

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ ТА ПРАВА

УДК 342.41

DOI <https://doi.org/10.32850/LB2414-4207.2020.16.02>

УСТАНОВЧА ВЛАДА В ЮРИДИЧНИХ ПОЗИЦІЯХ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Берченко Григорій Валерійович,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного
права України
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна)

У статті з'ясовано зміст юридичних позицій Конституційного Суду України щодо природи Конституції України як акта установчої влади. Саме завдяки позиції Конституційного Суду України, висловленій у рішеннях від 11 липня 1997 року й від 3 жовтня 1997 року, українська доктрина сприйняла концепцію установчої влади. Концепція установчої влади використовувалася також в рішеннях КСУ від 16 квітня 2008 року, від 26 квітня 2018 року, від 13 червня 2019 року. З'ясовано питання щодо меж установчої влади й необхідності дотримання при її реалізації принципу верховенства права. Зроблено висновок, що становлення концепції установчої влади пов'язано з досить спірною позицією Конституційного Суду України щодо опублікування тексту самої Конституції. Якщо говорити популярною нині західною термінологією, то ми отримали «неконституційну норму конституції», тобто положення про набрання чинності в день прийняття не узгоджувалося з іншими положеннями самої ж Конституції. І мова йде не про ч. 5 ст. 94 Конституції, яка згадується в Рішенні Конституційного Суду України від 3 жовтня 1997 року, а про низку інших її положень. Відповідна проблема порушує питання щодо ієрархії положень у самій Конституції. Конституційний Суд України, по суті, визнав необмежений характер установчої влади, що є досить небезпечним концептом. Ідея установчої влади також має підпорядковуватися певним вимогам, тому ж принципу верховенства права і правової держави, відповідно до яких знання прав та обов'язків досягаються шляхом публікації нормативно-правових актів і прив'язки набрання чинності до опублікування, що є обов'язковим. Саме розуміння природи установчої влади як обмеженої правом особливо в контексті захисту прав людини є надзвичайно важливим і породжує необхідність у подальшому дослідженні відповідної проблематики.

Ключові слова: Конституція, установча влада, юридичні позиції Конституційного Суду України, опублікування Конституції, введення в дію Конституції.

**CONSTITUENT POWER IN THE LEGAL POSITIONS
OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE**

Berchenko Hryhorii Valeriyovych,
Candidate of Law Sciences,
Senior Lecturer at the Department
of Constitutional Law of Ukraine
(Yaroslav Mudryi National Law
University, Kharkiv, Ukraine)

The article clarifies the content of the legal positions of the Constitutional Court of Ukraine on the nature of the Constitution of Ukraine as an act of constituent power and its entry into force. It is thanks to the position of the Constitutional Court of Ukraine, expressed in the decisions of July 11, 1997 and October 3, 1997, that the Ukrainian doctrine adopted the concept of constituent power. The concept of constituent power was also used in the decisions of the CCU of April 16, 2008, April 26, 2018, and June 13, 2019. The question of the limits of the constituent power and the need to comply with the principle of the rule of law in its implementation has been clarified. It is concluded that the formation of the concept of constituent power was associated with a rather controversial position of the Constitutional Court of Ukraine on the publication of the text of the constitution itself. If we use the now popular Western terminology, we received an “unconstitutional norm of the constitution”, ie the provision on entry into force on the day of its adoption was not consistent with other provisions of the Constitution itself. And we are not talking about Part 5 of Art. 94 of the Constitution, which is mentioned in the decision of the Constitutional Court of Ukraine of October 3, 1997, and a number of other provisions thereof. The relevant issue raises the question of the hierarchy of provisions in the Constitution itself. The Constitutional Court of Ukraine, in fact, recognized the unlimited nature of the constituent power, which is a rather dangerous concept. The idea of constituent power must also be subject to certain requirements, the same principle of the rule of law and the rule of law, according to which knowledge of rights and responsibilities is achieved through the publication of regulations and binding binding to publication, which is mandatory. It is the understanding of the nature of constituent power as limited by law, especially in the context of human rights protection, that is extremely important and necessitates further research on the relevant issues.

Key words: constitution, constituent power, legal positions of the Constitutional Court of Ukraine, publication of the Constitution, entry into force by the Constitution.

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

Метою статті є з'ясування змісту концепту «установча влада» в юридичних позиціях Конституційного Суду України (далі – КСУ). Завданнями статті є з'ясувати зміст перших рішень КСУ, присвячених концепції установчої влади; установити зміст юридичних позицій КСУ щодо опублікування Конституції України; з'ясувати напрями подальшого розвитку наукових досліджень концепції установчої влади.

Як справедливо зазначає Ю.Г. Барабаш, установча влада Українського народу як конституційний феномен лише набуває своїх чітких рис [1, с. 79]. В Україні концепція установчої влади активно ввійшла в практику конституційного судочинства завдяки не в останню чергу В.М. Шаповалу. На його думку, у наш час зміст концепції установчої влади зберігає своє значення, а ідеї, що становлять цей зміст, іноді в прямій формі зафіксовано в основних законах. Важливим є те, що зміст названої концепції безпосередньо пов'язаний із принципом народного суверенітету, який її опосередковує [2, с. 114]. Багато в чому завдячуючи йому, ця концепція втілена в перших рішеннях КСУ – у рішеннях КСУ від 11 липня 1997 року № 3-зп і 3 жовтня 1997 року № 4-зп.

М.І. Козюбра стверджує, що преамбула Конституції України виходить із того, що Конституція України є актом установчої влади Українського народу. Від його імені цю установчу владу реалізувала Верховна Рада України, прийнявши Конституцію [3, с. 4]. У Рішенні від 11 липня 1997 року № 3-зп КСУ прямо зазначив, що «прийняття Конституції України Верховною Радою України було безпосереднім актом реалізації суверенітету народу, який тільки одноразово уповноважив Верховну Раду України на її прийняття». Зв'язок Конституції України з концепцією установчої влади став можливим завдяки преамбулі Конституції, у якій ідеться про прийняття Конституції парламентом від імені Українського народу. Так само в пізнішому Рішенні КСУ – від 5 жовтня 2005 року (абз. 4.3) – підтверджено: «... при прийнятті 28 червня 1996 року Конституції України суверенна воля народу була опосередкована Верховною Радою України».

На думку М.В. Шаповала, важливим є те, що в цьому Рішенні розрізняються поняття закону в широкому сенсі (національне, або внутрідержавне, право) і закону у вузькому сенсі (закон України, тобто формальний закон) [4, с. 302]. Як зазначив КСУ, «в основному ж у тексті Конституції України термін «закон» вживається у вузькому значенні, охоплюючи лише закони України, зокрема, він часто вживається у словосполученні «Конституція України і (та) закони України» (статті 10, 15, 36, 79, 126, 150 та ін.)». Так само в пізнішому Рішенні КСУ – від 5 жовтня 2005 року (абз.4.3) – підтверджено: «... при прийнятті 28 червня 1996 року Конституції України суверенна воля народу була опосередкована Верховною Радою України».

Ю.Г. Барабаш із цього приводу справедливо запитусь: звідки в Суду виникла тверда впевненість у тому, що саме народ уповноважував парламент на реалізацію його (народу) установчих повноважень? [5] Не ставлячи під сумнів легітимність чинної Конституції, у цьому плані поставимо ще питання: первісну чи інституційну владу (за відомим поділом, який широко розповсюджений у французькій доктрині) здійснила Верховна Рада, ухваливши Конституцію України? Виходить, що первісну, а діяла вона від імені народу як єдиний загальнонаціональний представницький політичний легітимний орган.

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

КСУ визнав: «Конституція України як Основний Закон держави за своєю юридичною природою є актом установчої влади, що належить народу. Установча влада по відношенню до так званих встановлених влад є первинною: саме в Конституції України визнано принцип поділу державної влади ... та визначено засади організації встановлених влад, включно законодавчої. Прийняття Конституції України Верховною

Радою України означало, що у даному випадку установча влада була здійснена парламентом» (п. 2 мотивувальної частини). «Закони є актами встановленої Конституцією України законодавчої влади, більше того, актами єдиного органу законодавчої влади» – сказано там само.

Із цього приводу Ю.М. Тодика справедливо зазначав: «Оптимальним є варіант, коли Конституція країни приймається й одразу ж публікується. Тоді не виникає питання: а коли ж вона введена в дію? Конституція України 1996 року була опублікована не одразу, а через два тижні. Відповідно, як вона могла діяти, якщо її тексту ніхто не бачив?» [6, с. 275].

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

Разом із цим як безпосередньо до позиції КСУ, так і до втілення концепції установчої влади в державно-правову практику залишаються питання. Мова передусім йде про непроведення поділу установчої влади на первісну та інституційну, що є поширеним у доктрині конституційного права, а також про відсутність повноцінного втілення установчої влади в реальних механізмах Конституції України 1996 року щодо внесення змін та ухвалення нової Конституції, наявності потенційних суперечностей у цьому плані в середині конституційного тексту, зокрема між ст. 5 і розділом XIII Конституції. На жаль, у 1996 і 1997 роках українська теорія і практика не була такою, щоб абсолютно коректно екстраполювати на відповідні події й конструкції, які використовувалися під час реалізації установчої влади в Україні та згодом інтерпретовані КСУ, досвід тієї ж Франції або США.

На думку М.В. Теплока, чинний на момент ухвалення нової Конституції попередній Основний Закон не допускав набуття законом чинності раніше дня його опублікування, Конституція 1996 року набула чинності навіть за відсутності офіційно підписаного її тексту. Єдино прийнятним виходом із ситуації виявилось саме урочисте підписання Конституції (а точніше, закону про її прийняття й уведення в дію) одночасно Головою Верховної Ради України та Президентом України. Завдяки такому акту виконано конституційне повноваження Голови Верховної Ради щодо підписання актів, ухвалених Верховною Радою (п. 3 ч. 2 ст. 88 Конституції), а також конституційне повноваження Президента стосовно підписання законів, прийнятих Верховною Радою України (п. 29 ч. 1 ст. 106 Конституції) [7].

Що стосується Конституції України, то вона дійсно не була підписана Президентом України, на сайті Верховної Ради України підпис Президента не зазначений. Натомість того ж 28 червня окремо був ухвалений спеціальний закон – Закон України «Про прийняття Конституції України і введення її в дію» № 254/96-ВР. Цей Закон підписаний Президентом урочисто в Маріїнському палаці 12 липня 1996 року й опублікований лише 13 липня в газеті «Голос України» разом із текстом Конституції.

Ухвалення окремого закону про введення в дію конституції – це, звичайно, легітимізація конституційного тексту одночасно підписом Голови Верховної Ради України й Президента. Проте це також і данина традиції ухвалення законів про введення в дію конституцій, яка сягає радянських часів. Так, 20 квітня 1978 року ухвалений Закон УРСР «Про порядок введення в дію Конституції (Основного Закону) Української Радянської Соціалістичної Республіки» № 3280-ІХ. Закони ж про внесення змін до Конституції УРСР взагалі вводилися в дію постановами ВР УРСР (див., наприклад, Постанову «Про порядок введення в дію Закону Української РСР «Про зміни і доповнення Конституції (Основного Закону) Української РСР у зв'язку з вдосконаленням системи державного управління» від 21 травня 1991 року № 1049-ХІІ). Окремі акти про

введення в дію ухвалювалися також щодо кодексів, причому як у радянський період, так і вже під час незалежності (наприклад, Указ Президії ВР УРСР «Про порядок введення в дію Кодексу про шлюб та сім'ю Української РСР» від 29 грудня 1969 року № 2476-VII, Постанова ВР України «Про введення в дію Кодексу України про надра» від 27 липня 1994 року № 133/94-ВР).

Навіть сьогодні відповідна конструкція оцінюється як правильна й така, що потребує ще більшого запровадження в конституційно-правову дійсність. М.В. Теплюк вважає, що «з усіх точок зору вбачається доцільним запровадити практику введення в дію Конституції та змін до неї шляхом ухвалення відповідного окремого конституційного закону» [7]. Так само, на думку О.І. Ющика, якщо йдеться про такі масштабні закони, як Конституція або кодекси, то кращим рішенням у такому разі варто визнати прийняття окремого закону про введення в дію цих актів [8].

По суті, КСУ визнав, що закон про введення в дію Конституції був не потрібен, оскільки Конституція України вже набрала чинності, унаслідок чого втратили чинність Конституція УРСР 1978 року й Конституційний договір 1995 року (хоча це прямо в ній і не зазначалося).

Водночас Ю.М. Тодика, розмірковуючи над проблематикою набрання чинності Конституцією, пропонував як варіант використати саме такий підхід – розмежувати набрання чинності й уведення в дію конституції: «Із цієї моделі може випливати, що Конституція набрала чинності, як це випливає зі ст. 160 Конституції, у день її прийняття, тобто 28 червня 1996 р., а реально була введена в дію, коли була опублікована й кожен суб'єкт правовідносин (фізичні та юридичні особи, у тому числі й держава) могли послатися на відповідні конституційні норми й на Конституцію загалом. ...Проте й вищевказана конструкція недостатньо переконлива. Простіше ситуація в країнах, де конституції ухвалюються на всенародних референдумах. Там не виникає проблем із визначенням моменту набрання нею чинності» [6, с. 275].

Повертаючись знову до рішення КСУ від 3 жовтня 1997 року № 4-зп, як зазначає С.П. Головатий, на основі розуміння відмінності між юридичною природою конституції як акта й водночас акта установчої (первинної) влади народу та юридичної природи закону як акта законодавчої (похідної від первинної) влади держави, Суд зробив цього разу цілком логічний і правильний висновок, що порядок набрання чинності законом не може бути ідентичним порядку набрання чинності конституцією: тоді як закон набуває чинності не раніше дня його опублікування, що збігається в часі з актом промульгації закону, який здійснюється від імені держави її главою – президентом, моментом набуття чинності Конституцією України Суд визнав момент оголошення результатів голосування за проектом Конституції України загалом на пленарному засіданні ВРУ 28 червня 1996 року, тобто саме той момент, коли парламент, діючи за уповноваженням народу, здійснив акт установчої влади народу [9, с. 1434].

Проте насправді з цим можна дискутувати: чому народ або ж окремих громадянин має бути в гіршому становищі в разі прийняття Конституції порівняно з прийняттям звичайного закону? Конституція має якимось застосовуватися, мають реалізовуватися права, виконуватися обов'язки, органи влади мають діяти відповідно до Конституції. Проте Конституція, не будучи опублікованою, може не бути доступною певний час як текст. Добре, що такий строк становив трохи більше ніж два тижні, проте гіпотетично він міг затягнутися, тим більше що КСУ жодних застережень із цього приводу не висловив. Загалом склалося враження, що опублікування Конституції взагалі не хвилювало КСУ як таке. Зосередивши ключову увагу на «захисті» ст. 160 Конституції від ч. 5 ст. 94 шляхом пояснення, чому конституція не є законом, а актом установчої влади, КСУ, видається, «вишпеснув дитину разом з водою».

Відсутність будь-яких застережень із приводу необхідності опублікування Конституції з боку КСУ не може не хвилювати, адже ідея установчої влади також має підпорядковуватися певним вимогам, тому ж принципу верховенства права і правової держави, відповідно до яких знання прав та обов'язків досягаються шляхом публікації нормативно-правових актів і прив'язки набрання чинності до опублікування, що є обов'язковим. Чому це правило не має поширюватися на саму Конституцію? Можна було б зрозуміти відповідний підхід, якщо б Конституція затверджувалася на референдумі, будучи попередньо вже опублікованою. Натомість ми мали парламентську процедуру прийняття тексту Конституції, деякі проекти якої дійсно попередньо оприлюднювалися, проте жоден із них не був ідентичним схваленому парламентом тексту.

На думку М.В. Теплюка, усе було досить прозаїчно: «Вирішальною виявилася потреба в стабілізації, чим і пояснюється негайне надання чинності новій Конституції з дня її прийняття, за рахунок нехтування правилами юридичної техніки й ігнорування суперечностей, які виникають у зв'язку з таким політичним за своєю сутністю рішенням». ... Крім того, в статті 57 Конституції 1996 року недвозначно встановлено: закони, які визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними. Отже, стаття 160 Конституції вступала в суперечність зі статтею 57» [7].

Як справедливо зазначав Ю.М. Тодика, «чи є підстави не враховувати ст. 57 Конституції України, частина друга якої встановлює, що закони й інші нормативно-правові акти, що визначають права й обов'язки громадян, повинні бути доведені до відома населення в порядку, встановленому законом? Виникає питання: чи закріплюються в Конституції України основні права і свободи громадянина та людини? Безумовно. Уся концепція й філософія Конституції України базуються на пріоритеті прав особи. Тому неопублікований текст Конституції діяти не може» [6, с. 274]. Ю.М. Тодика резюмував: «Конституційний Суд України, розглядаючи 3 жовтня 1997 року справу про набуття чинності Конституції України, не врахував однієї важливої обставини. В обґрунтуванні про набуття чинності він посилався на Основний Закон, який не набув чинності. Нормальною була б ситуація, коли б конституційний тест набув чинності відповідно до звичайної процедури або ж після прийняття нової Конституції України був би негайно опублікований» [6, с. 276]. Як бачимо, це досить радикальні висновки, проте загалом не можна не погодитися з академіком права Ю.М. Тодикою щодо недоліків аргументації рішення КСУ від 3 жовтня 1997 року й важливості відповідної проблеми набуття чинності Конституцією України загалом.

Заради справедливості треба зазначити, що Рішення КСУ від 3 жовтня 1997 року мало певною мірою благий задум: обґрунтувати, що «з набуттям чинності Конституцією України, згідно з частиною другою статті 55 Конституції України, кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб». Цей висновок прямо звучить у п. 3 резолютивної частини Рішення. Проте, по суті, вийшло так, що КСУ надав цьому положенню зворотню дію, оскільки воно набуло чинності до опублікування, більше того, КСУ визнав весь текст Конституції чинним із моменту її прийняття, тобто ще до опублікування. Тому юридично це названо реалізацією установчої влади народу, а не зворотною дією. Прикметно, що сам КСУ визнав недоцільним безпосередньо пов'язувати предмет офіційного тлумачення зі змістом ч. 1 ст. 58 Конституції України, у якому якраз і йде мова про зворотню дію (абз. 6 п. 1 мотивувальної частини).

Варто також згадати також Рішення КСУ від 16 квітня 2008 року (справа про прийняття Конституції та законів України на референдумі), де зазначалося, що «формою

здійснення установчої влади народом є всеукраїнський референдум, що проголошується за народною ініціативою на вимогу не менш як трьох мільйонів громадян України, які мають право голосу, за умови, що підписи щодо його призначення зібрано не менш як у двох третиinah областей і не менш як по сто тисяч підписів у кожній області (частина друга статті 72)».

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

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

Отже, становлення концепції установчої влади пов'язано з досить спірною позицією КСУ щодо опублікування тексту самої Конституції. Якщо говорити науковою термінологією, то ми отримали «неконституційну норму конституції», тобто положення про набрання чинності в день прийняття не узгоджувалося з іншими положеннями самої ж Конституції. І мова йде не про ч. 5 ст. 94 Конституції, яка згадується в Рішенні КСУ від 3 жовтня 1997 року, а про низку інших її положень. Відповідна проблема порушує питання щодо ієрархії положень у самій Конституції. Проте КСУ, по суті, визнав необмежений характер установчої влади, що є досить небезпечним концептом. Саме розуміння природи установчої влади як обмеженої правом особливо в контексті захисту прав людини є надзвичайно важливим і породжує необхідність у подальшому дослідженні відповідної проблематики.

Список використаних джерел:

1. Барабаш Ю.Г. Установча влада українського народу як конституційний феномен. *Право України*. 2009. № 11. С. 73–80.
2. Джерела конституційного права України / відп. ред. : Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик. Київ : Наук. думка, 2010. 711 с.
3. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол. : В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін. 2-ге вид., переробл. і допов. Харків : Право, 2011. 1128 с.
4. Проблеми сучасної конституціоналістики. Вип. 3 : Сучасний український конституціоналізм / за ред. А.Р. Крусян. Одеса : Фенікс, 2015. 526 с.
5. Барабаш Ю.Г. Право визначення конституційного ладу народом України (Аналітична записка № 2 Комісії з питань здійснення народовладдя). *Конституційна асамблея: політико-правові аспекти діяльності*. 2012. № 3. С. 4–12.
6. Тодыка Ю. Н. Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика. Харьков : Факт, 2003. 328 с.
7. Теплюк М. Проблемні питання введення в дію Конституції України. URL: <http://veche.kiev.ua/journal/2151/>.
8. Ющик О.І. Перехідні положення Конституції України (теоретико-правові питання). *Юридична Україна*. 2005. № 1. С. 12–17.
9. Головатий С.П. Верховенство права : у 3 кн. Київ : Фенікс, 2006. Кн. 3 : Український досвід. С. 1277–1747.