

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 342.41

DOI <https://doi.org/10.32837/chern.v0i4.122>**Г. В. Берченко***кандидат юридичних наук, доцент,**доцент кафедри конституційного права України**Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого**orcid.org/0000-0002-0365-9009*

КОНСТИТУЦІЯ І ОСНОВНИЙ ЗАКОН: СПІВВІДНОШЕННЯ

У статті з'ясовано співвідношення конституції та основного закону. У літературі постійно точаться дискусії з приводу того, коли саме у світі з'явилися перші конституції. Так само постає питання: хто із самого початку звернувся до поняття конституції в доктринальному розумінні, описуючи відповідне вже існуюче поняття або ж пропонуючи запровадити конституцію як певну ідеальну модель на практиці? Паралельно не вщухають спори щодо співвідношення конституції та основного закону, сучасного змісту конституції як державно-правового явища.

Зроблено висновок про те, що вчення про конституцію формувалося поступово, еволюційно. Конституцію почали сприймати як державний устрій або форму правління, не одразу ототожнюючи її з окремим писаним формальним джерелом з відповідною назвою. Паралельно розвивалося вчення про основні закони, під якими розумілися саме норми і правила, хоч їхня форма могла бути різною. З'ясовано, що до появи конституцій у формальному значенні особливо важливо підкреслити її генезу – вона виросла із матеріального значення, будучи доповненою на певному історичному етапі значенням формальним. Термін «конституція» поступово витіснив термін «основний закон», хоч і в деяких країнах дотепер залишився у вжитку через різні історичні причини як синонім конституції. Досить велику традицію вживання терміна «основний закон» мають німецькомовні країни. Сьогодні у Федеративній Республіці Німеччина конституція названа саме «Основний Закон». Відповідна мотивація щодо назви була зумовлена, за задумом авторів, тимчасовим характером дії ухваленого після Другої світової війни у 1949 році акта (який зберіг свою чинність дотепер). Чинна нині Конституція Угорщини 2011 року носить також назву «Основний Закон». Іспаномовні держави мають свій аналог «основного закону», що вживається як синонім конституції – «Carta Fundamental».

Ключові слова: конституція, основний закон, ФРН, Угорщина, Україна.

Berchenko H. V. CONSTITUTION AND FUNDAMENTAL LAW: CORRELATION

The article clarifies the relationship between the constitution and the basic law. There is a constant debate in the literature about when the first constitutions appeared in the world. The question also arises as to who from the very beginning turned to the concept of constitution in the doctrinal sense, describing the corresponding already existing concept or proposing to introduce the constitution as a certain ideal model in practice. At the same time, disputes over the relationship between the constitution and the basic law, the modern content of the constitution as a state and legal phenomenon do not subside.

It is concluded that the doctrine of the constitution was formed gradually, evolutionarily. The Constitution began to be perceived as a state system or a form of government, not immediately identifying it with a separate written formal source with the appropriate name. In parallel, the doctrine of the basic laws developed, which meant precisely the rules and regulations, although their form could be different. It is concluded that before the emergence of constitutions in the formal sense, it is especially important to emphasize its genesis – it grew out of material significance, being supplemented at a certain historical stage by the formal meaning. The term “constitution” has gradually supplanted the term “fundamental law”, although in some countries it has remained in use for various historical reasons as a synonym for the constitution. German-speaking countries have a long tradition of using the term “fundamental law”. Today in the Federal Republic of Germany, the constitution is called the “Fundamental Law”. The corresponding motivation for the name was due, according to the authors, to the temporary nature of the act adopted after the Second World War in 1949 (which has remained in force to this day). The current Constitution of Hungary in 2011 is also called the “Fundamental Law”. Spanish-speaking states also have their own analogue of the “fundamental law”, which is used as a synonym for the constitution – “Carta Fundamental”.

Key words: constitution, fundamental law, Germany, Hungary, Ukraine.

Чи є конституція основним законом і якщо так, то чому? Відповідь на це питання лежить в історичній площині, проте на нього не можна відповісти також без звернення до сучасної доктрини та державно-правової практики.

Метою статті є з'ясування співвідношення конституції та основного закону. Завданнями статті

є: встановити історичну генезу основних законів; з'ясувати погляди на співвідношення конституції та основних законів у науці; з'ясувати практику використання терміна «основний закон» як синонімі конституції.

Щодо аналізу останніх досліджень варто відзначити, що відповідна проблематика ґрунтовно

розглядається в науці. Про це свідчать дослідження А. Есмена [1], Е. Понтовіча [2], В. Шаповала [3], К. Шмітта [4] та інших.

Основні закони зовсім не означають законів незмінних, хоча в попередні часи вони розумілися іноді в цьому сенсі. У середні віки замість одного основного закону існували окремі станові привілеї або вольності, які склалися договірним шляхом і не могли змінюватися інакше, ніж за згодою сторін. Цей порядок впливав із розуміння держави не як єдиного цілого, а як сукупності різних суспільних союзів і осіб, з різними правами і обов'язками [5, с. 319].

Як стверджує О.В. Тарановський, основні закони (*lois fondamentales*) держави – це об'єктивні межі, що покладені королівському повновладдю. Вони впливають із життєвих потреб самої держави. Ця сторона справи знаходить свій вираз у протиставленні закону державця (*loi du roi*) і закону держави (*loi du royaume*). Вказане протиставлення було сформульоване Паризьким парламентом на *lit de justice* 4 липня 1581 року. Король Генріх III з'явився в парламент, щоб провести актом свого повновладдя фінансові едикти, які парламент відмовився реєструвати. Незважаючи на присутність короля, парламент упирався у своїй відмові, поки не отримав прямого наказу приступити до реєстрації. Беручи до уваги це найвище веління, перший президент (голова) заявив, що «по закону короля, який полягає в його абсолютній владі, едикти могли пройти; але за законом держави, який полягає в розумі та справедливості, вони не могли і не можуть бути оприлюднені». Закон держави і є тим верховним поняттям, під яким підводилися всі окремі основні закони. Це основний закон про непорушність зовнішнього суверенітету короля, визнаний парламентом у 1615 році; Салічний закон про престолонаслідування, що урочисто підтверджений у 1593 році; закон про невідчужуваність королівського домену і деволуції особистого домену короля до корони, що міцно встановлені в судовій і політичній практиці парламенту; принцип неподільності державного правління, визнаний у встановленні регентства в 1643 році. Безсумнівно, що та вимога самообмеження, яку пред'являла королю парламентська догма, носила характер основного закону, або «істинного стану французької монархії», як це було сформульовано в 1652 році [6, с. 382–383].

Натомість Е.Е. Понтовіч не погоджувався з О.В. Тарановським у спробах довести зв'язність короля основними законами, які не підлягають одноособовій зміні королем. В якому відношенні обмежують королівську владу постанови про незмінність монархічної форми правління, про зовнішній суверенітет держави? Ці формули можуть бути віднесені до основних законів у матеріальному смислі, але жодним чином – до тез про

формальні обмеження королівської влади. Ряд інших постанов справді носить характер обмежень, але їхнє походження ґрунтується на феодално-становому ладі. Загалом, на його думку, з ідеєю абсолютної монархії несумісна ідея закону, що має особливу формальну силу, ідея конституції, оскільки в незв'язності короля законами і полягає сутність абсолютизму [2, с. 24–26].

Варто погодитися із Б.М. Чичеріним у тому, що сама відмінність між основними законами і звичайними існує не скрізь. Практичне значення воно має лише там, де правом видавати і змінювати основні закони і звичайні наділені різні влади, тобто там, де влада установча відокремлена від законодавчої. В Англії, де обидвома владами наділений король у парламенті, це розмежування не існує [5, с. 318]. Це дуже важлива теза. Адже виходить, що може існувати конституція в матеріальному значенні (поза розумінням основного закону саме як акта найвищої юридичної сили). Наголосимо, що йдеться про відсутність у британському праві основних законів у розумінні формальної відмінності й вищої юридичної сили порівняно зі звичайними законами. За матеріальним критерієм їх можна виділити. Фактично йдеться виключно про характер предмета регулювання (матеріальний критерій), а не критерій вищої юридичної сили.

Тому саме приклад США і Франції показує значення основних законів у формальному сенсі за критерієм юридичної сили. До XVIII ст., коли відбулися американська і французька революція, державне право різних європейських країн спиралось майже виключно на звичай. Лише іноді зустрічалися деякі писані конституційні тексти, частіше за все урочисті заяви, щодо яких монарх давав свою згоду, яким він обіцяв слідувати сам, а також від імені своїх нащадків, а іноді трактати й капітуляції, укладені незалежними державами в момент, коли вони погодилися об'єднатися в єдину державу. Англія, що залишилася поза революційним рухом XVIII ст., зберігала конституцію саме такого роду. Більшою частиною англійське державне право засновано на звичаї; воно містить лише невелику кількість писаних законів, найважливіші з яких такі: Велика Хартія і її пізніші підтвердження, петиція прав, Білль про права, Акт про престолонаслідування 1700 р. і трактати про приєднання Шотландії та Ірландії. Публіцисти XVIII ст. уявляли собі конституцію не інакше, як у вигляді основного і систематичного писаного закону. Таке уявлення будувалося на трьох міркуваннях. По-перше, тоді всіма визнавалася перевага писаного закону над звичаєм; у формі закону слід було виразити конституційні норми. По-друге, люди XVIII ст. охоче дивилися на нову конституцію, проголошену суверенним народом,

як на відновлення суспільного договору, отже, необхідно було виразити умови цього договору в найбільш урочистій і повній формі. Нарешті, вони думали, що редаговані таким чином конституції, ясні й систематичні, могли слугувати чудовим знаряддям політичного виховання, оскільки вони, безперечно, поширять серед громадян знання їхніх прав і водночас прив'яжуть їх до цих прав [1, с. 386].

Досить активно вживається поняття «основний закон» у північній Європі. Основним законом прямо в тексті названа була «Форма правління» Швеції 1809 р. Як стверджує М.О. Ісаєв, термінологічно поняття «конституція» в цих країнах відсутнє. Замість нього вживають термін «основний закон» (Grundlov), який протиставляється континентальній і англо-американській традиції, що виражається терміном «constitution». Більш змістовним вважається термін «forfatning» (дат./норв.), «forfattning» (швед.), аналогічний німецькому «Verfassung», який вживається для позначення всіх норм, що регулюють вищу державну владу (statsstyre), незалежно від того, чи закріплені вони в одному або в декількох правових актах, або ж вони взагалі не закріплені в письмовій формі. Звідси випливає: навіть маючи формальний акт, який має назву «Основний закон» (Данія, Норвегія) або «Форма правління» (Швеція), конституція в цих країнах у матеріальному сенсі являє собою сукупність актів, що складаються з норм одного порядку, що визначає передусім, хто може здійснювати державно значимі дії. Сюди ж, у цю групу, входять також норми, що регулюють права і свободи громадян, оскільки вони говорять фактично про те, що не повинні вчиняти органи держави. Регулювання йде знову ж таки по лінії визначення компетенції, проте вже в негативному сенсі. Таким чином, виникає проблема: чи містить конституція норми формального чи матеріально-права [7, с. 149].

Як зазначав С.А. Котляревський, Основні Закони Російської Імперії 1906 р. належать до класу писаних конституцій. У цьому законі 23 квітня 1906 р. не уявляють нічого оригінального, і та обставина, що вони не називаються конституційними, жодним чином не змінює суті справи. Мотиви, за якими автори Основних Законів не вважали можливим вживати термін «конституція» або «конституційний», тут не мають значення. 23 квітня 1906 р. Росія отримала конституційну хартію [8, с. 6].

Офіційне застосування терміна «основний закон» характеризувало і радянську практику та практику країн так званої народної демократії, а згодом і соціалістичного табору. В Українській РСР у 1937 і 1978 рр. вжили подвійний титул – Конституція (Основний Закон). Але найбільш суттєвим є те, що визначення радянських консти-

туцій як основних законів було одним із проявів концепції верховенства рад [3, с. 26].

Сьогодні окремі українські вчені (передусім С. Головатий) вживають через етимологічні причини термін «Основоположний закон». Проте офіційно (у преамбулі Конституції України) ми маємо згадку про Конституцію України саме як «Основний Закон» (відповідне словосполучення наведено в дужках) і тому маємо поважати чинне формулювання, хоча в перспективі, звісно, можна ставити питання про уточнення відповідного терміна під час прийняття нової Конституції України або внесення змін до чинної.

Досить велику традицію вживання терміна «основний закон» мають німецькомовні країни. Основні Закони Австро-Угорщини, вони ж конституційні закони, склалися з трьох частин. Закони унії, закони Австрії і закони Угорщини. Закони унії включали в себе, окрім різних правил, що стосувалися престолонаслідування, Прагматичну санкцію 1713 року і закони, спільні для Австрії та Угорщини, вотовані в грудні 1867 року, що встановлювали взаємні відносини двох держав і способи управління спільними справами. Основні закони Австрії склалися з різних королівських декретів, «дипломів», і указів, що стосувалися складу, привілеїв тощо Національного Рейхсрату і провінційних ландтагів. Конституційне право Угорщини базувалося на Золотій Буллі Андрея II, даної в 1222 році і що стосувалася станових привілеїв, згодом – на деяких законах 1790–1791 рр., що стосувалися політичної незалежності Угорщини і функціонування законодавчої та виконавчої влади; на законах 1847–1848 рр., що встановлювали відповідальність міністрів, і на одному законі 1868 р. [9, с. 302–303]. Вочевидь, саме через відповідні історичні передумови і традиції теперішня Конституція Угорщини 2011 року носить також назву «Основний Закон».

Досить повно описував свого часу значення терміна «основний закон» (“Basic Law,” “Basic Norm or Lex Fundamentalis”, в оригіналі німецькою мовою – “Grundgesetz”) у 1928 р. Карл Шмітт. Вчений зазначав, що цей термін може мати такі значення:

1. У загальному, а не в точному сенсі – усі статuti чи угоди, які, як видається, мають особливе політичне значення для осіб чи груп, що мали політичний вплив на той час, називаються «основними законами». Отже, численні угоди, поступки, привілеї німецьких маєтків щодо німецького кайзера називалися основними законами (leges fundamentales);

2. Основний закон = абсолютно непорушна норма, яка не може бути жоним чином змінена або порушена іншими нормами;

3. Основний закон = кожна відносно непорушна норма, яка може бути змінена або порушена

іншими нормами лише за кваліфікованих передумов;

4. Основний закон = останній уніфікований принцип політичної єдності та всього порядку. У цьому випадку цей термін є вираженням абсолютної концепції конституції;

5. Основний закон = кожен окремих принцип державної організації (основні права, поділ влади, монархічний принцип, так званий представницький принцип тощо);

6. Основний закон = остання норма для системи нормативних приписів. Тут виділяється нормативний характер і передусім підкреслюється «закон» в основному законі;

7. Основний закон = будь-який організаційний регламент юрисдикції та процедури політично найважливішої діяльності держави. У федерації це включає навіть установавання прав федерації окремо від прав її членів;

8. Основний закон = будь-яке обмеження державної влади чи діяльності через нормативні рамки;

9. Основний закон = конституція в позитивному сенсі, згідно з яким так званий основний закон не зводиться до статутних норм, а навпаки, його сутнісним змістом є політичне рішення [4, с. 94].

До речі, сьогодні у Федеративній Республіці Німеччина конституція названа саме «Основний Закон». Відповідна мотивація щодо назви була зумовлена, за задумом авторів, тимчасовим характером дії ухваленого після Другої світової війни у 1949 році акта (який зберіг свою чинність дотепер).

Як стверджує К. Хессе, вживання поняття «Основний закон» у чинному німецькому конституційному праві не прив'язано до попереднього змісту. Право імперії до 1806 року і право Німецької федерації розуміли під «Основним законом» фундаментальні норми, які повинні мати особливу стабільність і довговічність, проте які містять у собі лише окремі питання або комплекси питань особливої важливості, що означає існування багатьох основних законів і можливість виникнення нових. У цьому сенсі основним законом позначали спочатку капітуляцію Фердинанда III на виборах у 1636 році. До основних імперських законів відносили також Вестфальський мир 1648 року і Підсумковий акт головної Імперської постійної комісії від 1803 року. Право Германського союзу охоплювало багато основних законів, зокрема: германський Федеральний акт від 1815 року, Віденський підсумковий акт 1820 року і так звані органічні закони [10, с. 58]. Під «основним законом» розуміли часто щось особливо високе, святе, непорушне, що не може бути ані змінено, ані порушено; певний порядок, який за своєю силою і стабільністю виходить навіть за межі звичайної конституції; останній, вищий принцип державного

устрою. Поряд із цим, щоправда, існували погляди, які просто прирівнювали поняття «основний закон» до поняття «конституція». Відповідно до них «основний закон» був вище над звичайним (простим) законом тим, що він мав якості конституції [11, с. 91].

Поняття «Основний закон» в існуючому конституційному праві ФРН у повній відмінності від цієї традиції повинно виражати особливості конституювання державного устрою, що виник після капітуляції Німеччини 1945 року [10, с. 58]. В умовах розділеної нації засновники вирішили написати «основний закон», а не конституцію. Так само вони вирішили назвати збори, що розробляли нову конституцію, «парламентською радою» (Parlamentarischer Rat) замість конституційних зборів (verfassungsgebende Versammlung). Засновники вирішили, як сказано в преамбулі, «дати Німеччині новий порядок на перехідний період, який завершиться возз'єднанням Німеччини». Як здавалося на той час, у цей далекий день основний закон припинить існування. Відповідно, Основний закон припиняє дію «в день, коли конституція, що вільно ухвалена всім німецьким народом, набуває чинності» (ст. 146) [12, р. 42].

На Парламентській раді в Бонні (і вже на конференції прем'єр-міністрів у липні 1948 року, а також на Конституційному конвенті в Херренхімзе) замість слова «конституція» були вибрані слова «основний закон», щоб виразити щось менш ясне, менш визначене, менш важливе, ніж слово «конституція». Вже сам вибір вислову повинен був підкреслити, що завдання Парламентської ради полягає в тому, щоб створити правовий режим не для держави «в повному і строгому смислі слова», а лише для утворення, в якого повинні бути відсутні певні ознаки держави [11, с. 91]. Водночас Основний закон і за своєю формою, і за змістом справляв враження не тимчасового, а створеного на тривалий, невизначений час документу, як і будь-яка інша конституція. Застереження, що введене терміном «основний закон», покликано було також відобразити, що політичне утворення, яке виникає, повинно мати лише обмежену міжнародно-правову свободу дій, не може вступати в зовнішні зносини і вести зовнішню політику, а всередині держави внаслідок обмежень Окупаційного статуту повинно утримуватися від повноти влади, іншими словами, вона не розглядалася як «повна держава». У зв'язку з цим Основний закон часто називали на початку роботи Парламентської ради простим «організаційним статутом» [11, с. 92].

З жовтня 1990 року возз'єднання Німеччини відбулося на підставі зміненої редакції статті 23, тобто в межах Основного Закону. Рішення про збереження Основного закону як загальнонімецької конституції не було несподіваним. Протягом

попереднього строку, особливо у світлі рішень, ухвалених Федеральним конституційним судом, Основний Закон набув характер документа, створеного на невизначений період [12, р. 42].

Існує навіть думка щодо метафоричності терміна «основний закон». Як зазначає Й. Ізензее, функція конституції, що закладає підвалини єдності та стабільності, отримує своє вираження в її метафоричному визначенні як Основного закону. Це означає, що конституція не ідентифікується з усім правопорядком, не регулює все державне і суспільне життя. Конституція планомерно створює відкритий правовий простір для політичних структур, для творчої законодавчої політики, а також для відповідального урядового курсу. Основний характер конституції проявляється там, де вона встановлює лише зовнішні кордони політичної дії, однак усередині цих кордонів є вільний політичний простір. Проте й державні органи постійно пов'язані конституційно-правовими нормами [13, с. 309].

Конституція може мати характер сукупності основних законів, які ухвалює парламент (конституція Ізраїлю). Сьогодні Конституція Ізраїлю – це 13 основних законів. «З 1958 г. по 2015 р. Кнесет прийняв 13 Основних законів, які в майбутньому покликані стати главами Конституції Держави Ізраїль. Кожен Основний закон мислиться як окрема глава майбутньої конституції. Звідси назва цих законів, що відповідає назві глав можливої майбутньої конституції, наприклад: «Основний закон: Кнесет», а не «Основний закон про Кнесет». Основні закони відрізняються від звичайних законів за статусом, змістом і формою» [14].

Іспаномовні держави також мають свій аналог «основного закону», що вживається як синонім конституції – «Carta Fundamental». Це визначення використав Верховний суд Венесуели в рішенні CSJ-SPA (17) від 19 січня 1999 р. «Carta Fundamental» часто називають також конституцію Чилі 1925 року.

Отже, можна дійти таких висновків. Вчення про конституцію формувалося поступово,

еволюційно. Конституцію почали сприймати як державний устрій або форму правління, не одразу ототожнюючи її з окремим писаним формальним джерелом із відповідною назвою. Паралельно розвивалося вчення про основні закони, під якими розумілися саме норми і правила, хоч їхня форма могла бути різною. Термін «конституція» поступово витіснив термін «основний закон», хоч і в деяких країнах дотепер залишився у вжитку через різні історичні причини як синонім конституції.

Література

1. Эсмен А. Основные начала государственного права. Москва : Типо-литогр. В. Рихтер, 1899. VII. Т. 2. 399 с.
2. Понтович Э.Э. Развитие конституции и учредительная власть. Петроград : Огни, 1918. 91 с.
3. Шаповал В.М. Сучасний конституціоналізм. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 560 с.
4. Schmitt C. Constitutional theory. Durham : Duke University Press, 2008. 468 p.
5. Чичерин Б.Н. Общее государственное право. Москва : Зерцало, 2006 536 с.
6. Тарановский Ф.В. Догматика положительного государственного права во Франции при старом порядке. Юрьев : Тип. К. Маттисена, 1911. VII. 633 с.
7. Исаев М.А. Механизм государственной власти в странах Скандинавии. Москва : Городец, 2004. 400 с.
8. Котляревский С.А. Юридические предпосылки русских основных законов. Москва : Тип. Г. Лисснера и Д. Собко, 1912. 217 с.
9. Вильсон В. Государство : прошлое и настоящее конституционных учреждений. Москва : Типо-литогр. Т-ва печатного и издательского дела в Москве, 1905. 569. XVI с.
10. Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. Москва : Юрид. лит., 1981. 368 с.
11. Маунц Т. Государственное право Германии (ФРГ и ГДР). Москва : Изд-во иностр. лит., 1959. 596 с.
12. Kommers P., Miller A. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Durham and London : Duke University press, 2012. 904 p.
13. Государственное право Германии. Москва : Рос. Акад. наук ин-т гос. и права, 1994. Т. 2. 320 с.
14. Основные законы Государства Израиль. URL <https://m.knesset.gov.il/ru/activity/pages/basiclaws.aspx>