

**РОЗБУДОВА ДЕРЖАВИ І ПРАВА:
ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА КОНСТИТУЦІЙНОЇ ПРАКТИКИ**

БЕРЧЕНКО Г. В.,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного
права України
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)

УДК 342.41

DOI <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2020.6.1.1>

ПРОГАЛИНИ В КОНСТИТУЦІЇ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ

У статті проаналізовано питання існування в конституції прогалин з урахуванням різних доктринальних підходів, а також практики зарубіжних органів конституційного контролю. Констатується, що для відповіді на поставлене питання потрібно розв'язати «формулу з багатьма невідомими». Справа в тому, що до сих пір не вщухають дискусії щодо обох питань: що являє собою конституція, а також з приводу існування прогалин у праві як таких. Концепція прогалин у конституції є своєрідною «terra incognita» в науці. Маємо досить авторитетні приклади, коли доктрина визнає або ж, навпаки, заперечує прогалини в конституції. Будь-яка концепція прогалин у конституції або її заперечення буде сприйнята неоднозначно, ураховуючи різні доктринальні підходи до розуміння конституції й прогалин у праві. Теорія прогалин у конституції завдячує своїм розвитком німецькій доктрині, де активно використовується. Ідею прогалин у конституції можна знайти й у конституційній юриспруденції Венесуели. Державою, у якій домінує теорія «безпрогальності» конституції, є Литва. Відповідна позиція підкріплюється конституційною юриспруденцією (офіційною конституційною доктриною) Конституційного Суду Литви (рішення від 25 травня 2004 р., 13 грудня 2004 р., 28 березня 2006 р., 24 січня 2014 р.). Паралельно ідею безпрогальності Конституції проводить Конституційний Суд Молдови (висновок від 22 вересня 2014 р. № 1). Юриспруденція КСУ пішла по шляху визнання прогалин у Конституції, хоча ця позиція залишається дискусійною. Ми маємо лише одне рішення КСУ, у якому той зафіксував теорію прогалин у конституції (від 17 вересня 2008 р. № 16-рп/2008). В аспекті проблематики прогалин варто згадати також Рішення КСУ від 20 червня 2019 р. № 6-р/2019 щодо дострокового припинення повноважень парламенту й конституційного регулювання припинення коаліції.

Ключові слова: прогалини, конституція, Конституційний Суд, коаліція, тлумачення.

Berchenko H. V. Gaps in the constitution: problem statement

In the article analyzes the issue of the existence of gaps in the constitution, taking into account different doctrinal approaches, as well as the practice of foreign bodies of constitutional control. It is stated that in order to answer this question, you need to solve a “formula with many unknowns”. The fact is that discussions on both issues are still going on: what is the constitution, as well as the existence of gaps in the law



as such. The concept of gaps in the constitution is a kind of “terra incognita” in science. We have quite authoritative examples when the doctrine recognizes, or on the contrary, denies gaps in the constitution. Any concept of gaps in the constitution or its denials will be perceived ambiguously, given the different doctrinal approaches to understanding the constitution and gaps in the law. The theory of gaps in the constitution owes its development to the German doctrine, where it is actively used. The idea of gaps in the constitution can be found in the constitutional jurisprudence of Venezuela. The country dominated by the theory of “gapless” of the constitution is Lithuania. The relevant position is supported by the constitutional jurisprudence (official constitutional doctrine) of the Constitutional Court of Lithuania (judgments of 25 May 2004, 13 December 2004, 28 March 2006, 24 January 2014). In parallel, the idea of the gapless of the Constitution is pursued by the Constitutional Court of Moldova (opinion of September 22, 2014 № 1). The jurisprudence of the CCU has followed the path of recognizing gaps in the Constitution, although this position remains debatable. We have only one decision of the CCU, in which it fixed the theory of gaps in the constitution (dated September 17, 2008 № 16-рр/2008). In terms of gaps, it is also worth mentioning the decision of the CCU of June 20, 2019 № 6-р/2019 on the early termination of the powers of parliament and the constitutional regulation of the termination of the coalition.

Key words: *gaps, constitution, Constitutional Court, coalition, interpretation.*

Вступ. У юриспруденції Конституційного Суду України (далі – КСУ), а також у науковій літературі час від часу порушується питання щодо наявності прогалин у Конституції України. Варто констатувати, що відповідна проблема потребує додаткового осмислення. Одразу потрібно зазначити, що для відповіді на поставлене питання потрібно розв’язати «формулу з багатьма невідомими». Справа в тому, що до сих пір не вщухають дискусії щодо обох питань: що являє собою конституція, а також з приводу існування прогалин у праві як таких.

Постановка завдання. Метою статті є з’ясування можливості існування в конституції прогалин з урахуванням різних доктринальних підходів, а також практики зарубіжних органів конституційного контролю до цього питання.

Результати дослідження. Стосовно конституції, то можна навести такі погляди. На думку В.В. Лемака, конституція є не лише провідним джерелом права. Її варто сприймати як джерело права, котре поєднує, з одного боку, субстантивні начала (походження від установчої влади народу, спираючись на цінності, які потребують їх «позатекстового» сприйняття), а з іншого – формалізований текст із класичними ознаками Основного Закону (вища юридична сила, особлива процедура внесення змін) [1, с. 429–430].

М.В. Савчин виокремлює серед підходів до визначення природу конституції найбільш поширені: природно-правову, договірну, соціологічну, політологічну, позитивістську теорії [2, с. 218–221]. На думку Ш. Боржо, конституція – це основний закон, відповідно до якого організоване державне правління та який регулює відносини індивіда й суспільства [3, с. 1]. З іншого боку, ми повинні пам’ятати про німецьку традицію договірного розуміння конституції. Конституція розумілася як договір між монархом і представницьким органом, перегляд її – це відновлення цього договору [3, с. 110–111].

Д.Г. Шустров виокремлює 32 теорії конституції [4]. Детальний огляд різноманітних концепцій конституції робить також К. Шмітт [5, с. 59–93]. Багатоманітність поглядів і тлумачень Т. Маунц зводить до 7 основних типів, при цьому зазначає, що практика в Німеччині схиляється до того, щоб розуміти її у відносно формальному сенсі як писаний конституційний документ, зміна якого є ускладненою [6, с. 89–90].

Натомість Е. Арато вважає серйозною помилкою просто розглядати документальну конституцію країн як єдиний об’єкт вивчення створення конституції [7, р. 2], по суті, розуміючи конституцію ширше, ніж як текст із відповідною назвою. На підтвердження цього



можна навести такі аргументи. У Франції існує доктрина конституційного блоку (*bloc de constitutionnalité* – фр.), що завдячує своїй появі практиці Конституційної Ради Франції на підставі Конституції V Республіки 1958 р. До конституційного блоку належать, зокрема, основні принципи, визнані законами Республіки (згадуються саме в такому формулюванні в преамбулі до Конституції 1946 р.). Точне визначення таких принципів, по суті, – завдання Конституційної Ради Франції. Крім того, ми маємо пам'ятати про некодифіковану конституцію Великої Британії, практику Верховного Суду Канади щодо відокремлення Квебеку (рішення від 20 серпня 1998 р., 2 S.C.R. 217), який визнав конституційним джерелом таке поняття, як «conventions of the constitution», «constitutional conventions» (конституційні конвенції, узвичаєння, іноді перекладають також як «конституційні угоди»). Доречно згадати право на прайвесі, яке з'явилося в практиці Верховного Суду США (*Griswold v. Connecticut*) передусім завдяки доктрині, а не буквальному конституційному тексту. Так само загальна клаузула свободи досить широко тлумачиться в практиці Федерального Конституційного Суду Німеччини.

Не варто забувати й про концепцію конституції як відкритого тексту. Як стверджує С.В. Шевчук, при уважному вивченні конституційних норм важко не помітити їх важливої особливості: вони сформульовані у вигляді відкритого тексту, а отже, являють собою «пусті судини», які треба заповнювати конкретним змістом у процесі реалізації Конституції [8, с. 9]. Проте тут варто згадати критику концепції відкритого тексту. «Відкриту текстуру» мають не тільки норми конституції. За Гартом, загалом норми права мають цю властивість, унаслідок чого судді мають право ухвалювати й ухвалюють рішення на власний розсуд, створюючи нові закони. Цьому опонує Рональд Дворкін, критикуючи Гарта. На думку Р. Дворкіна, обов'язком судді залишається навіть у складних справах з'ясувати, у чому полягають права обох сторін, а не винаходити заднім числом нові права [9, с. 120].

На наш погляд, тут варто нагадати цілком слушну тезу К. Хессе: у викладі основних рис чинного конституційного права можна спиратися лише на сучасну індивідуально-конкретну конституцію [9, с. 18], тобто на конституцію конкретної країни, а не на абстрактну теорію конституції взагалі. Крім цього, мабуть, конституційне право кожної країни має власну конституційну теорію, що теж потрібно враховувати.

Існує певна невизначеність і щодо ставлення до самих прогалін. Так, Ганс Кельзен, критикуючи теорію прогалін у праві, уважає, що, замість конкретної правової норми, відбувається застосування правового порядку, а отже, прогалін не існує. Прогалиною називають різницю або між позитивним і бажаним правом, або тією невизначеністю, що випливає з обмеженого характеру норми [11, с. 275–276].

Отже, будь-яка концепція прогалін у конституції або її заперечення будуть сприйняті неоднозначно, ураховуючи зазначені доктринальні підходи до розуміння конституції і прогалін у праві.

Перша згадка про прогаліни в конституції, яку вдалося віднайти, – це прусський конституційний конфлікт 1866–1867 рр. Бісмарк стверджував, що прусська конституція не давала відповіді на питання, як має затверджуватися бюджет у разі відсутності єдності між кабінетом і парламентом. Бісмарк інтерпретував це як «прогалину в конституції» й відповідну владу отримував монарх. Цей підхід увійшов в історію як «теорія прогалін» (нім.: «Lückentheorie»), за допомогою якої Бісмарк переміг парламент (детальніше див. [12]).

На думку Г. Єллінека, історичні явища, з яких складається життя держави, лише цілком недосконалою мірою доступні людському передбаченню; тому неможливо, щоб право, яке свідомо бажає діяти в майбутньому, могло б на будь-які часи приготувати норми для непередбачених і непередбачуваних подій. Звідси історичний досвід призводить нас до усвідомлення, що будь-якій конституції властиві прогаліни, які іноді лише після спливу значного часу й не можуть бути заповнені звичайними засобами інтерпретації й аналогії [13, с. 52–53].

Т. Маунц також пише про прогаліни в Основному Законі ФРН. Так, наприклад, Основний Закон не знає приписів про народну ініціативу і про референдум [6, с. 94–95].



За Карлом Льовенштайном, оскільки жодна конституція не може передбачити подальший розвиток подій, справжні прогалини не можуть не з'являтися. Вони можуть бути навмисними та існувати із самого початку, або вони можуть стати видимими лише після набрання чинності конституцією. Заповнити такі прогалини – це передусім функція конституційної юриспруденції. У більшості випадків рішення буде знайдено шляхом тлумачення чинних конституційних норм, завдяки чому розширюються певні приписи до державного органу. Якщо такі методи виявляються невдалими, необхідно прийняти справжню конституційну поправку [14, р. 218].

Отже, як бачимо, теорія прогалин у конституції завдячує своїм розвитком німецькій доктрині, де активно використовується. Ідею прогалин у конституції можна знайти й у конституційній юриспруденції Венесуели.

Конституція Венесуели 1961 р. мала механізм «загальної реформи», а також «поправки», але ця процедура вимагала участі Конгресу. Замість того, щоб вести переговори з Конгресом щодо конституційної реформи, Чавес прагнув обійти його шляхом проведення референдуму щодо того, чи варто скликати установчі збори (механізм, який не був визначений у тексті конституції 1961 р.). Верховний Суд, що діяв під політичним тиском, але не був підконтрольний Чавесу, дозволив цей маневр. Суд посилався саме на концепцію теорії установчої влади: він уважав, що «народ» має право переробити свою конституцію й може це зробити за допомогою позатекстуального спеціального конституційного механізму, такого як референдум та установчі збори [15, р. 163–164].

Верховний Суд у рішенні CSJ-SPA (17) від 19 січня 1999 р. визначив: «... якби вважалося, що право на конституційний референдум залежить від унесення змін до чинної Конституції, воно підлягало б волі встановленої влади, яка була б вище суверенної влади. Відсутність такого права в Основній хартії (*Carta Fundamental – Основний закон, конституція – Г. Б.*) має трактуватися як прогалина в Конституції, оскільки не можна визнати, що суверенна влада відмовилася ab initio в здійсненні влади, що є результатом її власного політичного рішення».

До речі, відповідна ситуація чимось нагадує українську: у тексті Конституції України також немає спеціальної процедури ухвалення нової конституції ані на референдумі, ані установчими зборами, натомість пропозиції ухвалити нову конституцію поза відповідною процедурою, спираючись виключно на ст. 5 Конституції, лунають постійно. Більше того, це прямо передбачалося визнанням неконституційним Законом України «Про всеукраїнський референдум» 2012 р.

А от державою, у якій домінує теорія «безпрогальності» конституції, є Литва. Як стверджує В. Сінкявічус, Конституція Литви все більше сприймається як складна правова дійсність, як гармонійна правова система, у якій усі правові положення узгоджені між собою, у якій немає правових прогалин і внутрішніх суперечностей [16, с. 74]. Д. Жалімас так само пише про сприйняття Конституції як вищого закону без прогалин [17, с. 267].

Відповідна позиція підкріплюється конституційною юриспруденцією (офіційною конституційною доктриною) Конституційного Суду Литви. Конституційний Суд Литовської Республіки в Постанові від 25 травня 2004 р. підкреслив, що як право не може розглядатися просто як текст, у якому *expressis verbis* викладені певні правові положення, правила поведінки, так і Конституція як правова реальність не може розглядатися тільки як її текстова форма, не можна Конституцію розуміти тільки як сукупність експліцитних положень. Сама природа Конституції як акта вищої юридичної сили, ідея конституційності передбачають, що в Конституції не може бути й немає прогалин і, отже, будь-яке правове регулювання, установлене актами нижчої юридичної сили, можна оцінити відповідно до Конституції.

У Постанові від 24 січня 2014 р. по справі № 22/2013 про відповідність Закону Литовської Республіки про внесення змін в статтю 125 Конституції і статтю 170 Статуту Сейму Литовської Республіки (у редакції від 15 березня 2012 р.) визнав такий закон таким, що не відповідає Конституції з процедурних причин. При цьому він зазначив: таке визнання не означає, що редакція статті 125 Конституції, яка діяла до набуття чинності вказаного закону,



знов набуває чинності. Це, до речі, досить показово порівняно з українським кейсом – Рішенням КСУ від 30 вересня 2010 р., коли той прямо в мотивувальній частині рішення написав про відновлення положень конституційного тексту, які діяли до внесення змін. Конституційний Суд Литви зазначив:

– характер Конституції як акта найвищої юридичної сили й ідеї конституціоналізму означають, що Конституції не може мати й не має прогалин або внутрішніх суперечностей. Отже, після офіційного опублікування постанови Конституційного Суду Литовської Республіки в Конституції не виникне жодної прогалини або внутрішньої суперечності [18, с. 564];

– Положення Конституції становлять гармонійну систему. Жодне положення Конституції не може суперечити іншим її положенням. Характер Конституції як акта вищої юридичної сили й ідеї конституціоналізму передбачають, що в Конституції немає й не може існувати прогалин і внутрішніх суперечностей (постанови Конституційного Суду Литовської Республіки від 25 травня 2004 р., 13 грудня 2004 р. і 28 березня 2006 р.) [18, с. 539].

Паралельно ідею безпрогальності Конституції проводить Конституційний Суд Молдови. Він зазначає, що при внесенні змін до Конституції варто враховувати, що це цілісний акт і всі її положення взаємопов'язані до такої міри, що зміст одних положень Конституції визначає зміст інших її положень. Конституційні положення формують єдину гармонійну систему так, що жодне положення Конституції не може суперечити іншому її положенню. Природа Конституції як акта, що має вищу юридичну силу, й ідея конституціоналізму передбачають, що не існує й не може існувати прогалин або суперечностей у Конституції (висновок від 22 вересня 2014 р. № 1) [19, с. 62].

Що ж до України, то ми маємо лише одне рішення КСУ, у якому він зафіксував теорію прогалин у конституції. В абзаці 4 п. 3.3 мотивувальної частини рішення у справі за конституційним поданням 105 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частин шостої, сьомої, дев'ятої статті 83 Конституції України (справа про коаліцію депутатських фракцій у Верховній Раді України) від 17 вересня 2008 р. № 16-рп/2008 сказано:

«Разом з тим Конституційний Суд України констатує, що Основний Закон України не визначає порядку припинення діяльності коаліції депутатських фракцій. Це свідчить про наявність конституційної прогалини у правовому регулюванні цього питання. Однак заповнення таких прогалин не належить до повноважень Конституційного Суду України. Ці питання мають бути врегульовані в Конституції України та/чи в законі про Регламент Верховної Ради України».

На думку М.В. Савчина, позиція КСУ, відповідно до якої існують конституційні прогалини (Рішення КСУ від 17 вересня 2008 р. № 16-рп/2008), є проблемною. Це не сумісно з принципами верховенства права (зокрема правової визначеності), найвищої юридичної сили Конституції та принципом законності. У такому випадку доцільніше говорити про недостатність законодавчого регулювання порядку діяльності коаліції депутатських фракцій, зокрема порядку утворення та припинення її діяльності, оскільки Конституція не повинна бути надмірно деталізованою і це не є предметом регулювання саме на рівні Конституції. Напевно, ця позиція КСУ пов'язана з його підходом у відмові перевірці законодавства на предмет відповідності конституційним цілям і цінностям (у цьому разі демократії, змагальності між партіями, гарантій демократичності структури партій, балансу прав більшості й опозиції в парламенті), оскільки, згідно з його юриспруденцією, у цьому вбачається порушення принципу поділу влади [2, с. 269–270].

Ще одне рішення, яке варто згадати, це Рішення КСУ у справі за конституційним поданням 62 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України «Про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України та призначення позачергових виборів» від 20 червня 2019 р. № 6-р/2019. В.В. Лемак в окремій думці до нього зазначив, що «Конституцію України необхідно сприймати як цілісний документ, який за своєю природою не може мати прогалин, тобто не можна стверджувати, що «що-небудь» у Конституції України «не визначено» (саме на конституційну прогалину Суд указав у пункті 3 Рішення)».



Проте в тексті самого рішення (абз. 11 п. 3 мотивувальної частини) ми бачимо трохи інші акценти. Дослівно: «За відсутності правового регулювання питання щодо встановлення факту припинення діяльності коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України учасники консультацій могли дійти висновку про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України з підстав, передбачених пунктом 1 частини другої статті 90 Конституції України, а Президент України – ухвалити рішення з цього питання». Отже, у Рішенні йдеться скоріше не про конституцію, а про законодавче регулювання питання припинення діяльності коаліції, хоча, звичайно, ужите словосполучення «правове регулювання», яке теоретично може охоплювати й конституцію. Увесь п. 3 мотивувальної частини описує саме законодавчу прогалину – відсутність регулювання коаліційних питань у Регламенті. Водночас при цьому Суд звернувся до принципу народовладдя. Отже, Указ був визнаний конституційним.

Висновки. Отже, можна констатувати, що концепція прогалин у конституції є своєрідною «terra incognita» в науці. Маємо досить авторитетні приклади, коли доктрина визнає або ж, навпаки, заперечує прогалини в конституції. Будь-яка концепція прогалин у конституції або її заперечення будуть сприйняті неоднозначно, ураховуючи різні доктринальні підходи до розуміння конституції й прогалин у праві. Теорія прогалин у конституції завдячує своїм розвитком німецькій доктрині, де активно використовується. Ідею прогалин у конституції можна знайти й у конституційній юриспруденції Венесуели. Державою, у якій домінує теорія «безпрогальності» конституції, є Литва. Відповідна позиція підкріплюється конституційною юриспруденцією (офіційною конституційною доктриною) Конституційного Суду Литви (рішення від 25 травня 2004 р., 13 грудня 2004 р., 28 березня 2006 р., 24 січня 2014 р.). Паралельно ідею безпрогальності Конституції проводить Конституційний Суд Молдови (висновок від 22 вересня 2014 р. № 1). Юриспруденція КСУ пішла по шляху визнання прогалин у Конституції, хоча ця позиція залишається дискусійною. Ми маємо лише одне рішення КСУ, у якому той зафіксував теорію прогалин у конституції (від 17 вересня 2008 р. № 16-рп/2008).

Список використаних джерел:

1. Загальна теорія права / О.В. Петришин, В.В. Лемак, С.І. Максимов та ін. Харків : Право, 2020. 568 с.
2. Савчин М.В. Конституціоналізм і природа конституції. Ужгород : Поліграфцентр «Ліра», 2009. 372 с.
3. Боржо Ш. Учреждение и пересмотр конституций. Выпуск I. Москва : Издание М. и С. Сабашниковых, 1905. 112 с.
4. Шустров Д.Г. Сущность Конституции: основные теории: монография. Москва : Юрлитинформ, 2017. 600 с.
5. Schmitt C. Constitutional theory (1928). Durham : Duke University Press, 2008. 468 p.
6. Маунц Т. Государственное право Германии (ФРГ и ГДР). Москва : Изд-во иностр. лит., 1959. 596 с.
7. Arato A. The Adventures of the *Constituent* Power: Beyond Revolutions? New York : Cambridge University Press, 2017. 467 p.
8. Шевчук С.В. Способи тлумачення Конституції: порівняльний досвід Конституція і конституціоналізм в Україні: вибіркові проблеми : зб. наук. праць. Київ : Купріянова, 2007. С. 33–57.
9. Дворкин Р. О правах всерьез. Москва : РОССПЭН, 2004. 392 с.
10. Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. Москва : Юрид. лит., 1981. 368 с.
11. Кельзен Г. Чисте правознавство. Київ : Юніверс, 2004. 496 с.
12. Kraus H.-C. Ursprung und Genese der „Lückentheorie“ im preussischen Verfassungskonflikt. *Der Staat*. 1990. Vol. 29. № 2. P. 209–234.
13. Еллинек Г. Конституции, их изменения и преобразования. Санкт-Петербург : Изд. юрид. кн. кл. «Право», 1907. 118 с.



14. Loewenstein K. Constitutions and constitutional law in the West and in the East. *The Indian Journal of Political Science*. 1969. Vol. 30. № 3. P. 203–248.
15. Landau D. Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela: The First Time as Tragedy, the Second as Farce. *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford University Press, 2018. P. 161–176.
16. Сінкявічус В. Конституція: від основного закону до вищого права *Вісник Конституційного Суду України*. 2015. № 6. С. 74–80.
17. Жалімас Д. Офіційна конституційна доктрина: концепція, значущість, головні принципи розвитку. *Філософія права і загальна теорія права*. 2016. № 1/2. С. 267–280.
18. Шустров Д.Г. Пределы изменения конституции и конституционный контроль за их соблюдением в России и постсоветских государствах: сравнительно-правовое исследование : в 2 т. Москва : Юрлитинформ, 2018. Т. 1. 576 с.
19. Шустров Д.Г. Пределы изменения конституции и конституционный контроль за их соблюдением в России и постсоветских государствах: сравнительно-правовое исследование : в 2 т. Москва : Юрлитинформ, 2018. Т. 2. 568 с.

