



Олександр Водянніков,
кандидат юридичних наук,
Старший проектний співробітник
Програми підтримки для України ОБСЄ,
Консультант Комісії з питань правової реформи
ORCID: 0000-0002-2217-3100

DOI 10.32782/2306-9082/2023-50-2

УДК 342.4

Прерогативні установчі повноваження українського парламенту

Сучасний конституціоналізм ґрунтується на парадигмі народного суверенітету, що визначає народ як політичну спільноту єдиним джерелом влади та визнає за ним виключне право визначати і змінювати конституційний лад. Конституції при цьому спрямовані бути стабільними основами конституційного ладу, що мають витримувати періоди криз і політичної нестабільності. Конституцієтворення розглядається як творчий і раціональний процес, в ході якого реалізується первинна установча влада народу як політичної нації.

Однак історія і сучасна практика конституцієтворення вказують на інше – в переважній більшості країни конституції приймалися, скасовувались чи зазнавали суттєвих змін саме в часи кризи та екстремальних умов. Як зазначають Янів Рознай та Річард Альберт, за останні 40 років понад 200 конституцій були прийняті в кризових умовах [1, с. 1]. Сучасний постмодерний конституціоналізм безпосередньо став наслідком глобальної соціальної катастрофи II світової війни, що призвела до переосмислення

ідеї конституції і конституціоналізму в повоєнний період.

Українська Конституція не є винятком. Народжена в умовах політичної кризи 1995–1996 років, вона витримала випробування дійсно революційними ситуаціями 2004 та 2014 років. Навіть «реверс Конституції» 2010 року також логічно концептуалізується в рамках дихотомії «революція – реакція» чи «революція – контрреволюція»¹. В обох випадках вихід з політичної кризи включав прийняття конституційних змін у надзвичайному порядку, що не узгоджувався з вимогами положень Розділу XIII Конституції України [див. 2, с. 279–281]. Слід також згадати політичну кризу, спричинену рішенням Конституційного Суду України (КСУ) № 13-р/2020 від 27 жовтня 2020 року щодо конституційності окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» [3], на початку якої Президент України виступив

¹ Термін «реверс Конституції» стосується подій 2010 року навколо скасування Конституційним Судом України конституційної реформи 2004 року [див.: 5, с. 95–96].



з законодавчою ініціативою визнати рішення КСУ нікчемним та припинити повноваження усього складу КСУ [4]. Поданий законопроект, що згодом був відкликаний, містив розлогу преамбулу, згідно якої відповідні рішення мали б прийматися Верховною Радою не просто як законодавчим органом, а саме як конституцієдавцем, який діє від імені Українського народу та виражає його суверенну волю.

Однак в конституційній історії України це не єдині випадки реалізації установчої влади поза конституційними процедурами внесення змін до Конституції України. Загалом до актів реалізації установчої влади слід віднести²:

(1) Декларацію про державний суверенітет України 1990 року;

(2) Акт проголошення незалежності України 1991 року і Постанову Верховної Ради Української РСР «Про проголошення незалежності України»;

(3) Постанову 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;

(4) Закон України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України» від 21 лютого 2014 року № 742-VII.

При цьому ані Конституція 1978 року, ані Конституція 1996 року не передбачали такі форми реалізації установчої влади. Тому звернення до питання про установчі повноваження Верховної Ради України має особливу актуальність. Конституційна реформа 2004 року, «реверс

Конституції» 2010 року, конституційні зміни лютого 2014 року та політична криза навколо рішення КСУ 2020 року обумовлюють необхідність повернутися до питання установчої влади, зокрема до недослідженого в українській науці конституційного права питання про прерогативні повноваження Верховної Ради України та концептуалізації і аналізу наявності чи відсутності установчих повноважень українського Парламенту поза Розділом XIII Конституції.

В іноземній доктрині конституційного права питанню прерогативних повноважень і більш широкій тематиці установчої влади і конституціоналізму в екстремальних умовах присвячені доктринальні розробки зарубіжних вчених і практиків, таких як Дж. Агамбен (Giorgio Agamben), Б. Акерман (Bruce Ackerman), Р. Альберт (Richard Albert), О. Бо (Olivier Beaud), Ж. Бурдо (George Burdeau), А. Грегорі (Anthony Gregory), О. Грос (Oren Gross), Елі Зальцбергер (Eli Salzberger), Б. Клейнерман (Benjamin A. Kleinerman), М. Лафлін (Martin Loughlin), А. Негрі (Antonio Negri), Т. Пул (Thomas Poole), Й. Рознай (Yaniv Roznai), М. Стейлен (Matthew Steilen), М. Ташнет (Mark Tushnet), К. Фатовіц (Clement Fatovic) тощо.

В українській конституційній думці питання прерогативних повноважень не знайшло свого висвітлення. Однак окремі теоретичні та практичні аспекти реалізації установчих повноважень представлені у великій кількості наукових робіт вітчизняних вчених, зокрема, але не виключно, таких, як: О. Батанов, Ю. Барабаш, Д. Белов, О. Бориславська, С. Головатий, А. Єзєров, М. Козюбра, В. Колісник, В. Лемак, В. Нестерович, Н. Оніщенко, О. Первомайський, О. Петришин, Т. Подорожня, П. Рабінович, С. Рабінович, В. Речицький, С. Різник, М. Савчин, А. Селіванов, О. Скрипнюк, П. Стецюк, Д. Терлецький, В. Тихий, В. Федоренко,

² До цього переліку слід також віднести Закон України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року № 2222-IV та можливо додати з певними застереженнями Конституційний Договір 1995 року.

В. Шаповал, С. Шевчук, Ю. Шемшученко, О. Щербанюк та інші.

Огляд вітчизняного наукового доробку дозволяє виділити декілька невіршених раніше частин загальної проблеми, зокрема питання нетипових форм реалізації установчих повноважень та умов їх реалізації, статусу нетипових актів реалізації установчої влади в конституційному правопорядку, установчих повноважень Верховної Ради, що мають характер конституційної прерогативи.

Ця стаття має на меті запропонувати концептуальне поняття і розуміння прерогативних установчих повноважень Верховної Ради України, а також визначити умови, за яких вони можуть бути реалізовані.

Термін «прерогатива», «прерогативні повноваження» в українському науковому дискурсі і практиці Конституційного Суду України (КСУ) розуміється як синонім повноважень чи виключної компетенції. Так, говорячи про розбіжності визначених Конституцією України обов'язків і повноважень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, КСУ визначає врегулювання цього питання «прерогативою законодавця, яку він здійснює шляхом прийняття відповідних актів» [6, абзац четвертий пункту 3 мотивувальної частини]. Таким же чином врегулювання питання відсутності законодавчого регулювання є «прерогативою органів законодавчої влади України» [7, абзаци третій, четвертий пункту 4 мотивувальної частини; див. також 8, абзаци шостий, сьомий пункту 2 мотивувальної частини], як і заповнення прогалін у законах [9, абзац другий пункту 5 мотивувальної частини; 10, абзац четвертий пункту 3 мотивувальної частини]. Говорячи про законодавчі повноваження Верховної Ради КСУ також послуговується терміном «прерогатива»: «саме законодавець має прерогативу встановлювати склад діянь, які є адміністративними

правопорушеннями, та обирати необхідну з-поміж доступних видів адміністративних стягнень міру адміністративної відповідальності особи за такі правопорушення» [11, абзац перший пункту 3 мотивувальної частини].

З іншого боку в рішенні від 26 березня 2020 року № 6-р/2020 КСУ використовує термін «прерогатива» синонімічно з «привілеєм», вказуючи, що «незалежність прокурорів не є прерогативою або наданим привілеєм, а є гарантією справедливого, неупередженого та ефективного здійснення ними своїх повноважень (своєї діяльності)» [12, абзац четвертий підпункту 2.1 пункту 2 мотивувальної частини].

Англійський юридичний словник Black's Law Dictionary визначає прерогативу як «виключне право, владу, привілей чи імунітет, що зазвичай набувається в силу обіймання посади» [13, с. 1301]. Французький Юридичний словник Жерара Корню так визначає прерогативу: «1. Компетенція чи право визнане чи надане особі чи органу в силу його чи її функції, що включає в себе певну перевагу, владу чи імунітет; 2. Атрибут права; кожне з виключних спеціальних правомочностей, способів реалізації тощо, що притаманні юридичному титулу, а їх сукупність відповідає змісту такого права. Напр. розпорядження, використання та володіння є прерогативами права власності. 3. В нейтральному сенсі – загальний термін, що охоплює всі суб'єктивні права, всю здатність вчиняти дії, засновану на праві...» [14, с. 676]

Альберт Дайсі наприкінці XIX століття писав: «Прерогатива становить одночасно і історично, і фактично ніщо інше, ніж залишок дискреційної і свавільної влади, який у певний період часу правомірно залишається у розпорядженні Корони» [15, с. 420].

Сучасне розуміння конституціоналізму виходить з того, що



Конституція обмежує і упорядковує владу в політичному суспільстві. Однак навряд чи можна говорити, що в сучасному конституціоналізмі поза британською конституційною традицією концепція прерогативних повноважень зникла. Можна сказати, що такі повноваження за нормальних умов залишаються потенційними, відкладеними чи вірогідними на відміну від подібної до них категорії імпліцитних (прихованих) повноважень, але в екстремальних умовах прерогативні повноваження виступають повністю незалежно і відкрито [див. 16, с. 8–37]. Адже Конституція, зазвичай, приймається і розглядається як акт з невизначеним терміном дії. Вона спрямована закладати і визначати стабільні основи конституційного ладу, що мають витримувати періоди криз і політичної нестабільності. З цією метою конституційні тексти передбачають екстраординарні механізми реагування на надзвичайні ситуації, зокрема умови і процедури введення режимів воєнного і надзвичайного стану. Однак концепція екстремальних умов, навіть в теорії, не залежить від нормативної концепції воєнного і надзвичайного стану (далі – надзвичайні стани) як формалізованих режимів. Адже за загальним визначенням, надзвичайні режими – є ситуаціями, що спричиняють серйозне порушення функціонування політичної системи чи правопорядку, що загрожує їм самому існуванню [див. 17, с. 231].

Приховані (імпліцитні) повноваження і прерогативні повноваження мають подібну природу. Конституції встановлюють обмеження влади, зокрема, через принцип поділу влади та положення про конституційні права і свободи. Параметри поділу влади, визначені Конституцією, обмежують і унормовують здійснення владних повноважень. Як зазначає С. Рабінович, «Частина друга статті 19 Конституції України містить універсальну формулу конституційної законності

діяльності усіх органів публічної влади, обмежуючи цю діяльність водночас за трьома параметрами: нормативними підставами (змістовно), компетенційно та процедурно» [18, с. 13–14]. Однак застосування цільового тлумачення до компетенційних приписів Конституції невідворотно веде до висновку про існування повноважень, що не встановлені *expressis verbis* в конституційному тексті, але без яких інші повноваження, передбачені Конституцією, не можуть бути ефективно реалізовані. Так, власне, КСУ у питанні щодо конституційного контролю змін до Конституції України після набрання ними чинності, вивів такі повноваження з предмету і цілей приписів Розділу XIII Конституції: «Конституція України не містить застережень щодо можливості здійснення Конституційним Судом України подальшого (*a posteriori*) конституційного контролю щодо закону про внесення змін до Конституції України як конституційної поправки після його ухвалення Верховною Радою України. Конституційному Суду України належить здійснювати подальший (*a posteriori*) конституційний контроль щодо конституційних поправок після набрання ними чинності, оскільки відсутність судового контролю за процедурою розгляду та ухвалення відповідних законів, що їй визначено приписами розділу XIII Конституції України, може мати наслідком обмеження чи скасування прав і свобод людини і громадянина, ліквідацію незалежності чи порушення територіальної цілісності або зміну конституційного ладу у спосіб, не передбачений Конституцією України» [19, абзац другий підпункту 2.4 пункту 2 мотивувальної частини; див. також 20, абзац третій підпункту 3.2 пункту 3 мотивувальної частини].

Приховані (імпліцитні) повноваження не є і не можуть бути свавільними. Вони завжди пов'язані з прямо передбаченими в Конституції

повноваженнями органу влади, за відсутності яких вони існувати не можуть. Вони є побічними (інцидентними) по відношенню до прямо встановлених Конституцією повноважень, або такими, що притаманні відповідній компетенції, визначеній Конституцією³.

Як пояснив Федеральний Конституційний Суд ФРН, для прихованих (імпліцитних) повноважень важливий контекст їх здійснення. Адже окремий випадок реалізації таких повноважень, взятий окремо, може бути поза прямо встановленими повноваженнями, однак, розглянута у контексті, така реалізація повноважень може бути тісно пов'язаною з предметом прямо визначених конституційних повноважень, що робить її частиною повноважень, передбачених Конституцією: «Неписані повноваження федерального законодавця... можуть бути визнані в досить вузьких межах. З одного боку, вони існують, якщо в силу характеру предмету регулювання, тільки федеральне законодавство є можливим, а з іншого боку, якщо федеральний уряд не може ефективним чином скористатися повноваженнями, прямо передбаченими для цього, без того, аби торкнутися предмету, віднесеного до компетенції федеральних земель (побічна компетенція та притаманна компетенція). Потреба у єдності федеральної регуляції є недостатньою для цього. Радше, притаманна компетенція підтримує і підсилює прямо передбачені повноваження лише в тому випадку, якщо відповідне питання не може бути обґрунтовано врегульовано без регулювання іншого питання, прямо не призначеного, тобто якщо перетинання [компетенцій]

³ Так, наприклад, в 2011 році КСУ визнав повноваження Президента щодо ліквідації судів, що не були прямо передбачені Конституцією, адже «процес ліквідації судів є невід'ємною частиною процесу їх утворення» [21, абзац 4 підпункту 3.2 пункту 3 мотивувальної частини].

є невідворотним для врегулювання питання, прямо віднесеного [до повноважень]» [22].

Прерогативні повноваження, маючи подібні характеристики, разом з тим мають відмінні підстави і умови реалізації. Вони також мають зв'язок з конституційним текстом, але випливають з загальної функції захисту політичної нації за екстремальних умов. В їх основі лежить сформульована ще Т. Гобсом ідея [17, с. 223–224] про найфундаментальнішу функцію суверена – забезпечення *salus populi* (безпеки народу)⁴. І оскільки безпека є основоположним принципом урядування, то конституційний лад повинен містити інструментарій реагування на екстремальні умови⁵.

За екстремальних умов перед конституційними органами постає завдання забезпечення повернення до нормальності. Цей обов'язок має конституційне значення і полягає у збереженні держави, конституційного ладу і організованого суспільства. Реалізація цього конституційного обов'язку саме і становить форму прерогативних повноважень [25, с. 175], тобто повноважень щодо забезпечення загального блага за відсутності закону чи дискреції,

⁴ «Обов'язки суверена (будь-то монарх чи асамблея) визначаються тією метою, заради якої він наділений суверенною владою, а саме забезпеченням безпеки народу» [23, с. 222].

⁵ В цьому, як вбачається, полягає і відмінність між прерогативними повноваженнями і королівською прерогативою в британському конституційному праві, яка ґрунтується на загальному праві (*common law*). Нових королівських прерогатив не може виникати, а наявні можуть бути врегульовані актом Парламенту, тобто перестати бути прерогативою. Королівська прерогатива охоплює і ті повноваження, що є прерогативними в наведеному вище сенсі (як наприклад, захист королівства, придушення повстань), але сфера дії і застосування є набагато ширшою (наприклад, контроль за колоніями Корони, питання державної служби, скликання, розпуск чи пророгація Парламенту тощо) [див. 24, с. 344–345].



коли право не дає чіткої відповіді [26, с. 25]. Тобто прерогативні повноваження існують поза текстом, так би мовити у «сутінках» конституційних приписів, що визначають засади конституційного ладу і наділяють повноваженнями конституційні органи для його захисту і забезпечення.

Ці теоретичні основи були розроблені ще Джоном Локом, який визначав прерогативу як «владу робити добро без норми» [27, с. 172], а подекуди і всупереч нормі права [27, с. 172]. Однак на відміну від концепції Джона Лока, сучасні прерогативні повноваження не є вилученими з-під судового чи конституційного контролю, а самі ці повноваження можуть бути обмежені законом. Тому, як вказує Томас Пул, класичне протиставлення права і прерогативи є застарілим [28, с. 252–258]. Використання таких прерогативних повноважень може бути переглянуто, оскаржене, скасовано після відновлення нормальних умов.

В певному сенсі прерогативні повноваження в сучасному конституціоналізмі існують на перетині установчої і установленної влади, але можуть бути реалізовані лише при настанні надзвичайних умов. У цьому сенсі вони виступають однією з трьох форм відповіді (пристосування) конституційного правопорядку на такі умови, а саме

(1) застосування повноважень похідної установчої влади, тобто повноважень щодо внесення змін до Конституції відповідно до процедури і в порядку, передбаченому самою Конституцією; однак більшість конституцій, включаючи Конституцію України, встановлюють досить жорсткі вимоги щодо змісту і порядку внесення змін. Зокрема частина друга ст. 157 Конституції забороняє внесення змін в умовах воєнного або надзвичайного стану. Це є запобіжником проти конституційних змін в умовах «моральної паніки», адже в цей час зростає небезпека ірраціональних рішень;

(2) звернення до прерогативних повноважень, включаючи зміни конституційного ладу поза процедурою і порядком, передбаченим Конституцією; такі повноваження прямо не передбачені Конституцією, але впливають із конституційного обов'язку щодо збереження держави, конституційного ладу і організованого суспільства та

(3) установчі повноваження щодо знищення чинного ладу і започаткування нового [докл. див. 16, с. 22]. Вони існують поза юридичними рамками чинного правопорядку, в так би мовити, в метаправопорядку, в сфері екзистенціального *ratio* політичної спільноти.

Все це повертає нас до питання установчої влади, її поняття, видів і співвідношення з установленою владою.

Теорія установчої влади. Сучасна конституційна демократія знаходиться у тенетах конституційного парадоксу: конституція як установчий акт, що приймається в результаті реалізації установчої влади народу, з моменту свого прийняття встановлює обмеження, що поширюються на самого суб'єкта її прийняття. Влада в державі ґрунтується на згоді народу і, в той же час, має бути «поділена, обмежена і реалізована у відмінних інституційних формах» [29, с. 1]. Іншими словами народ, який є носієм суверенітету, не може реалізовувати свій суверенітет, оскільки його влада має бути реалізована у встановлених конституційних формах [30, с. 346]⁶.

Класичний погляд на це питання ґрунтується на тому, що установча влада вичерпує свою функцію і зникає.

⁶ КСУ також дотримується такої позиції: «Конституційний Суд України зазначає, що народ, маючи суверенну прерогативу щодо здійснення установчої влади, водночас перебуває у визначених Конституцією України межах щодо порядку її здійснення» [31, пункт 20 мотивувальної частини].

Тобто установча влада, реалізована у формі прийняття конституції, наділяє легітимністю новий політико-правовий порядок, після чого вона вичерпується і на її місце приходять встановлена влада, здійснювана призначеними/обраними посадовцями та представницькими органами. З такої точки зору саме поняття установчої влади є зайвим за умов конституційного урядування, адже містить «зародки його власного руйнування» [32, с. 129]. Тому установча влада розглядається як історичний міф, сакральний акт творіння, що не може бути повторений.

Однак, як зазначають К. Фузаро і Д. Олівер, «... Ідея *pouvoir constituant* ймовірно не зникла, але її реалізація має тенденцію відбуватися в рамках встановлених процедур для офіційного прийняття конституційних змін. Тобто ніби *pouvoir constituant* намагається сховатися за встановленими правилами задля набуття вигляду легальності: так би мовити субстантивна *pouvoir constituant* у формі *pouvoir constitué* означена і розтлумачена як корисний засіб забезпечення плавної та мирної зміни режиму, як вираження більш консенсуального шляху впровадження найрадикальніших змін» [33, с. 418].

Така упередженість на користь «вічної конституції» прямо індоктринує принцип «конституційного континуїтету», згідно якого навіть нова конституція має прийматися відповідно до встановленої процедури внесення змін до чинної конституції.

Однак таке розуміння не узгоджується з практикою конституцієтворення. спростовує універсальність таких теоретичних підходів. Реалізація первинної установчої влади – це завжди непрогнозована подія (серія подій), яка ретроспективно легітимізується через визнання факту реалізації первинної установчої влади, адже (1) вона є аномальною, оскільки ніщо

раніше не вказувало на ймовірність її реалізації; (2) має величезну силу впливу, продукуючи значні наслідки; та (3) після настання, в ретроспективі, ця подія отримує раціональне пояснення, визнання і легітимацію⁷. Встановлення нового конституційного порядку в результаті реалізації первинної установчої влади, незалежно від конкретних політичних і соціальних подій, супроводжується перериванням конституційного континуїтету, розпадом попереднього правопорядку [див. 35, с. 198].

Установча влада пробуджується у конституційні моменти, коли відбувається «вища» правотворчість на відміну від «звичайного» законотворення [36, с. 54]. Ця вища правотворчість не обов'язково втілюється у формальних змінах до конституції чи прийнятті нової конституції. Конституційний момент, як зазначав Брюс Акерман, має місце, коли соціальна енергія поглинає політичну систему, яка або зазнає руйнування і нового відтворення, або витримує цей тиск. В останньому випадку має місце невдалий конституційний момент [37, с. 1520]. Драматичні зміни можуть відбуватися у різних формах – прийняття нової конституції, внесення змін до чинної конституції, прийняття звичайного закону, іншого акту, рішення органу конституційної юрисдикції або навіть законодавчого упушення. Що має значення, так це контекст та зміст змін, а не їх формальна реалізація.

Реалізація установчої влади через певні старі чи нові інституції (парламент, установчі збори, референдум тощо) зовсім не означає, що установча влада може бути врегульованою правом, хоча ніщо в процесі формування та реалізації такої влади не заперечує

⁷ Адже як зазначала Ганна Арендт, «право може дійсно стабілізувати і легалізувати зміни після того, як вони відбулися, але самі такі зміни завжди є результатом позаправової дії» [34, с. 65].



можливості її реалізації через заздалегідь встановлені процедури.

Установча влада у періоди між конституційними моментами існує як вірогідність чи можливість, але стає реальністю власне у момент відновлення політичної єдності поза конституційними формами представницької демократії. Вона знову стає реальністю і існує у співвідношенні між конституційною уявою (конституційним міфом про заснування) та діяльністю органів установленої влади. Установча влада, тому, не може бути дорівняна до влади певної спільноти, навіть численної, – такий підхід низводить установчу владу до питання факту. Поняття установчої влади зв'язує символічне і реальне у конституційному дискурсі.

Види установчої влади. Рожер Боннар в 1942 році вперше провів розрізнення між *pouvoir constituant originaire* (первинна установча влада) та *pouvoir constituant dérivé* (похідна установча влада): «...інституціоналізована установча влада – це влада, що існує згідно конституції і встановлена на майбутнє у разі потреби змінити таку конституцію. Таким чином ця влада передбачає наявність чинної конституції, на відміну від первинної установчої влади, яка існує поза будь-якими конституційними рамками» [38, с. 17]. Таким же чином Олів'є Бо звертаючись до парадоксу установчої влади вказував, що первинна установча влада є владою безумовною і абсолютною, тобто позаконституційною, в той час як похідна установча влада підпорядкована чинній конституції, є санкціонованою і тому обмеженою [39, с. 314].

Деякі провідні теоретики, такі як Ганна Арендт та Адам Ліндсей, аналізуючи парадокс установчої влади, вказують на те, що відмінність між установчою і установленою владою не є чіткою чи однозначною [40, с. 1022]: вони діють у тандемі – органи установленої

влади минулого конституційного ладу часто сприяють реалізації установчої влади нового ладу. Йанів Рознай кваліфікує повноваження щодо внесення змін до Конституції як такі, що не відносяться ані до установчої влади, ані до установленої. Він обґрунтовує думку, що такі повноваження є *sui generis* [41, с. 110–113]. Тобто повноваження щодо зміни Конституції не є в чистому вигляді установчою владою. Однак чим більше реалізація цих повноважень, зважаючи на політичний і конституційний контекст, нагадує за функціями, змістом і наслідками реалізацію первинної установчої влади, тим більше підстав розглядати її як реалізацію саме установчої влади, і тим менше є підстав для здійснення конституційного контролю за такою реалізацією.

Це концептуальне розрізнення первинної і похідної установчої влади має важливе значення, адже дозволяє концептуально відокремити «вищу правотворчість», яка відбувається згідно заздалегідь встановлених процедур внесення змін до конституції (тобто установчу владу в рамках Конституції), і «первинну правотворчість» як форму реалізації первинної установчої влади, одночасно руйнівної і творчої (тобто установчу владу поза конституційних приписів).

Якщо установча влада є дійсно необмеженою, позаправовою силою, то що може перешкодити її здійсненню поза рамок процедури внесення змін до Конституції? Конституційний суд, як орган, утворений Конституцією, має не більше повноважень чи легітимності визнавати неконституційними і скасовувати конституційні зміни, ніж інший утворений Конституцією орган – Парламент, який їх схвалив. І якщо Конституційний Суд наділений повноваженнями щодо наступного контролю за реалізацією похідної установчої влади [див. 42, с. 354–357], то як орган установленої влади він не

може підміняти собою носія первинної установчої влади.

Первинна установча влада у формі прерогативних установчих повноважень українського парламенту. Оскільки положення Розділу XIII Конституції врегульовують порядок і процедуру реалізації похідної установчої влади, первинна установча влада, залишаючись явищем позаправовим, яке консолідується і, так би мовити, матеріалізується за виняткових обставин конституційного моменту, не може за своєю природою бути вмонтована у жорсткі процедурні положення щодо порядку внесення змін до Конституції України. У конституційні моменти авторами рішення не є органи установленої влади, що їх санкціонують. У період пробудження політичної спільноти, чия установча влада є невідчужуваною, Парламент може набувати якості медіатора первинної установчої влади тільки якщо є уповноваженим залученою політичною нацією (народом) і тільки якщо діє як продовження колективної спільноти політичної нації. У такому випадку парламент діє як установчі збори, а його члени виступають як «екстраординарні», а не «звичайні» представники носія первинної установчої влади [35, 201].

Конституційна історія і практика вимагають аналізу і концептуалізації цих форм реалізації установчої влади Парламенту. Розділ XIII Конституції 1996 року врегульовує підстави, порядок і межі реалізації Парламентом похідної установчої влади. Попередня Конституція 1978 року, що діяла зі змінами до набрання чинності Конституцією 1996 року, наділяла Верховну Раду компетенцією вносити конституційні зміни і приймати нову Конституцію. Однак Конституція 1978 не передбачала повноважень щодо прийняття Декларації про державний суверенітет України 1990 року та Акту проголошення незалежності України 1991 року

і Постанови Верховної Ради Української РСР «Про проголошення незалежності України»; так само як прийняття Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року № 2222-IV, Постанови Верховної Ради України від 22 лютого 2014 року № 750-VII та Закону України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України» від 21 лютого 2014 року № 742-VII не відповідало вимогам Розділу XIII Конституції 1996 року.

Ці акти були прийняті в умовах конституційного моменту і, зважаючи на контекст їх прийняття, не можуть розглядатися як акти похідної установчої влади, реалізація якої була врегульована Розділом X Конституції 1978 року, а зараз визначається Розділом XIII Конституції 1996 року. Вони є, власне, актами реалізації прерогативних установчих повноважень українського Парламенту. Якщо послуговуватися категоріями Й. Розная і кваліфікувати установчі повноваження ВРУ через концепцію *sui generis*, то цей континуум установчих повноважень включає як похідні установчі повноваження, врегульовані Розділом XIII, так і інші, прерогативні, яких вона набуває в конституційні моменти, які в свою чергу за визначенням виникають за екстремальних умов.

На підтримку прерогативних установчих повноважень українського парламенту існують (1) контекстуальний і (2) нормативний аргументи. Контекстуальним аргументом на користь збереження за Верховною Радою України прерогативних установчих повноважень є принцип конституційного континуїтету. Преамбула Конституції проголошує, що Верховна Рада України приймає Конституцію «від імені Українського народу» і таким чином виражає «суверенну волю народу», (хоча юридично прийняття Конституції України відбулося відповідно до



положень Конституції 1978 року⁸). За ідеологією Конституції 1978 року Верховна Рада зберігала установчі повноваження і навіть формально могла виступати в якості як законодавця, так і конституцієдавця. Принцип конституційного континуїтету, тому, визначає контекст тлумачення: Верховна Рада як представницький орган, що приймав Конституцію 1996 року, досі існує як єдиний законодавчий орган⁹. Будучи представницьким органом державної влади, сформованим безпосередньо народом, він у конституційні моменти може набувати ознак інституту, через який народ як носій первинної установчої влади реалізує цю владу безпосередньо.

Нормативний аргумент має два компоненти. Перший закладений в самій Конституції, а саме у Розділі I, принципи якого «визначають український конституційний лад» [див. 44, абзац перший підпункту 2.1 пункту 2 мотивувальної частини], а також внутрішню ієрархію конституційних положень. Конституційні положення мають розглядатися виключно у цілісності, що, тим не менш, не позбавляє важливості і питомої ваги окремі положення Конституції. Якщо положення

⁸ Зокрема пункт перший частини третьої ст. 97 Конституції 1978 року визначав виключне повноваження Верховної Ради щодо прийняття Конституції України, внесення до неї змін, а останнім положенням Конституції 1978 року було встановлено, що «зміна Конституції України» здійснюється рішенням Верховної Ради України, прийнятим більшістю не менш як дві третини від загальної кількості народних депутатів України.

⁹ У рішенні № 3-зп/1997 КСУ визнав, що «... прийняття Конституції України Верховною Радою України було безпосереднім актом реалізації суверенітету народу», однак зауважив, що народи «тільки одноразово уповноважив Верховну Раду України на її прийняття» [43, абзац перший пункту 4 мотивувальної частини]. Однак КСУ не роз'яснив, на підставі чого він зробив висновок про «одноразове уповноваження», адже підставою прийняття Конституції 1996 року були положення пункту першого частини третьої ст. 97 Конституції 1978 року.

Конституції витлумачуються у спосіб, що заперечує, спотворює чи зневажає принципи конституційного ладу (наприклад, веде до безкарності посадових осіб, виправдовує свавільні рішення чи являють собою спробу повалення конституційного ладу), таке тлумачення є недійсним, навіть якщо слідує з тексту Конституції [див. 45, с. 18–19]¹⁰. Це означає, що у випадку дисфункції політичної системи, коли система стримувань і протигаг не спрацьовує, а стабільність конституційного ладу опиняється під загрозою, має існувати легітимна інституція, безпосередньо пов'язана з народом, яка є здатною запобігти узурпації державної влади та узурпації виключного права народу визначати і змінювати конституційний лад в Україні. Ця вимога впливає зі статті 1 Конституції, яка встановлює принцип демократичної держави.

Другий компонент пов'язаний з самою природою конституційних моментів. Концептуалізація прерогативної установчої влади має дати відповідь на основоположне питання сучасного конституціоналізму: що може конституційна демократія легітимно зробити, щоб захистити себе за надзвичайних чи кризових умов, які несуть нагальну загрозу демократії або самому конституційному ладу [1, с. 4]? За екстремальних умов, коли конституційна демократія опиняється під безпосередньою і нагальною загрозою,

¹⁰ У цьому аспекті я свідомо уникаю питання неконституційності окремих положень Конституції. Лише наведу позицію Конституційного Суду Баварії: «Нікчемність положення Конституції не заперечується тільки на підставі того факту, що таке положення є частиною Конституції. Адже існують настільки фундаментальні конституційні норми, що становлять прояв надконституційного права і вони зобов'язують безпосередньо конституцієдавця; інші конституційні положення, що не мають такого високого статусу, і суперечать таким нормам, можуть бути скасовані» [цит. за 46, с. 329].

саме Верховна Рада залишається тим *locus imperii*, що потенційно і легітимно може виступити як «екстраординарний» представник носія первинної установчої влади, як медіатор творчої сторони первинної установчої влади, аби протистояти спробам повалення конституційного ладу.

З точки зору теорії установчої влади зміни 2014 року відбулися в драматичний період конституційного моменту. І Верховна Рада, приймаючи ці зміни, діяла як інструмент реалізації первинної установчої влади. Оскільки вимоги Розділу XIII Конституції врегульовують порядок і процедуру реалізації похідної установчої влади, первинна установча влада, залишаючись явищем позаправовим, яке консолідується і, так би мовити, матеріалізується за екстремальних умов конституційного моменту, не може за своєю природою бути вмонтована у жорсткі процедурні положення щодо порядку внесення змін до Конституції України.

Український парламент зберігає потенційність «екстраординарного» представника носія первинної установчої влади і при настанні конституційного моменту ці повноваження первинної установчої влади стають реальними.

Підсумовуючи, слід вказати, що конституційний правопорядок допускає нетипові форми реалізації установчих повноважень Верховної

Ради, що мають характер конституційної прерогативи. Прерогативні повноваження, як і приховані (імпліцитні) повноваження, слід віднести до категорії неписаних повноважень, що випливають з цільового тлумачення компетенційних приписів Конституції. Хоча ідея прихованих (імпліцитних) повноважень як побічних (інцидентних) по відношенню до прямо встановлених Конституцією повноважень, або таких, що притаманні відповідній компетенції, визначеній Конституцією, простежується в практиці КСУ, наявність прерогативних повноважень ще не була предметом конституційного провадження.

Прерогативні повноваження, маючи подібні до прихованих (імпліцитних) повноважень характеристики, разом з тим мають відмінні підстави і умови реалізації. Вони також мають зв'язок з конституційним текстом, але впливають з загальної функції захисту політичної нації за екстремальних умов. Прерогативні повноваження існують поза текстом, так би мовити у «сутінках» конституційних приписів, що визначають засади конституційного ладу і наділяють повноваженнями конституційні органи для його захисту і забезпечення. Вони виникають на перетині установчої і установленної влади, але можуть бути реалізовані лише при настанні надзвичайних умов.

Список використаних джерел

1. Roznai Y., Albert R. Introduction: Modern Pressures on Constitutionalism. In Richard Albert, Yaniv Roznai (ed.) *Constitutionalism Under Extreme Conditions*. Law, Emergency, Exception. Cham: Springer, 2020. P. 1–13.
2. Марцеляк О. Пріоритетні завдання і напрями конституційної реформи в Україні. Конституція і конституційні зміни в Україні: збірник, присвячений пам'яті Віктора Мусіяки. (ред. А. Рачок, Ю. Якименко; упоряд. П. Стецюк). Київ: Заповіт, 2020. С. 277–287.
3. Рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 2020 року № 13-р/2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-20>
4. Проект Закону про відновлення суспільної довіри до конституційного судочинства, реєстр. № 4288 від 29.10.2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70282



5. Федоренко В. Генезис Конституційного Суду України та реформа Конституції України. Конституційний полілог. 20 років Конституції України: суспільство і влада в конституційному процесі. Київ.: ВАІТЕ, 2016. С. 90–99.
6. Ухвала Конституційного Суду України від 5 червня 1997 року № 8-з/97. URL: <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/8-z.pdf>
7. Ухвала Конституційного Суду України від 10 березня 1998 року № 1-уп/98. URL: <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/1-up/98.pdf>
8. Ухвала Конституційного Суду України від 21 березня 2002 року № 9-у/2002. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009u710-02#Text>
9. Ухвала Конституційного Суду України від 13 лютого 2003 року № 11-у/2003. URL: <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/11-u/2003.pdf>
10. Ухвала Конституційного Суду України від 15 січня 2004 року № 1-у/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001u710-04#Text>
11. Рішення Конституційного Суду України (Другий Сенат) від 21 липня 2021 року № 3-р(II)/2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-21#Text>
12. Рішення Конституційного Суду України від 26 березня 2020 року № 6-р/2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-20#Text>
13. Black's Law Dictionary. 9th edn. New York: West, 2009. 1920 p.
14. Vocabulaire juridique (dir. Cornu G.). Paris: Quadrige / PUF, 2002. 941 p.
15. Dicey A., Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 8th edn. London: Macmillan, 1915. [cv] 577 p.
16. Водянніков О. Конституціоналізм в екстремальних умовах: установча і встановлена влада в кризові періоди. Український часопис конституційного права. 2021. № 4. С. 8–37.
17. Ferejohn J., Pasquino P. The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers. International Journal of Constitutional Law. 2004. Vol. 2, No. 2. P. 210–239.
18. Рабінович С. Приховані повноваження Конституційного Суду? Український часопис конституційного права. 2020. № 3. С. 3–24.
19. Рішення Конституційного Суду України від 1 листопада 2022 року № 2-р/2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va02p710-22#Text>
20. Рішення Конституційного Суду України від 26 червня 2008 року № 13-рп/2008. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-08#Text>
21. Рішення Конституційного Суду України від 21 червня 2011 року № 7-рп/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-11#Text>
22. Bundesverfassungsgericht. Urteil des Ersten Senats vom 27. Oktober 1998. ECLI: DE:BVerfG:1998:rs19981027.1bvr230696. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/10/rs19981027_1bvr230696.html;jsessionid=727CF15F7393F02A77D35455609CE9E6.internet981
23. Hobbes T. Leviathan (ed. C. A. Gaskin). Oxford, New York: Oxford University Press, 1998. 576 p.
24. Stewart W. Collin's Dictionary of Law. 2nd edn., London et al.: HarperCollins Publishers, 2001. 435 p.
25. Greene A. Permanent States of Emergency and the Rule of Law. Constitutions in an Age of Crisis. Oxford: Hart Publ., 2018. 248 p.
26. Frankenberg G. Political Theology and the Erosion of the Rule of Law. Normalizing the State of Exception. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. 305 p.
27. Locke J. The Second Treatise: An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government. In John Locke, Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration (ed. and with an Introduction by Ian Shapiro, with essays by John Dunn, Ruth W. Grant and Ian Shapiro). New Haven and London: Yale University Press, 2003. P. 100–210.
28. Poole T. Constitutional Exceptionalism and the Common Law. International Journal of Constitutional Law. 2009. Vol. 7, No. 2. P. 247–274.

29. Loughlin M., Walker N. (2007). Introduction. In M. Loughlin, N. Walker (Eds.) *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, P. 1–8.
30. Galligan D. J. The Paradox of Constitutionalism or the Potential of Constitutional Theory? *Oxford Journal of Legal Studies*. 2008. Vol. 28, No. 2. P. 343–367.
31. Рішення Великої палати Конституційного Суду України від 26 квітня 2018 року № 4-р/2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-18>
32. Dyzenhaus D. The Politics of the Question of the Pouvoir Constituant. In M. Loughlin, N. Walker (eds.) *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2007. P. 129–146.
33. Fusaro C., Oliver D. Towards a Theory of Constitutional Change. In by Dawn Oliver, Carlo Fusaro (eds) *How Constitutions Change: A Comparative Study*. Oxford and Portland: Hart Publ., 2011. p. 405–434.
34. Arendt H. *Crises of the Republic*. New York: Harcourt, 1969. 256 p.
35. Barshack L. Constituent Power as Body: Outline of a Constitutional Theology. *The University of Toronto Law Journal*. 2006. Vol. 56, No. 3. P. 185–222.
36. Ackerman B. The Lost Opportunity. *Tel Aviv University Studies in Law*. 1991. Vol. 10. P. 53–68.
37. Ackerman B. A Generation of Betrayal? *Fordham Law Review*. 1996-97. Vol. 65, No. 4. P. 1519–1536.
38. Bonnard R. *Les Actes constitutionnels de 1940*. Paris: LGDJ, 1942. 180 p.
39. Beaud O. *La puissance de l'État*. Paris: PUF, 1994. 512 p.
40. Lindsay A. Hannah Arendt, the Problem of the Absolute and the Paradox of Constitutionalism, or: 'How to Restart Time with an Inexorable Time continuum'. *Philosophy and Social Criticism*. 2017. Vol. 43, No. 10. P. 1022–1044.
41. Roznai Y. *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. 368 p.
42. Різник С. Конституційність нормативних актів: сутність, методологія оцінювання та система забезпечення в Україні. Львів: ЛНУ, 2020. 542 с.
43. Рішення Конституційного Суду України від 11 липня 1997 року № 3-зп/1997. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-97>
44. Рішення Конституційного Суду України (Другий сенат) від 18 червня 2020 року № 5-р(II)/2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va05p710-20>
45. Dietze G. Unconstitutional Constitutional Norms--Constitutional Development in Postwar Germany. *Virginia Law Review*. 1956. Vol. 42, No. 1. P. 1–22.
46. Barak A. Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israel Law Review*. 2011. Vol. 44, No. 3. p. 321–341.

Водянніков О. Ю. Прерогативні установчі повноваження українського парламенту

В статті аналізується питання нетипових форм реалізації установчих повноважень Верховної Ради, що мають характер конституційної прерогативи. Сучасний конституціоналізм виходить з того, що Конституція обмежує і упорядковує владу. Тому конституційні приписи визначають повноваження конституційних органів, упорядковуючи, унормовуючи та обмежуючи їхню дискрецію. Однак застосування цільового тлумачення до компетенційних приписів Конституції веде до висновку про існування повноважень, що не встановлені *expressis verbis* в конституційному тексті, але без яких інші конституційні повноваження не можуть бути ефективно реалізовані (імпліцитні (приховані) повноваження). Вони є побічними (інцидентними) по відношенню до прямо встановлених Конституцією повноважень, або такими, що притаманні відповідній компетенції.

Однак за екстремальних умов може поставати особлива категорія повноважень – прерогативні повноваження, які за нормальних умов залишаються потенційними, відкладеними. Прерогативні повноваження мають відмінні підстави і умови реалізації.



Вони існують поза текстом, у «сутінках» конституційних приписів, що визначають засади конституційного ладу, і випливають з загальної функції захисту політичної нації.

Прерогативні повноваження існують на перетині установчої і установленної влади. Лише у періоди конституційного моменту Парламент може набувати якості медіатора первинної установчої влади і реалізувати свої прерогативні повноваження. У цей момент його члени виступають як «екстраординарні», а не «звичайні» представники носія первинної установчої влади. В статті обґрунтовується, що саме в такому сенсі слід розглядати Декларацію про державний суверенітет 1990 року, Акт проголошення незалежності 1991 року, так само як конституційні зміни 2004 та 2014 років.

В статті запропоновано (1) контекстуальний (принципі конституційного континуїтету) і (2) нормативний (принцип демократичної держави) аргументи щодо існування таких повноважень. Концептуалізація прерогативної установчої влади має дати відповідь на основоположне питання сучасного конституціоналізму: що може конституційна демократія легітимно зробити, щоб захистити себе? За екстремальних умов, коли конституційна демократія опиняється під безпосередньою і нагальною загрозою, саме Верховна Рада залишається тим *locus imperii*, що може виступити як «екстраординарний» представник носія первинної установчої влади.

Ключові слова: прерогативні повноваження, приховані (імпліцитні) повноваження, установча і установленна влада, види установчої влади, конституційний момент, екстремальні умови.

Vodiannikov O. Prerogative Constituent Powers of the Ukrainian Parliament

The Article conceptualises atypical forms of constituent power of the Parliament of Ukraine, which have the character of a constitutional prerogative. Modern constitutionalism is premised on the idea that the Constitution limits and channels power. Hence, constitutional provisions define competences of constitutional bodies, thereby ordering, rationalising, and limiting their discretion. However, purposeful interpretation of competence-related clauses of the Constitution prompts to recognise the existence of other powers not provided *expressis verbis* in the constitutional text that are nevertheless indispensable for effective operation of competence-related clauses (implied powers). They are incidental to the expressly defined competences or inherent in them.

However, extreme conditions can trigger another category of competences – prerogative powers that under normal conditions remain dormant, deferred. Prerogative powers are premised on distinct rationale and can be employed under specific conditions. They exist *hors-texte* in the penumbra of constitutional provisions that enshrine foundations of the constitutional order; they are derived from the general function of protecting body politic.

Prerogative powers emerge at the juncture of constituent and constituted powers. Only at the constitutional moment can the Parliament acquire the quality of a primary constituent power mediator and exercise its prerogative authority. At such a moment its members become “extraordinary” representatives of the sovereign nation. The Article argues that this is the analytical framework to conceptualise the Declaration of State Sovereignty of Ukraine (1990), the Act of Declaration of Independence of Ukraine (1991), as well as constitutional amendments of 2004 and 2014.

The Article offers contextual (constitutional continuity principle) and normative (democratic state principle) arguments in justification. Such conceptualisation of prerogative power can address the fundamental question of modern constitutionalism: what constitutional democracy can legitimately do to protect itself? Under extreme conditions when constitutional democracy faces eminent existential threat, it is the Parliament that remains *locus imperii* and can act as an «extraordinary» representative of the bearer of the primary constituent power.

Key words: prerogative powers, implied powers, constituent and constituted powers, types of constituent powers, constitutional moment, extreme conditions.