, як правило, виступають органи чи структури державної влади.

Функціональна установча влада завжди здійснюється на правовій основі, її суб’єктом виступають установлені влади (глава держави, парламент, уряд, інші органи влади), які завжди діють в рамках, визначених установчою владою. Зміст функціональної установчої влади визначає компетенція та встановлені повноваження її суб’єктів. Виявляється функціональна установча влада в реалізації установленими владами своїх установчих повноважень (внесення змін до конституції, формування органів влади, призначення посадових осіб, припинення повноважень органів влади або посадових осіб тощо). Власне тут можна говорити про делегований характер установчої влади від суверена тим суб’єктам публічної влади, які визначені юридичною конституцією держави.

Слід зазначити, що участь народу у мирних зборах, мітингах, походах і демонстраціях не є власне реалізацією установчої влади, але через ці форми можуть бути закладені основи подальших змін в існуванні або функціонуванні публічно-владних інститутів; вони виступають засобом передачі інформації від народу (як учасника конституційно-правових відносин, акти якого мають інформаційний характер) політично-домінуючому суб’єктові (акти правотворчості якого мають імперативний характер). У цьому сенсі вказані форми мають певний стосунок до здійснення народовладдя в частині створення передумов реалізації народом установчої влади, хоча за своїм змістом вони переплітаються зі здійсненням контролю над чинною владою.

Ведучи мову про форми здійснення установчої влади, варто уникати їх повного ототожнення з формами здійснення безпосередньої демократії, потрібно враховувати їх особливу специфіку, оскільки не всі форми безпосередньої демократії є способами впливу на поведінку людей через запровадження, установлення, узаконення чи утвердження певного суспільного стану речей, правового порядку в суспільстві (а це є головною ознакою здійснення саме установчої вла-

ди, а не іншої влади). Враховуючи те, що згадуваний вплив на поведінку можливий лише через прийняття акту, обов'язкового до виконання всіма учасниками відносин у сфері реалізації установчої влади, пряма установча влада може здійснюється лише через ті форм безпосередньої демократії, які своїм наслідком мають прийняття імперативного акту.

Підсумовуючи запропоновані позиції щодо різних форм реалізації установчої влади, очевидно, доцільно було б запропонувати їх поділ на такі основні групи:

1. За суб'єктом установчої влади – на прямі форми реалізації установчої влади та представницькі (похідні) форми реалізації установчої влади. Перша група об'єднує форми, що забезпечують реалізацію прямої установчої влади. Такими формами є конституційний процес, вибори, референдуми, революції, акти громадянської непокорі, громадянські війни, національно-визвольні рухи, інші форми безпосередньої демократії. До другої групи належать форми, що забезпечують реалізацію представницької (похідної) установчої влади. Такими формами є здійснення установчих повноважень органами державної влади й органами місцевого самоврядування.

2. За правовою врегульованістю – на визначені конституцією (конституційні), визначені законом (законодавчі) і фактичні. При цьому слід зазначити, що за умов реалізації конституційних і законодавчих форм установча влада здійснюється на правовій основі. А за умов реалізації фактичних – на позаправовій основі. Так, зокрема, конституційними формами реалізації установчої влади є вибори, референдуми, конституційний процес. Ці форми проголошені конституцією держави, нормами якої визначаються основні засади їх організації і проведення. Законодавчими формами реалізації установчої влади є загальні збори громадян за місцем проживання, місцеві ініціативи, громадські слухання, відкликання депутата тощо. Ці форми, як правило, лише проголошуються в конституції, а механізм їх реалізації визначається законодавчими актами. Фактичними формами реалізації установчої влади можна визначити революції, акти громадянської непокорі, громадянські війни, національно-визвольні рухи. Такі форми не мають нормативно-правового регулювання, а їх організація і проведення забороняється.

Концептуальні основи установчої влади, закладені в Конституцію України, можна уявити як здійснення установчої влади через: 1) різні форми безпосередньої демократії; 2) органи державної влади; 3) органи місцевого самоврядування; 4) конституційний процес.

Виходячи з положень Основного Закону, можна зробити такий висновок: за суб'єктом форми реалізації установчої влади, визначені в Конституції України, поділяються на прямі та представницькі (похідні); за ступенем нормативно-правового врегулювання форми реалізації установчої влади, визначені в Конституції України, поділяються на конституційні й законодавчі.

Сподіваємось, що розглянуті в монографії конституційно-правові проблеми організації й реалізації установчої влади в Україні та запропоновані шляхи їх вирішення, розроблені теоретичні конструкції щодо змісту й видів установчої влади та форм її реалізації стануть корисними в роботі Конституційної Асамблеї, а також позитивно вплинуть на якість правового регулювання та здійснення установчої влади в Україні.

Наукове видання

Максакова Руслана Миколаївна

**Конституційно-правові проблеми
організації та реалізації
установчої влади в Україні**

Монографія

Редактори А.О. Бессараб, Г.І. Гутман
Технічний редактор А.О. Бессараб

Підписано до друку 14.12.2012 р.
Формат 60×84/16. Папір офсетний. Друк ризографний. Гарнітура Times.
Умовн.-друк. арк. 27,2. Обл.-вид. арк. 27,49. Тираж 500 пр. Зам. № 11-12Н.

Видавець та виготовлювач
Класичний приватний університет
69002, м. Запоріжжя, вул. Жуковського, 70-б

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
серія ДК № 3321 від 25.11.2008 р.