

3. Матвеев Г.К. Советское семейное право / Г.К. Матвеев. — М. : Юрид. лит., 1985. — 208 с.
4. Летова Н.В. Проблемы усыновления: теория и практика / Н.В. Летова // Государство и право. — 2006. — № 11. — С. 52-61.
5. Семейное право України : підручн. / За ред. Ю.С. Червоного. — К. : Істина, 2004. — 400 с.
6. Нечаева А.М. Семейное право : курс лекц. / А.М. Нечаева. — М. : Юрист, 2008. — 328 с.
7. Батурина Н.И. Усыновление (удочерение) детей по российскому семейному праву : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Наталия Игоревна Батурина. — Волгоград, 2005. — 203 с.
8. Семейный кодекс України від 10.01.2002 р. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>
9. Ромовська З.В. Коментар до глави 18 "Усиновлення" Семейного кодексу України / З.В. Ромовська // Законодавство України : Науково-практичні коментарі. — 2005. — № 4. — С. 3-42.
10. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>
11. Про внесення змін до Семейного кодексу України щодо особливостей усиновлення окремих категорій дітей : Закон України від 19.05.2011 р. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3381-17>

УДК 342.2; 324.4

**Максакова Р. М.**, завідувач кафедри конституційного, адміністративного та трудового права Інституту управління та права Запорізького національного технічного університету, д.ю.н., доцент

## Теоретико-методологічні проблеми формування поняття «установча влада»

Стаття присвячена виявленню проблем, які стоять на заваді до формування єдиного загальноживаного поняття «установча влада». Проаналізовано витоки формування вчення про установчу владу і його остаточне оформлення в класичній теорії установчої влади. Звертається увага на відсутність уніфікованого визначення поняття «установча влада» в сучасній юридичній літературі та на проблему звуженого сприйняття явища установчої влади через її недосконале законодавче визначення.

**Ключові слова:** влада народу, демократія, конституція, народовладдя, установча влада.

Статья посвящена выявлению проблем, препятствующих формированию единого понятия «учредительная власть». Проанализированы истоки формирования учения об учредительной власти и его окончательное оформление в классической теории учредительной власти. Обращается внимание на отсутствие унифицированного определения понятия «учредительная власть» в современной юридической литературе и на проблему суженного восприятия явления учредительной власти вследствие ее несовершенного законодательного определения.

**Ключевые слова:** власть народа, демократия, конституция, народовластие, учредительная власть.

The article is devoted to the identification of problems that interfere with the formation of a unified concept of constituent power. Analyzed the origins of the doctrine of constituent power and its final registration in the classical theory of constituent power. Attention is drawn to the absence of a uniform definition of the concept of constituent power in modern legal literature and the problem of constricted perception phenomenon through its constituent power imperfect legislative definition.

**Key words:** government of the people, democracy, constitution, democracy, constituent power.

**Актуальність.** Сучасні теорії демократії, в основу яких покладено ідею народного суверенітету, визначають першим і головним його проявом установчу владу народу. При цьому, не дивлячись на поширене використання в сучасних дослідженнях поняття «установча влада», його єдине загальносприйнятне визначення відсутнє. Такий стан речей спричиняє цілий ряд проблем не лише в сфері праворозуміння, але й, як логічний наслідок, – в сфері правозастосування. Відсутність чіткого відмежування установчої від інших влад, наприклад законодавчої або контрольної створює підґрунтя для зловживання органами влади своїм статусом. Загальновідомим прикладом в цій сфері є факт реалізації установчої влади Конституційним Судом України (мається на увазі Рішення КСУ від 30 вересня 2010 р. № 20–рп/2010 щодо повернення до Конституції України в її первинній редакції від 28 червня 1996 року). 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. Поняття установчої влади часто отожднюють з демократією взагалі. Не випадково, що у поняття установчої влади автори вкладають різний зміст.

**Аналіз останніх досліджень.** Представники сучасної вітчизняної юридичної думки часто застосовують категорію «установча влада», наголошуючи на особливому значенні первісної установчої влади народу, зазначаючи, що саме ця влада (влада народу) може розглядатися як провідна правова категорія, ключове поняття сучасного конституціоналізму [1, с. 132; 2; 3, с. 286]. При цьому, активне використання терміну «установча влада» здійснюється, як правило, без розкриття змісту самого поняття [4, с. 94; 5, с. 47–48, 351]. Дуже часто в юридичній літературі термін «установча влада» отожднюється з терміном «влада народу», а останній замінюється терміном «народовладдя» [6, с. 66; 7; 8; 9].

У зв'язку з цим **метою** цієї статті є виявлення проблем, які стоять на заваді до формування єдиного загальноновживаного поняття «установча влада».

**Основний матеріал.** Вважаємо, що починати процес виявлення зазначених проблем треба з дослідження питання про формування вчення про установчу владу.

Погляди більшості дослідників пов'язують витоки формування вчення про установчу владу із різними історичними періодами. Більшість з них збігається на трьох можливих варіантах: 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 Реформації, що поклало початок зародженню природно-правових теорій та правових вчень), які ознаменували собою розвиток Нового часу. В результаті вивчення праць Р. Броуна «A Booke which sheweth the life and manners of all true Christians» (1582 р.), Ю. Гачека «Право сучасної демократії» (1913 р.), М. Єленіна «Учредительное собрание: политико – правовая природа» (1998 р.) щодо дослідження ними процесів формування демократичних ідей; та змісту ідей демократії викладених в працях Ж.-Ж. Руссо «Про суспільний договір, або Принципи політичного права» (1762 р.); Дж. Локка «Два трактати про державне правління» (1690 р.); Ш. Монтеск'є; Г. Гроція; О. Гамільтона, Д. Медісона і Дж. Джея «Federalist» (1788 р.); Л.А. Прево-Парадоля «La France Nouvelle. 1869», – можна простежити процеси, що передували оформленню вчення про установчу владу в класичну теорію яка отримала своє закріплення у праці Е. Ж. Сьєйєса «Що таке третій стан?» (1789 р.) [10].

Як відомо, ідеї демократії активно розвивалися в працях теоретиків XVIII ст. і

знайшли відображення у трьох основних формах демократії: швейцарській, американській і французькій.

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. 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 визначав владу судову.

О. Гамільтон, Д. Медісон і Дж. Джей, аналізуючи теорію Ш. Монтеск'є, також ставили питання, як забезпечити розподіл влади і дійшли висновку, що 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.

В 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). Л. А. Прево-Парадоль обґрунтував появу нового типу сучасної демократії – парламентарної, прообразом якої слугувала парламентарна монархія Англії, а вихідним пунктом були загальне виборче право і народний суверенітет.

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.

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.).

Е.Ж. Сьєйєс 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. Сьєйєс 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 юстиції [11].

У своїй теорії установчої влади Е.Ж. Сьєйєс 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» [12, с. 4].

Основними принципами розробленої Е.Ж. Сьєйєсом теорії стали такі:

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 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 [12, с. 4; 13, с. 37].

Вченням Е.Ж. Сьєйєса було закладено постулат, згідно з яким будь-яка держава повинна мати свою писану конституцію. 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 трансформувалася 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 основного і пріоритетного носія установчої влади стали замінювати його надзвичайними представниками — установчими зборами або органом законодавчої влади. І поступово більшість основних принципів теорії Е.Ж. Сьєйєса були загублені та забуті, а зміст теорії установчої влади стали зводити до процесу прийняття або зміни від імені народу конституції держави.

Слід підтримати висновки М.В. Єленіна, який констатував, що протягом XIX 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 розумінні [14, с. 38].

Все це призвело до того, що у державах з розвиненими демократичними установами, як стверджував Е.Е. Понтович, установча влада народу як носій первісної своєї функції — гарантії народної свободи стає дедалі все більш непотрібною [15, с. 87-89].

Як наслідок — 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 і форм реалізації; навпаки, в теорії спостерігається різноманітність підходів до розуміння вказаного поняття [16].

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 судову. Кожна з цих «влад» є похідною або встановленою і принципово відмінною від установчої влади [17].

М.О. Теплюк пов'язує установчу владу з референдумом, прийняттям та зміною конституції, а також зауважує, що ряд повноважень установчої влади здійснюють

Верховна Рада України і Президент України [18, с. 281, 286–287].

М.В. Савчин зміст установчої влади пов'язує лише з утвердженням конституції, а також її переглядом [19, с. 302–304].

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 самоврядування [20]. Таким чином, вчений не пов'язує поняття установчої влади із самим тільки прийняттям конституції.

Не вирішує проблему уніфікованого визначення поняття установчої влади і сучасна енциклопедична юридична література України. 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».

Слід також звернути увагу, що не дивлячись на те, що в Конституції України не вживається термін «установча влада», — він не є «чужинним» національному конституційному законодавству, бо активно використовується в Рішеннях КСУ, а після прийняття Закону України «Про Всеукраїнський референдум» від 06 листопада 2012 р. № 5475-VI став офіційно визнаний і визначений на рівні Закону. 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. Позитивно оцінюючі факт законодавчого визначення установчої влади слід звернути увагу й на той аспект, що право визначення конституційного ладу не обмежується лише прийняттям конституції держави, це можливо також шляхом внесення до неї змін. Виходячи з закріпленого на рівні зазначеного Закону визначення установчої влади — зміст її поняття звужується. Окрім того, в науковій літературі формами реалізації установчої влади також називають участь народу у формуванні органів влади в державі, або припиненні їх повноважень, участь в сучасних формах революцій, як то наприклад: «революції Гідності», «Помаранчевій революції», тощо. Отже, законодавче визначення установчої влади в Законі України «Про Всеукраїнський референдум» слід оцінити як прогресивний крок до уніфікації понятійного апарату правової науки, але він не вирішує проблему розкриття істинної сутності явища установчої влади в суспільстві.

**Висновки.** Процес формування та розвитку теорії і поняття 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, а сучасна юридична наука досі не застосовує уніфікованого розуміння поняття установча влада. 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.

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.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Мучник А.Г. Комментарий к Конституции Украины / Мучник А.Г. — [2-е изд., исправ. и доп.]. — К. : Парламентское изд-во, 2003. — Кн. 1. — 400 с.
2. Ющик О. Конституційно-правові проблеми установчої влади в Україні / О. Ющик // Віче: Теоретичний і громадсько-політичний журнал. — 2009. — № 24. — С. 2–4.
3. Конституційне право України / [за заг. ред. В.Ф. Погорілка]. — [3-є вид.]. — К. : Наукова думка, 2002. — 732 с.
4. Погорілко В.Ф. Конституційне право України : [підручник] / В.Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко. — К. : КНТ: Ліра-К, 2011. — 527 с.
5. Скрипнюк О.В. Конституційне право України : [підручник для студ. вищ. навч. закл.] / Скрипнюк О.В. — К. : Ін Юре, 2010. — 672 с.
6. Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін.]. — К. : Вид-во «Українська енциклопедія» імені М.П. Бажана, 1998–2004. — Т. 4: Н–П. — 2002. — 717 с.
7. 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.
8. Опришко І. Пряме народовладдя. Чи прямим є до нього шлях? / І. Опришко, О. Коваленко // Віче. — 2000. — № 7 (100). — С. 49–55.
9. Петришин О.В. Влада народу — народовладдя: основа демократичної держави / О.В. Петришин // Право України. — 2009. — № 11. — С. 58–65.
10. 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.
11. Мироненко О.М. Сьєйєс [Електронний ресурс] / О.М. Мироненко. — Режим доступу : <http://leksika.com.ua/12780616/legal/syeuyes>.
12. Сийес Э.Ж. Что такое третье сословие? / Сийес Э.Ж. — СПб. : Голос, 1906. — 64 с.
13. Гачек Ю. Право современной демократии / Ю. Гачек // Общее государственное право на основе сравнительного правоведения / [под ред. и с предисл. М. А. Рейснер ; пер. М. Я. Лазерсона]. — Рига : Наука и Жизнь, 1913. — Ч. 2. — 607 с.
14. Еленин Н.В. Учредительное собрание: политико-правовая природа : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Еленин Н.В. — М., 1998. — 189 с.
15. Понтович Э.Э. Развитие конституции и учредительная власть / Понтович Э. Э. — Петроград : Огни, 1918. — 91 с.
16. Максакова Р.М. Сучасні підходи до визначення поняття та змісту установчої влади / Р.М. Максакова // Право та державне управління. - № 1.-2010.- С. 7-10.
17. Шаповал В. Конституція України: вже або лише п'ять років? / В. Шаповал // Право України. — 2001. — № 6. — С. 6–8.
18. Конституційне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / [за заг. ред. Ю.С. Шемшученка]. — К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2006–2008. — Т. 2. — 2008. — 800 с.
19. Савчин М.В. Конституціоналізм і природа конституції : [монографія] / Савчин М.В. — Ужгород : Ліра, 2009. — 372 с.
20. Ющик О. Конституційні проблеми установчої влади в Україні / О. Ющик // Юридичний вісник України. — 2007. — № 42 (642). — С. 5–7.