



Вадим Човган

доктор публічного права (PhD, Франція),
радник з правової реформи Консультативної місії
Європейського Союзу в Україні*
(м. Київ, Україна)
vivatjustice@gmail.com

УДК 342.565.2

НЕКОНСТИТУЦІЙНІСТЬ ЗАКОНОДАВЧОЇ ПРОГАЛИНИ

АНОТАЦІЯ. Стаття звертає увагу на відмову Конституційного Суду України (КСУ) від перевірки конституційності законодавчих прогалин. Ця практика КСУ є сталою та вже має перші негативні наслідки для захисту прав конкретних людей: їм було відмовлено у розгляді їхніх конституційних скарг. Водночас переважна більшість європейських країн здійснює конституційний контроль законодавчої неврегульованості. Цим самим забезпечується проактивна роль органів конституційної юрисдикції у захисті прав людини з практичної точки зору, в умовах бездіяльності парламенту для захисту цих прав.

З огляду на таку ситуацію, стаття має на меті підкреслити негативні практичні наслідки відмови КСУ від перевірки на конституційність законодавчих прогалин. Вона намагається продемонструвати, яким чином відповідні іноземні практики можуть бути рецепційовані Україною. Таким чином, пропонуються шляхи розвитку вітчизняної конституційної доктрини у напрямі більш прогресивних іноземних підходів.

Для досягнення мети статті автор здійснює аналіз таких практик. Він демонструє, як вони можуть бути впроваджені в діяльність КСУ, навіть без внесення додаткових змін до національного законодавства. Вже найближчим часом ці пропозиції можуть стати у пригоді для вирішення низки конституційних скарг, пов'язаних із ситуаціями "правового вакууму".

Аналіз свідчить, що у Європі меншістю є конституційні суди, які не переглядають законодавчі прогалини на предмет конституційності. При цьому частина з них, на відміну від України, не робить це через відсутність концепції законодавчої прогалини у їхній національній доктрині. Конституційні суди, які свідомо відмовляються перевіряти прогалини на конституційність, є винятками. До того ж, на відміну від судів, які здійснюють таку перевірку, вони не вирізняються кращими традиціями конституціоналізму.

Перевірка прогалин на конституційність цілком може бути впроваджена у практику КСУ. Для цього є низка способів, як-то визнання норм із прогалинами

* Ця стаття відображає тільки індивідуальні погляди та позицію автора. Вона не може інтерпретуватись як така, що відображає позицію будь-якої організації.

неконституційними тільки “в частині, що не закріплює”, тоді як основна частина норми продовжує функціонувати. Однак таке впровадження потребує сміливості, достатньої для зміни консервативної позиції КСУ. Хоча стверджувати про наявність такої сміливості ще зарано, ця стаття може бути використана для розширення існуючих підходів до тлумачення повноважень КСУ у процесі вирішення справ, пов’язаних із такими причинами порушень прав людини, як законодавчі прогалини.

Ключові слова: законодавча прогалина; конституційна скарга; правовий вакуум; конституційний контроль; конституційний суд; довічно засуджені; довічне позбавлення волі.

Конституційний Суд України (далі – КСУ) відмовився відкрити провадження за скаргою довічно засудженого В. Панасенка, мотивуючи це невідомістю йому законодавчих прогалин. Вказана відмова відображає системну проблему, яка призводить до обмеження потенціалу конституційної скарги і зниження практичної цінності Конституції України¹. На відміну від України, за кордоном розгляд конституційності прогалин є звичною для конституційних судів практикою. Звідси головне питання цієї статті: чи може бути визнане неконституційним положення українського закону або закон у цілому, якщо у ньому не врегульовується те, чого вимагає Конституція України?

Фабула

Засуджений В. Панасенко звернувся з конституційною скаргою до КСУ. Він просив визнати ст. 82 Кримінального кодексу України (далі – КК України)² (заміна покарання більш м’яким) такою, що не відповідає ст. 28 Конституції (заборона катувань). У світлі принципу дружнього ставлення до міжнародного права³ ст. 28 Конституції України мала б тлумачитися подібно до схожої ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)⁴. Відповідно до практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) ст. 3 Конвенції вимагає, щоб довічно засуджені мали реалістичну перспективу звільнення⁵. При цьому нещодавно Комітет з запобігання катувань вже визнав, що

¹ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 12.12.2018).

² Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 12.12.2018).

³ Рішення Конституційного Суду України від 1 червня 2016 р. № 2-рп/2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16> (дата звернення: 12.12.2018).

⁴ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 12.12.2018).

⁵ Детальніше див. у самій скарзі: Вадим Човган, ‘Конституційна скарга на довічне’ <<http://khp.org/index.php?id=1522760522>> дата звернення 25 Червень 2018.

українське помилування не можна вважати такою перспективою⁶, хоча національні суди й ігнорують цей факт⁷.

Із зазначеного випливає, що ст. 28 Конституції України, так само як і ст. 3 Конвенції, вимагає існування реалістичної перспективи звільнення від довічного ув'язнення. Однак КК України такої перспективи не передбачає. Звідси логічний висновок: КК України не відповідає Конституції України, оскільки він не передбачає ні можливості дострокового звільнення, ні можливості заміни довічного ув'язнення більш м'яким покаранням. У ньому відсутня реалістична перспектива звільнення від довічного ув'язнення у розумінні практики ЄСПЛ.

У цьому контексті особливо влучним є давнє цитування одного з суддів колегії КСУ, яка приймала рішення відмовити у розгляді конституційної скарги В. Панасенка:

<...> у випадку явної невідповідності підходу КСУ мінімальним стандартам Конвенції виникатиме парадоксальна ситуація, коли КСУ, який покликаний застосовувати конституційні норми, тобто норми найвищої юридичної сили в національній правовій системі, фактично встановлює стандарти, нижчі за мінімальні європейські. Така ситуація є неприпустимою з огляду на те, що Конституція України, положення якої ґрунтуються на європейській конституційній традиції, встановлює рівень захисту основних прав і свобод, який щонайменше аналогічний закріпленому в Конвенції⁸.

Системність проблеми та різниця між неконституційністю і “неконвенційністю”

Приклад із довічним ув'язненням можна екстраполювати на будь-яке інше право. Якщо Конвенція у тлумаченні ЄСПЛ передбачає якісь специфічні аспекти конкретного права, закріпленого у Конвенції, то кореспондуюча стаття Конституції України мала б тлумачитися подібно. Отже, якщо порушення Конвенції трапилося, бо національне законодавство не врегулювало якесь питання, то така ж відсутність регулювання може порушувати Конституцію України. При цьому слід розрізняти дві ситуації “неврегульованості”: а) коли у законі зовсім відсутня якась диспозиція; б) коли диспозиція присутня, однак вона неповна, у ній самій є

⁶ § 40 Доповіді Комітету з запобігання катуванням про візит в Україну у 2016 р.: Report to the Ukrainian Government on the visit to Ukraine carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment CPT from 21 to 30 November 2016 (CPT/Inf (2017) 15).

⁷ Ухвала Вінницького міського суду Вінницької області від 13 грудня 2017 р., справа № 127/23945/17, провадження № 1-в/127/1005/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71254600>> (дата звернення: 25.06.2018).

⁸ Станіслав Шевчук, ‘Узгодженість практики Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України’ (2011) 4-5 Вісник Конституційного Суду України 130.

прогалини. Наприклад, у ній можуть бути відсутні достатні гарантії від свавільного втручання у право (*Vintman v. Ukraine*, § 128–133)⁹.

Незважаючи на схожість, є принципова різниця між неконституційністю та “неконвенційністю” закону. Якщо національний закон щось не врегулює, то ЄСПЛ визнає це порушенням Конвенції. Навпаки, КСУ формально визнає закон неконституційним, а не порушенням Конституції України. При цьому порушення законом Конституції України припускається.

Саме звідси бере початок складність визнання прогалини неконституційною. Може здатися, що для визнання чогось неконституційним формально потрібно, щоб це “щось” існувало. Напевно, якби замість визнання неконституційним закону (його положення), конституційна скарга передбачала можливість КСУ встановлювати порушення Конституції України, то проблеми “неконституційності прогалини” не існувало б.

Тим часом КСУ відмовляє у визнанні неконституційним закону (його положення) у зв’язку з наявністю у ньому прогалини, навіть якщо така неврегульованість відверто порушує Конституцію.

Позиція КСУ

КСУ незмінно дотримується позиції, що розгляд конституційності законодавчих прогалин не відноситься до його компетенції.

У справі В. Панасенка КСУ прямо вказав: ‘<...> неналежне законодавче врегулювання або його відсутність не може бути підставою для відкриття конституційного провадження’¹⁰. Звертає увагу не тільки відмова розглядати питання щодо неврегульованості, а й щодо неналежної врегульованості. Цим самим створюється ґрунт для безмежного трактування КСУ власних функцій. Адже якщо неналежне врегулювання не можна визнати неконституційним, то потенційно можна відмовитися перевіряти ледь не будь-яку неконституційну норму.

Аналогічну аргументацію застосував КСУ у нещодавній відмові розглядати конституційну скаргу щодо ст. 303 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України)¹¹. Через цю статтю скажник Є. Малєєв у його ситуації не зміг подати апеляцію на затримання та обшук. У переліку рішень, які підлягають оскарженню відповідно до неї, була відсутня категорія прийнятого стосовно скажника рішення.

⁹ Вінтман проти України: рішення Європейського суду з прав людини у справі від 23 жовтня 2014 р., заява № 28403/05. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a45 (дата звернення: 12.12.2018).

¹⁰ Ухвала Другої колегії Першого сенату Конституційного Суду України від 18 квітня 2018 р. № 115-2(1)2018, справа № 3-182/2018(1694/18). URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/115-2i2018.pdf> (дата звернення: 12.12.2018).

¹¹ Ухвала Другої колегії Першого сенату Конституційного Суду України від 5 квітня 2018 р. № 32-2(1)/2018, справа № 3-35/2018(1424/17). URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/32-2i2018.pdf> (дата звернення: 12.12.2018).

Вадим Човган

КСУ має тривалий досвід такого підходу до неврегульованості. Ще у 1998 р. він відмовив у розгляді клопотання щодо прогалин і колізій мовного законодавства в частині мови реклами. КСУ дійшов висновку про наявність застарілих норм, окремих прогалин і колізій, усунення яких шляхом офіційного тлумачення не відноситься до його компетенції. Вирішення цих питань шляхом офіційного тлумачення було б порушенням положень ст. 6 Конституції України, згідно з якою державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову, а також втручанням КСУ в конституційні повноваження парламенту¹².

У 2002 р. КСУ відмовився розглядати клопотання народних депутатів про визнання неконституційним Указу Президента, яким було збільшено податок на доходи громадян. Народні депутати вказували, що це питання мало бути врегульовано виключно Законом України. На той час проект такого закону розглядався парламентом. КСУ так само вказав на принцип поділу влад, через який він не міг 'втручатися у діяльність законодавчого органу державної влади та заповнювати прогалини у законах'¹³.

Подібним чином КСУ відмовлявся тлумачити закони. У 2013 р. Верховний Суд України просив КСУ дати офіційне тлумачення словосполучень "місце розгляду справи" та "кошти на забезпечення здійснення правосуддя" у Законі України "Про судовий збір"¹⁴. Однак Верховний Суд України просив розтлумачити численні аспекти цих формулювань, а тому КСУ вказав на 'неврегульованість питань, порушених у конституційному поданні'. Тобто клопотання здійснити "занадто розширювальне" тлумачення призвело до висновку про неврегульованість питання, а заповнення прогалин, за словами самого КСУ, є прерогативою парламенту.

Як вказує КСУ в іншій подібній ухвалі:

<...> заповнення прогалин у законах має здійснювати законодавець внесенням до них змін і доповнень, а не Конституційний Суд України шляхом офіційного тлумачення їх правових норм (окремих положень) або застосуванням загальнотеоретичних засобів їх подолання – аналогії закону й аналогії права¹⁵.

www.pravoua.com.ua

¹² Ухвала Конституційного Суду України від 10 липня 1998 р. № 36-у/1998. URL: http://www.ccu.gov.ua/docs-search?tid=All&date_filter%5Bvalue%5D%5Bdate%5D=10.07.1998&body_value=&field_textindex_value=&field_speaker_value= (дата звернення: 12.12.2018).

¹³ Ухвала Конституційного Суду України від 21 березня 2002 р. № 9-у/2002, справа № 2-17/2002. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/941> (дата звернення: 12.12.2018).

¹⁴ Про судовий збір: Закон України від 8 липня 2011 р. № 3674-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3674-17> (дата звернення: 25.06.2018).

¹⁵ Ухвала Конституційного Суду України 24 червня 2009 р., № 34-у/2009, справа № 2-35/2009. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/244> (12.12.2018).

Отже, КСУ відмовляється перевіряти на конституційність прогалини, а також тлумачити закон у випадку неврегульованості, або й “недостатньої врегульованості”. Головним аргументом є підвідомчість цих питань парламенту, а не КСУ.

Таку позицію КСУ піддає критиці М. Савчин¹⁶. Він називає ідею про те, що КСУ не долає прогалин та не вирішує колізій у законодавстві, результатом позитивістського прочитання змісту Конституції України, коли текст – вище сутнісного змісту прав людини. І як свідчить досвід за-судженого В. Панасенка, обґрунтованою є теза, що ‘існує цілком реальна небезпека, що з таким “інтелектуальним багажем”¹⁷ КСУ буде потурати порушенням правам людини з боку держави’.

Lacunae legis у практиці зарубіжних конституційних судів

У 2008 р. відбувся Конгрес Конференції європейських конституційних судів, який був присвячений темі законодавчого упущення/прогалин. Матеріали конгресу є значними за обсягом та включають 36 детальних національних доповідей щодо практик конституційних судів у сфері законодавчих прогалин¹⁸. Тому наш аналіз базуватиметься, головним чином, на матеріалах спеціального бюлетеня, підготовленого Європейською комісією “За демократію через право” (Венеційська комісія) на прохання Конференції, а також на Загальному звіті Конгресу¹⁹.

Із зазначених матеріалів випливає, що у 26 країнах конституційні суди розглядають справи про законодавчі прогалини. Винятком є 10 країн: Болгарія, Боснія і Герцеговина, Грузія, Данія, Ірландія, Кіпр, Латвія, Люксембург, Норвегія та Україна. При цьому у чотирьох із них концепція законодавчої прогалини відсутня взагалі (Данія, Ірландія, Люксембург та Норвегія). Виходить, що конституційні суди свідомо відмовляються розглядати справи про законодавче упущення тільки в країнах, які не вирізняються усталеними традиціями конституціоналізму: Грузії, Болгарії, Боснії і Герцеговині, Кіпрі, Латвії та Україні. До того ж зі Звіту стає зрозуміло, що тільки Україна та Латвія категорично наголошують на не-підвідомчості прогалин конституційним судам.

Натомість країни розвинених традицій конституціоналізму активно застосовують концепцію законодавчої прогалини, зокрема Австрія,

¹⁶ Михайло Савчин, ‘Систематика судового захисту у світлі зобов’язальної природи прав людини’ (2016) 3 Слово Національної школи суддів України 6.

¹⁷ *Inter alia* йдеться про відмову КСУ від розгляду прогалин.

¹⁸ Усі національні доповіді доступні на сайті: <http://www.confconstco.org>.

¹⁹ Special Bulletin of the European Commission for Democracy through Law on the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence Eds: Sc. R. Dürr, T. Gerwien, D. Jones A. Gorey, M.-L. Wigishoff, (Strasbourg 2008) <www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf> accessed 25 June 2018.

Вадим Човган

Іспанія, Італія, Литва, Німеччина, Польща, Португалія, Угорщина, Франція, Швейцарія.

У межах цієї статті складно узагальнити практики усіх 26 країн, у яких конституційні суди розглядають конституційність прогалин. Однак узагальнимо ті аспекти, які потрібні Україні для впровадження практики подолання прогалин шляхом визнання їх неконституційними. Наше узагальнення має орієнтуючу ціль, а тому для точних тверджень щодо окремих країн відсилаємо читача до самого Звіту²⁰.

Юрисдикція та підстави

Національні конституції *expressis verbis* не містять компетенції конституційних судів перевіряти прогалини на конституційність, за винятком Конституції Португалії. Натомість конституційні суди здійснюють такі повноваження, інтерпретуючи імпліцитні положення конституції. Така інтерпретація вважається допустимою, коли прогалина може сприйматись як неналежне виконання вимог конституції.

Показовою є німецька теорія “захисту”, згідно з якою конституція може вимагати захисту конституційного права шляхом прийняття закону. Неприйняття такого закону означає продовження існування прогалини, яка заборонена конституцією. Інакше кажучи, держава ігнорує свої позитивні обов’язки, які випливають із конституції.

Втручання у принцип поділу влад

Складно сперечатися, що у європейських країнах конституційні суди по суті втручаються у законодавчу діяльність. Адже вони відіграють роль негативних законодавців (Г. Кельзен), а подекуди й позитивних законодавців (балтійські країни). Ті, хто це заперечує, повинні водночас сприймати радикальну модель, яка запроваджена у Нідерландах. У цій країні з міркувань поділу влад взагалі забороняється судовий перегляд законів на відповідність конституції. Тому непослідовною з боку КСУ є відмова у розгляді конституційності прогалин саме з таких міркувань.

Перевірка прогалин на конституційність не є втручанням у розподіл влад, а навпаки – інструментом урівноваження балансу влад²¹. Таку перевірку не варто плутати із заповненням прогалин, адже вона лише створює передумови для їх заповнення. При цьому практика конституційних

www.pravoua.com.ua

²⁰ Special Bulletin of the European Commission for Democracy through Law on the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence (n 19).

²¹ Denise Teixeira de Oliveira Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil : voie de démocratie continue, instrument inachevé de contre-pouvoir? IXe Congrès Français de Droit Constitutionnel Association française de droit constitutionnel (Lyon 2014) <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01120638/document>> accessed 25 June 2018.

судів різняться: деякі (Італія, Литва, Польща, Португалія, Угорщина) вказують законодавцеві на те, як саме заповнити прогалину (з різним ступенем деталізації), а деякі – тільки на необхідність врегулювання.

Прогалини, які піддаються конституційному контролю

Зазвичай конституційні суди не перевіряють на конституційність бездіяльність законодавця в умовах необхідності якогось закону – йдеться про так звану “абсолютну прогалину” (окрім Португалії, Німеччини, Чехії та Угорщини). Натомість вони можуть лише констатувати таку бездіяльність і прогалину, піддавати її критиці або надавати поради щодо неї.

Зазвичай конституційні суди розглядають виключно випадки “активних дій” законодавця – так званих “часткових прогалин”. Такі прогалини свідчать про дефектність (неповноту, недостатність) окремої норми (або всього закону). Тільки коли такі норми наявні, конституційний суд може перевірити їхню конституційність.

У цьому світлі може виникнути запитання: як розмежувати законодавчу бездіяльність та “активні дії”? Адже дефектність правових норм або їх недостатність у законі також означає бездіяльність щодо заповнення таких прогалин. Відповідь на це запитання не може бути чіткою, але вона залежатиме від комплексності прогалини та ширини неврегульованих суспільних відносин. Чим ширше і комплексніше неврегульоване коло відносин – тим складніше визнати прогалину неконституційною.

Методологія конституційного контролю прогалин

Алгоритм

Конституційні суди використовують різноманітні методи боротьби з неконституційними прогалинами: 1) визнання неконституційності; 2) заповнення шляхом тлумачення; 3) констатація та (або) критика; 4) заклик законодавця врегулювати прогалину. Наприклад, у резолютивній частині рішення неконституційність прогалин встановлюють конституційні суди таких країн: Австрія, Азербайджан, Білорусь, Вірменія, Естонія, Іспанія, Італія, Литва, Македонія, Німеччина, Португалія, Сербія, Словенія, Туреччина, Угорщина, Чехія.

Розгляньмо методологію визнання такої неконституційності. Як вказувалося, здебільшого конституційні суди визнають прогалину неконституційною тільки у прив’язці до певної норми. Зазвичай вони не визнають неконституційність прогалини *per se*. Це можна зробити тільки встановивши, у якій нормі чи законі вона міститься.

Логіка є подібною до звичайного алгоритму конституційного контролю: встановлення змісту контрольованої норми → встановлення змісту

відповідної конституційної норми → зіставлення змісту контрольованої норми зі змістом норми конституції. Однак при встановленні конституційності прогалини слід з'ясувати не тільки що “сказав” законодавець, а й те, що він “не сказав”. І якщо конституція вимагає, щоб він це “сказав” – то норму, яка піддається перевірці, слід вважати неконституційною. Насправді “мовчання” законодавця можна вважати частиною його “висловлювання”, йдеться про так звану “законодавчу тишу” (Литва, Швейцарія). У цьому світлі важко пояснити, чому КСУ допускає неконституційність норми, коли вона “каже щось не так”, але не допускає її неконституційність, коли вона “мовчить”. Адже “мовчання” також є своєрідним висловлюванням, хоча іноді й неумисним.

Спосіб

Складнішим є питання, як саме визнати законодавчу прогалину неконституційною. Адже визнання всієї норми, яка містить прогалину, неконституційною може призвести до ще більшої прогалини та порушити права інших осіб. Наприклад, якби КСУ у справах Панасенка чи Малеева встановив неконституційність норми, то широке коло громадян позбулося б права на заміну покарання більш м'яким або апеляційне оскарження. Річ у тому, що норми, які вони просили визнати неконституційними через прогалину, паралельно врегульовували процесуальні права інших категорій осіб. А як продемонстрував КСУ своєю практикою щодо дії проміжного закону в часі, він не є прибічником концепції *fiat justitia et pereat mundus*? Однак у випадку прогалин для КСУ це зайве, якщо скористатися тонкощами практики в інших юрисдикціях.

Наприклад, альтернативним способом, яким користуються конституційні суди, є визнання норми, в якій міститься прогалина, неконституційною “в частині, що не передбачає”. Таке визнання може супроводжуватися вказівкою на необхідність врегулювання прогалини. Сама ж норма продовжує функціонувати. При цьому є різні варіанти наслідків визнання такої неконституційності, наприклад, зупинення розглядів у судах і незастосування ними прогалини як перешкоди для реалізації прав. А у разі активної позиції конституційного суду він може навіть визначити тимчасовий порядок застосування норми – до моменту врегулювання проблеми (Австрія, Іспанія, Литва, Німеччина, Словенія).

У цьому світлі підкреслимо досвід Італії. Її конституційний суд приймає три види рішень: аблативні (видаляючі), субститутивні (замінюючі) та аддитивні (додаючі). В аблативних рішеннях встановлюється, що норма закріплює те, що вона *не повинна* закріплювати. У субститутивних норма визнається неконституційною через встановлення однієї

речі *замість* іншої. В аддитивних – норма визнається неконституційною, оскільки вона *не встановлює* те, що вона повинна встановлювати. Є кілька видів аддитивних рішень, однак у всіх них суд встановлює неконституційність норми “в частині неврегульованості”. Цим самим суд уточнює той нормативний елемент, якого не вистачає.

У методології контролю прогалін особливе місце посідає практика Німеччини. Конституційний суд у цій країні має дві опції реагування на норми з прогалинами: а) визнання норми неконституційною із подальшою втратою нею чинності; б) визнання норми такою, що несумісна з конституцією, але без втрати нею чинності. Другий варіант застосовується у випадку, коли втрата чинності нормою призведе до ще більшої прогаліни та вплине на захист прав інших осіб. Подібним чином, у випадках абсолютної прогаліни конституційний суд не встановлює неконституційність, а вказує на порушення конкретного права ситуацією неврегульованості. Отже, в Німеччині є щонайменше три способи боротьби з неконституційними прогалинами.

Існують також нечисленні приклади, коли внаслідок прогаліни конституційний суд може визнавати неконституційним весь закон (Сербія, Швейцарія).

Перспектива контролю конституційності прогалін в Україні

На перешкоді цій перспективі стоїть консервативне бачення КСУ: конституції може суперечити тільки те, що прямо закріплює норма, але ніяк не її практичні наслідки, замасковані у вигляді прогаліни. КСУ виявився неготовим відійти від механічного зіставлення норм, які перевіряються на відповідність Конституції України, та відповідних нормам Конституції. Інакше кажучи, КСУ формально тлумачить свою компетенцію, навіть якщо це очевидно шкодить правам людини.

Замість посилення конституційної скарги, як засобу захисту громадянина від неконституційного закону, КСУ невинновато обмежив цей інструмент ще в зародку. Як наслідок, права людини позбавлені захисту у всіх випадках, коли норма порушує конституційне право неналежним/недостатнім відображенням вимог Конституції України.

КСУ аргументує, що перевірка прогалін на конституційність суперечить принципу поділу влад і виходить за межі його компетенції, встановленої Законом України “Про Конституційний Суд України” (далі – Закон про КСУ)²². Ці аргументи спростовуються зазначеним вище аналізом досвіду європейських країн. Наприклад, у межах чинного законодавства

²² Про Конституційний Суд України: Закон України від 13 липня 2017 р. № 2136-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19> (дата звернення: 25.06.2018).

Вадим Човган

КСУ цілком міг би скористатися цим досвідом і застосувати визнання норми неконституційною “в частині, що не закріплює”, тобто в частині прогалини. При цьому він міг би використати своє ж тлумачення Конституції України як такої, що містить позитивні обов’язки держави²³. Тобто можливо визнавати окремі положення закону або весь закон неконституційним через невиконання державою свого позитивного обов’язку належно врегулювати певне коло суспільних відносин.

До речі, перевірка всього закону на неконституційність (хоча б у частині прогалини) перешкоджає норма Закону про КСУ, яка вимагає вказувати конкретне положення закону, що оскаржується (п. 5 ч. 2 ст. 55). Водночас ця вимога прямо суперечить визначенню конституційної скарги як такої, що ініціює перевірку на конституційність не тільки окремих положень закону, а й всього закону (ч. 1 ст. 55)²⁴.

КСУ міг би застосовувати практику інших країн та відстрочувати втрату чинності нормами, які містять прогалини та визнані неконституційними, до моменту прийняття нової норми, скориставшись ст. 91 Закону про КСУ:

Закони, інші акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом рішення про їх неконституційність, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення (курсив наш. – В. Ч.)²⁵.

Цим самим можна було б спонукати парламент заповнювати прогалини.

Висновки. Зазначені способи подолання неконституційних прогалин є можливими навіть без внесення змін до Закону про КСУ. На практиці таких прикладів може бути ще більше, але їх відшукання можливе тільки за умови зміни усталеної позиції КСУ.

Роль КСУ у заповненні прогалин є *a fortiori* значущою в умовах зростаючого парламентського популізму. Адже він, на відміну від парламенту, не обмежений електоральними міркуваннями. Також звернімо увагу, що в умовах популізму парламенту складніше наважитися на прийняття норми, яка відверто суперечить Конституції України, аніж “відмовчатись” із приводу певного питання і цим самим порушити Конституцію України. У цьому світлі консервативна позиція КСУ щодо прогалин є особливо небезпечною.

www.pravola.com.ua

²³ Рішення Конституційного Суду України від 1 червня 2016 р. № 2-рп/2016 (н 4); Рішення Конституційного Суду України від 24 квітня 2018 р. № 3-п/2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-18> (дата звернення: 12.12.2018).

²⁴ Про Конституційний Суд України (н 22).

²⁵ Там само.

Ті права людини, реалізацію яких парламент відмовляється врегулювати через непопулярність, могли б бути захищені КСУ. Наприклад, застосування концепції законодавчої прогалини могло б зрушити з місця непопулярні проблеми з правами сексуальних меншин або засуджених до довічного позбавлення волі. При цьому *ex officio* розширене тлумачення Конституції України Великою Палатою могло б навіть виконувати роль тимчасового врегулювання прогалини.

Усі означені сценарії є можливими лише за умови проактивної, а для сценарію із заповненням прогалин – сміливої позиції КСУ з метою посилення захисної ролі Конституції України. Тим часом байдужа позиція суду до законодавчих прогалин схожа на свідому відмову від виконання своєї конституційної функції.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Konstytutsiia Ukrainy [Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (accessed: 12.12.2018) (in Ukrainian).
2. Konventsiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms] vid 4 lystopada 1950 r. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (accessed: 12.12.2018) (in Ukrainian).
3. Kryminalnyi kodeks Ukrainy [Criminal Codex of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 5 kvitnia 2001 r. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (accessed: 12.12.2018) (in Ukrainian).
4. Pro Konstytutsiinyi Sud Ukrainy [On the Constitutional Court of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 13 lypnia 2017 r. № 2136-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19> (accessed: 25.06.2018) (in Ukrainian).
5. Pro sudovy zbir [On Court Fee]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 8 lypnia 2011 r. № 3674-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3674-17> (accessed: 25.06.2018) (in Ukrainian).

Cases

6. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [Decision of the Constitutional Court of Ukraine] vid 1 chervnia 2016 r. № 2-rp/2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16> (accessed: 12.12.2018) (in Ukrainian).
7. Ukhvala Vinnytskoho miskoho sudu Vinnytskoi oblasti [Ruling of Vinnytsia City Court of Vinnytsia Region] vid 13 hrudnia 2017 r., sprava № 127/23945/17, provadzhenia № 1-v/127/1005/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71254600>> (accessed: 25.06.2018) (in Ukrainian).
8. Vintman proty Ukrainy [Wintman v. Ukraine]: rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny [the Judgment of the European Court of Human Rights] u spravi vid 23 zhovtnia 2014 r., zaiava № 28403/05. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a45 (accessed: 12.12.2018) (in Ukrainian).

9. Ukhvala Druhoi kolehii Pershoho senatu Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [Ruling of the Second Panel of the First Senate of the Constitutional Court of Ukraine] vid 18 kvitnia 2018 r. № 115-2(1)2018, sprava № 3-182/2018(1694/18). URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/115-2i2018.pdf> (accessed: 12.12.2018) (in Ukrainian).
10. Ukhvala Druhoi kolehii Pershoho senatu Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [Ruling of the Second Panel of the First Senate of the Constitutional Court of Ukraine] vid 5 kvitnia 2018 r. № 32-2(1)/2018, sprava № 3-35/2018(1424/17). URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/32-2i2018.pdf> (accessed: 12.12.2018) (in Ukrainian).
11. Ukhvala Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [Ruling of the Constitutional Court of Ukraine] vid 10 lypnia 1998 r. № 36-u/1998. URL: http://www.ccu.gov.ua/docs-search?tid=All&date_filter%5Bvalue%5D%5Bdate%5D=10.07.1998&body_value=&field_textindex_value=&field_speaker_value= (accessed: 12.12.2018) (in Ukrainian).
12. Ukhvala Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [Ruling of the Constitutional Court of Ukraine] vid 21 bereznia 2002 r. № 9-u/2002, sprava № 2-17/2002. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/941> (accessed: 12.12.2018) (in Ukrainian).
13. Ukhvala Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [Ruling of the Constitutional Court of Ukraine] vid 24 chervnia 2009 r., № 34-u/2009, sprava № 2-35/2009. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/244> (accessed: 12.12.2018) (in Ukrainian).
14. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [Decision of the Constitutional Court of Ukraine] vid 24 kvitnia 2018 r. № 3-r/2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-18> (accessed: 12.12.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Journal articles

15. Chovgan V, 'Konstytutsiina skarha na dovichne' ['Constitutional Complaint Against Life Sentence'] <<http://khp.org/index.php?id=1522760522>> accessed 25 June 2018 (in Ukrainian).
16. Savchyn M, 'Systematyka sudovoho zakhystu u svitli zoboviazalnoi pryrody prav liudyny' ['Systematics of Court Protection in the Light of Binding Nature of Human Rights'] (2016) 3 Slovo Natsionalnoi shkoly suddiv Ukrainy 6-18 (in Ukrainian).
17. Shevchuk S, 'Uzghodzenist praktyky Yevropeiskoho sudu z prav liudyny ta Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy' ['Consistency of the Case Law of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Ukraine'] (2011) 4-5 Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy 122-130 (in Ukrainian).

Reports

18. Report to the Ukrainian Government on the visit to Ukraine carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment CPT from 21 to 30 November 2016 (CPT/Inf (2017) 15) (in English).
19. Special Bulletin of the European Commission for Democracy through Law on the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence / Eds: Sc. R. Dürr, T. Gerwien, D. Jones A. Gorey, M.-L. Wigishoff, Strasbourg, 2008, <www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf> accessed 25 June 2018 (in English).

Websites

20. 'Denise Teixeira de Oliveira Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil: voie de démocratie continue, instrument inachevé

de contre-pouvoir? IXe Congrès Français de Droit Constitutionnel, Association française de droit constitutionnel' (*Lyon*, 2014) <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01120638/document>> accessed 25 June 2018 (in French).

21. Website of the Conference of European Constitutional Courts <<http://www.confconstco.org>> (in English).

Vadym Chovgan

UNCONSTITUTIONALITY OF A LEGISLATIVE GAP

ABSTRACT. The article draws attention to the practice of refusing by the Constitutional Court of Ukraine to verify the constitutionality of legislative gaps. This practice of the CCU is clear-cut and has already brought negative consequences for the protection of human rights: petitioners have been denied consideration of their constitutional complaints. At the same time, the vast majority of European countries exercise constitutional control over legislative gaps. That is how a proactive role of constitutional jurisdiction bodies is ensured in cases of omission on the part of the parliament.

Given this situation, the article aims to emphasize the negative practical consequences of the CCU's refusal to verify the constitutionality of legislative gaps. It seeks to demonstrate how the relevant foreign practices can be implemented in Ukraine. Therefore, additional ways are proposed on how to develop the national constitutional law doctrine towards more progressive foreign approaches.

To achieve the purpose of the article, the author analyses the relevant practices of foreign constitutional courts. He demonstrates how these practices can be implemented in the activities of the CCU, even without introducing amendments to the national legislation. In the nearest future, these proposals may come in handy to consider a number of constitutional complaints on issues related to the "legal vacuum".

The analysis shows that the constitutional courts do not exercise control over constitutionality of legislative gaps are in the minority. However, unlike in Ukraine, some of them do this due to the lack of a concept of legal gaps in their doctrine. Constitutional courts that deliberately refuse to review the constitutionality of legislative gaps are rather exceptions. Moreover, unlike courts that conduct such a review, they do not seem to be known for having best traditions of constitutionalism.

Review of the constitutionality of gaps may well be introduced into the practice of the CCU. To this end, there is a number of ways, such as declaring the rules with gaps unconstitutional inasmuch as they "do not provide for", while the remaining of the norm does not cease to function. However, such introduction would require courage sufficient enough to change the conservative stance of the CCU. Whereas it is too early to state on the presence of such courage, this article could be used to expand the existing approaches to interpreting the powers of the CCU in consideration of cases connected with such causes of human rights violations as legislative gaps.

KEYWORDS: legislative gap, constitutional complaint, legal vacuum, constitutional control, constitutional court, lifers, life imprisonment.