



Олександр Водянніков

кандидат юридичних наук,
Національний радник з юридичних питань
Координатора проектів ОБСЄ в Україні
(м. Київ, Україна)
Oleksandr.Vodyannikov@osce.org

УДК 342.4

ПРОГАЛИНА В ПРАВІ ЯК ПРЕДМЕТ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ

АНОТАЦІЯ. Змінами до Конституції України 2016 р. був запроваджений механізм конституційної скарги. Нормативна модель конституційної скарги, обрана українським конституцієдавцем, дає змогу особі після вичерпання всіх національних засобів юридичного захисту оскаржити до Конституційного Суду України (КСУ) конституційність закону, застосованого в її остаточному рішенні. Право на звернення до КСУ з конституційною скаргою є конституційним правом, гарантованим ч. 4 ст. 55 Конституції України, а тому має тлумачитися у спосіб, що забезпечує ефективність цього положення. У такому контексті постає питання, чи може бути предметом конституційної скарги прогалина в праві, адже конституційні права і свободи можуть зазнавати порушень не тільки внаслідок дій органів державної влади, а й бездіяльності.

Метою статті є дослідження умов, за яких прогалина в праві може бути предметом конституційної скарги.

Виокремлення питання прогалин у праві в окремий предмет дослідження відбувається в XVIII–XIX ст. у період народження модерної держави і системи права, коли на місце полінормативності домодерного суспільства приходять ідея законодавчої монополії держави. Крім того, у цей період стає наочним таке явище, як *lacuna legis*, або прогалина в праві. Адже законодавча монополія і мононормативність, властиві модерній державі, витіснили і маргіналізували інші нормативні порядки, якими по-слугувувалася домодерна юриспруденція.

У статті здійснюється розрізнення між прогалинами права і прогалинами в праві. Прогалина права означає ситуацію *ultra legem*, тобто відсутність правового регулювання певних суспільних відносин. Натомість прогалина в праві охоплює два випадки: 1) “прогалини формулювання”, або “технічні прогалини”, коли відсутні нормативно-правові приписи у правовій системі, які суддя може використати для вирішення конкретної справи, або такі норми є неповними; 2) “аксіологічні”, або “оцінні”, прогалини, коли наявне правоположення не є належним, задовільним чи справедливим.

Прогалини права не можуть внаслідок самої своєї природи бути предметом конституційного контролю і, відповідно, предметом конституційної скарги.

© Олександр Водянніков, 2018

Однак прогалини в праві мають бути предметом конституційного контролю за конституційними скаргами. Адже в такому разі йдеться як про якість “закону” загалом, так і про дотримання державою своїх позитивних обов’язків зокрема. І тому прогалини в праві, будь-то аксіологічні чи технічні (явні, теологічні, колізійні чи реальні) можуть бути предметом конституційної скарги, якщо їх наслідком є порушення будь-якого з прав і свобод, гарантованих розділом II Конституції України.

Оскільки визначення змісту закону і, відповідно, прогалин в законі неможливе без звернення до судової практики, поняття “закон” для цілей ст. 151¹ Конституції України має включати і практику його застосування судами. Зміст “закону” для цілей цієї статті має визначатися відповідно до тлумачення, яке надається йому судом. У цьому, власне, й полягає один із важливих мотивів встановлення вимоги щодо вичерпання всіх національних засобів юридичного захисту.

Прогалини в праві є саме тим мостом, який із точки зору юридичної техніки й аргументації пов’язує конституційні права і свободи та позитивні обов’язки держави для цілей конституційної скарги. Для цілей дієвості конституційного права на конституційну скаргу, гарантованого ст. 55 Конституції України прогалини в праві не тільки можуть бути предметом конституційної скарги, а й становлять той юридичний механізм, який поширює конституційний контроль на позитивні обов’язки держави через механізм конституційної скарги.

Ключові слова: конституційна скарга; прогалина права; прогалина в праві; кодифікація; закон; Конституційний Суд України; позитивний обов’язок держави.

Існування такого явища, як прогалини в праві, визнається як правовою доктриною, так і законодавцем. Так, у процесуальному законодавстві багатьох країн, включаючи Україну, міститься пряма заборона суддям відмовляти у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини¹. Таким самим чином не викликає сумнівів і повноваження органів конституційної юрисдикції здійснювати конституційний контроль і визнавати законодавчі прогалини неконституційними – ця тематика стала предметом

¹ Див.: ч. 10 ст. 10 Цивільного процесуального кодексу України (Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 30.10.2018)), ч. 11 ст. 11 Господарського процесуального кодексу України (Господарський процесуальний кодекс: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12> (дата звернення: 30.10.2018)), ч. 4 ст. 6 Кодексу адміністративного судочинства (Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (дата звернення: 30.10.2018)). Єдиним винятком є кримінальне право. Так, якщо щодо кримінального процесу ч. 6 ст. 9 Кримінального процесуального кодексу України встановлює, що у випадку, коли положення Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження (Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 30.10.2018)), то в царині матеріального кримінального права діє інший принцип, згідно з яким кримінальна відповідальність визначається виключно Кримінальним кодексом України, а застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено *expressis verbis* (частини 1 та 4 ст. 3 Кримінального кодексу України). Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 30.10.2018).

обговорення XIV Конгресу Конференції європейських конституційних судів, що відбувся 2–6 червня 2008 р. у Вільнюсі².

Питання законодавчої прогалини як предмета конституційного контролю набуває особливого значення для України в умовах запровадження конституційної скарги. Змінами до Конституції України 2016 р. в Україні була запроваджена нормативна модель конституційної скарги, хоча в Конституційній комісії, що розробляла ці зміни, була значна кількість осіб, що виступали за повну конституційну скаргу³. Однак так сталося, що в робочій групі Ради з питань судової реформи, де напрацьовувався проект нової редакції Закону України “Про Конституційний Суд України”, зібралися переважно прихильники повної моделі конституційної скарги, включаючи автора цієї статті. Як наслідок, на рівні Закону України “Про Конституційний Суд України”⁴ (далі – Закон про КСУ) нормативна модель зазнала певних змін. Тому зараз є підстави говорити, що в Україні діє гібридна модель конституційної скарги, яка дозволяє оскаржити не лише положення закону, а й судову практику застосування конкретного положення закону як таку, що суперечить конституційним правам і свободам, навіть якщо саме положення не є неконституційним. Адже концепція “закону”, закладена як у ст. 151¹ Конституції України, так і в Законі про КСУ, має розумітися в її соціологічному значенні, тобто в значенні “живого права” Е. Ерліха⁵ чи “права у дії” Р. Паунда⁶.

З такої точки зору постає запитання, чи може бути предметом конституційної скарги законодавча прогалина, оскільки текст ст. 151¹ Конституції України визначає предметом конституційної скарги конституційність закону України? Для відповіді на це запитання слід звернутися до поняття “прогалина” в праві та поняття “закон України” у ст. 151¹ Конституції України.

² Див.: ‘General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence’ [2008] *Bulletin on Constitutional Case-Law* 4-69. Див. також: Allan R Brewer-Carias, ‘Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law’, in Brewer-Carias A R (ed), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study* (Cambridge University Press 2011) 125-171.

³ Нормативна модель конституційної скарги дозволяє індивіду оскаржити до органу конституційної юрисдикції конституційність нормативно-правового акта, внаслідок застосування якого який індивід зазнав порушення конституційних прав і свобод. Повна модель конституційної скарги дає можливість індивіду оскаржити будь-який акт, дію чи бездіяльність, включаючи акти індивідуальної дії. Докладніше див.: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). *Study on Individual Access to Constitutional Justice* (CDL-AD(2010)039rev., 2011) 22, para. 77, 23, para. 79-80.

⁴ Про Конституційний Суд України: Закон України від 13 липня 2017 р. № 2136-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19> (дата звернення: 30.10.2018).

⁵ Marc Hertogh, ‘A “European” Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich’ [2004] 31(4) *Journal of Law and Society* 495. Див. також: Roger Cotterrell, ‘Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies’ in Hertogh Marc (ed), *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich* (Hart Publ. 2009) 83-4; David Nelken, ‘Law in Action or Living Law – Back to the Beginning in Sociology of Law’ [1984] 4(2) *Legal Studies* 157-174.

⁶ Див.: Roscoe Pound, ‘Law in Books and Law in Action’ (1910) 44 *American Law Review* 12-36.

Історія прогалін у праві

Існування прогалін у праві було імпліцитно визнане ще за часів формування римського права⁷. Однак виокремлення цього питання в окремий предмет дослідження відбулося досить нещодавно – у XVIII–XIX ст.⁸ – у період народження модерної держави і модерної системи права, коли на місце полінормативності домодерного суспільства приходить ідея законодавчої монополії держави⁹. Модерна держава, що постала під час Французької та Американської революцій, монополізує нормотворчість, а нормативність стає винятково ознакою права, що базується на примусі держави. Системи полінормативності, притаманні попереднім епохам, позбавляються легітимності і маргіналізуються¹⁰. Поява перших писаних конституцій збігається з появою модерних кодифікацій. Як це не парадоксально, але протягом одного покоління у період із кінця XVIII ст. до початку XIX ст., тобто в епоху нового “осьового часу”, якщо послуговуватися термінологією К. Ясперса¹¹, коли великі соціальні революції докорінно трансформували європейські суспільства і держави, відбувається загальна зміна парадигми у праві: відхід від еклектичного розуміння права на користь норми і легалізму¹². Саме в цей час відбувається відмова від давньоримського та середньовічного *regula* (*rule*, *règle*, *regel*, *regola*, *regla*) і виникає поняття “норма” у тому ж контексті, що й похідні від нього “нормальний”, “нормальність”¹³. Перехід від *regula*

⁷ Див.: Hans W Baade, ‘The Casus Omissus: A Pre-History of Statutory Analogy’ (1994) 20 Syracuse Journal of International Law and Commerce 45-94.

⁸ Otto Pfersmann, ‘Lacunes et complétudes’ in Alland D et Rials S (dir), *Dictionnaire de la culture juridique* (PUF, coll. “Quadrige” 2003) 911; Anne-Marie Ho Dinh, ‘Le “vide juridique” et le “besoin de loi”’. Pour un recours à l’hypothèse du non-droit’ [2007] 57(2) L’Année sociologique 423.

⁹ Модерне право, як ми його розуміємо зараз, виникає у процесі унікального поєднання декількох історичних факторів: по-перше, боротьби католицької церкви зі світською владою, внаслідок тривалого процесу, який Г. Берман охрестив “папською революцією” (див.: Гарольд Берман, *Западна традиція права: епоха формування* (2-е изд., Изд-во МГУ 1998) 93-124; див. також: Stephen Gaukroger, *The Emergence of a Scientific Culture. Science and the Shaping of Modernity, 1210–685* (Oxford University Press 2006) 34-5, 59-60), по-друге, Наукової революції, коли формується уявлення про існування трансцендентальних законів, що, як вважалося, пояснюють як природні, так і суспільні явища, а картезіанська логіка стає основою генерації знань, уявлень, дискурсів (Норбер Рулан, *Юридическая антропология* (Норма 1999) 21), та, по-третє, ідей Просвітництва, які постають на парадигмі *ratio* та екзальтації концепта людини розумної.

¹⁰ Thomas Duve, ‘European Legal History – Concepts, Methods, Challenges’ in Thomas Duve (ed), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches* (Max Planck Institute 2014) 51.

¹¹ Див.: Карл Ясперс, *Смысл и назначение истории* (Политиздат 1991) 32-50.

¹² Законодавчий позитивізм чи легалізм за право визнає лише санкціоновані державою і саме в такому сенсі позитивні норми. Як підсумовує Р. Циппеліус, за таким легалістським підходом право розуміється як ‘структура приписів, яка фактично зводиться до оформлення та вираження волі тих, кому належить державна влада’. Райнгольд Циппеліус, *Філософія права* (Тандем 2000) 12.

¹³ Див.: Csaba Varga, ‘Differing Mentalities of Civil Law and Common Law? The Issue of Logic in Law’ (2009) 1 Порівняльно-правові дослідження 30.

Сам термін “норма” починає використовуватися у педагогіці, згодом – у медицині, а пізніше у тому ж XIX ст. – у сфері стандартизації виробництва, технологій:

Влада Норми проявляється крізь дисципліну. Чи є це новим правом модерного суспільства? Краще згадаймо, що з вісімнадцятого століття вона приєдналася до інших форм влади – Права, Слова (*Parole*) та Тексту, Традиції, – визначивши нові розмежування між ними. “Унормування” встановлене як принцип

Олександр Водяніков

до норми таким чином позначив фундаментальну зміну правового дискурсу, адже на місце максим, *brocards, adages, generalia, regulae iuris* середньовічної і ранньомодерної юриспруденції прийшла *volonté générale* Ж.-Ж. Руссо, у формі волі законодавця, апогеєм чого стане в ХХ ст. диктатура закону і тоталітаризм.

Епоха перших конституцій і великих кодифікацій породила таке явище, як *lacuna legis*, або прогалина в праві. Якщо порівняти модерні кодифікації з домодерними попередниками, такі кодифікації обґрунтовуються і послуговуються новою філософією. Середньовіччя надавало перевагу *corpus* та *collectio*¹⁴, тобто практичним збіркам, компіляціям, обов'язковість і повнота яких були досить відносними. Новий кодифікаційний канон, запроваджений кодексами революційної епохи, був заснований на доктринальному аналізі галузі права, що кодифікується, структуруванні нормативного матеріалу на книги, титули, статті, запровадженні нових редакцій правоположень, їх обов'язковому характері внаслідок промугляції законодавцем¹⁵. Все це мало далекосяжні наслідки для розвитку законодавства.

Р. Кабріяк виділяє чотири важливі наслідки кодифікації: 1) ефект розриву; 2) ефект кристалізації; 3) ефект оцінки; 4) ефект повноти¹⁶. Ефект розриву полягає у тому, що будь-яка кодифікація означає розрив із минулим правопорядком і народження нового, що має як політичний символізм, так і техніко-юридичну складову¹⁷. Ефект кристалізації, мабуть, є єдиною зв'язуючою ланкою між концепціями кодифікації домодерної епохи та сучасним поняттям кодифікації. Адже метою кодифікації було і залишається реформування чи врегулювання визначеної сфери суспільних відносин на досить тривалий період часу. Як метафорично ви-

примусу у навчанні з часів запровадження стандартизованої освіти і утворення *écoles normales* (колежів з навчання вчителів); воно укорінене у стандартизації промислових процесів і товарів <...> Як і нагляд, унормування разом з ним стає одним з потужних інструментів влади наприкінці епохи класицизму.

Michael Foucault, *Discipline and Punish. The Birth of the Prison* (Random House 1991) 184.

¹⁴ Jean Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit* (4e edn, Montchrestien 2006) 200.

¹⁵ Там само 231.

¹⁶ Реми Кабріяк, *Кодифікації* (Статут 2007) 145.

¹⁷ Як зазначив Р. Кабріяк:

Скасування раніш чинних правових норм, що супроводжує будь-яку кодифікацію і подекуди має майже тотальний характер, є технічним втіленням ефекту розриву <...>. Пряме скасування попередніх правових норм таким чином одночасно відіграє як політичну роль, підкреслюючи розрив з минулим і утверджуючи авторитет нової влади, так і роль технічну, допомагаючи уникнути складнощів, що невідворотно викликані накладанням одне на одного двох зводів правових норм – старого і нового.

Кабріак (н 16) 146-7.

словився Ж. Карбоньє, кодекс виглядає як “символ зупиненого часу”¹⁸. Ефект оцінки є наслідком сучасного розуміння кодексу, адже включення будь-якого комплексу норм до кодифікаційного акта надає їм набагато більшої ваги¹⁹. Етос кодексу полягає у тому, що форма кодифікаційного акта передусім визначає авторитетність цього законодавчого інструмента, а не власне сукупність норм, які у ньому встановлені. Як підкреслив Р. Кабріяк, ‘звичайний інститут, пересічний правовий механізм, що потрапляє в орбіту кодифікації, автоматично підвищує свій авторитет у правовій системі’²⁰. Ефект повноти, який є наслідком кодифікації, полягає в презумпції, як правило, суб’єктивності, самодостатності та автономності кодифікаційного акта. Як зазначає Р. Кабріяк, ‘під таким кутом зору кодекс становить повну і, відповідно, закриту сукупність норм, що виключає будь-яке звернення до норм поза кодексом’²¹.

Однак ці ефекти розриву, оцінки, кристалізації і повноти мають ще один зворотній ефект – ефект прогалін. Якщо домодерні максими, *brocards, adages, generalia, regulae iuris* середньовічної і ранньомодерної юриспруденції були достатньо аморфними і гнучкими, а за своєю природою інкорпорували чи імпліцитно відсилали до всього масиву соціальних норм, що діяли у суспільстві (*Volksgeist* у працях Ф. К. фон Савіні²² чи “виводи розуму” Е. Плаудена²³) і, таким чином, давали змогу уникати прогалін у соціальному регулюванні, законодавча монополія і мононормативність, властиві модерній державі, зробили такі запозичення неможливими. Так, ефект розриву може вести до виникнення прогалін унаслідок недостатнього чи неправильного моделювання нових норм;

¹⁸ Jean-Paul Jean and Jean-Pierre Royer, ‘Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale. Essai d’évaluation sur deux siècles’ [2003] 107(4) *Pouvoirs* 140.

¹⁹ Кабріяк (н 16) 159.
Як зазначив Н. Рулан:

Кодифікація – операція символічного упорядкування, що припадає найчастіше на долю вищої державної бюрократії. Цілком правильним є те, що значна частина авторитету кодексу підтримується не тільки на змісті його положень, а й на тому простому факті, що він іменується кодексом. З ідеєю кодексу асоціюється ще одне уявлення: кодифіковане право є ясним, комунікабельним, впорядкованим, раціональним.

Рулан (н 9) 202.

²⁰ Кабріяк (н 16) 161.

²¹ Там само 167.

Цей ефект є не тільки наслідком самої концепції кодифікації: його розвиток позначений підозрілістю і недовірою до ідеї судової правотворчості, якими був позначений юридичний дискурс епохи Просвітництва. Така підозрілість та недовіра були викликані зловживаннями провінційних парламентів Старого режиму, що примусило Ш.-Л. Монтеск’є навіть безапеляційно проголосити: ‘<...> судді нації є <...> лише тими вустами, які проголошують слова закону, лише знеособленими істочками, які не власні ані пом’якшити його силу, ані посилити його суворість’. *Charles-Louis de Secondat baron de Montesquieu, Esprit des lois* (Librairie de Firmin Didot Fr. 1851) 134-5.

²² Див.: Luis Kutner, ‘Legal Philosophers: Savigny: German Lawgiver’ [1972] 55(2) *Marquette Law Review* 284-91.

²³ Alan Cromartie, ‘The idea of common law as custom’ in A. Perreau-Saussine & J. Murphy (eds), in *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press 2007) 215.

ефект кристалізації фіксує нормативний масив у певному стані, тоді як суспільні відносини можуть швидко розвиватися і змінюватися; ефект оцінки веде до потенційного конфлікту між кодифікаційними актами, а ефект повноти виключає будь-яке звернення до норм поза кодексом для усунення можливих прогалин. Таким чином, сучасне поняття і значення законодавства, що народилося в епоху великих кодифікацій, невідворотно спричинило виникнення і сучасного явища прогалин у праві.

Теорія прогалин у праві

Від самого початку слід зробити важливе зауваження щодо відмінності прогалин права (фр. – *les lacunes du droit*) та прогалин у праві (фр. – *les lacunes de la loi*). Прогалина права стосується питання повноти правової системи й означає відсутність правового регулювання певних суспільних відносин (тобто ситуацій *ultra legem*). Існує принаймні три теорії, які виходять із припущення повноти правової системи, а тому заперечують існування прогалин права²⁴:

1. *Теорія правового вакууму* (фр. – *l'espace juridique vide*). Згідно з цим підходом людська діяльність поділяється на два види: перший підпадає під дію нормативно-правової норми (позитивної або негативної), у такому випадку ця діяльність відбувається у правовому полі; другий не підпадає під дію жодної норми, є вільним у тому сенсі, що перебуває поза правопорядком. З такої точки зору свобода не міститься у юридичному просторі, а лежить поза ним. Сам юридичний простір є завершеним і не толерує жодної прогалини.

2. *Теорія загальної негативної норми* (фр. – *la norme générale négative*). Основи цієї теорії були закладені ще Г. Кельзенем²⁵. На відміну від попередньої теорії цей підхід включає до правового поля всю людську діяльність, але у випадку свободи ґрунтується на припущенні про існування загальної норми “що юридично не заборонено, є юридично дозволено”. Таким чином, ця теорія також ґрунтується на презумпції повноти правової системи. Прогалина в такому сенсі не існує, адже стає лише формою “дозволу”:

У вузькому сенсі дозвіл є змістом певної правової норми, в той час як в широкому сенсі дозвіл є нічим іншим, ніж відсутністю норми. Тому певна дія є “дозволеною” в широкому сенсі цього слова, якщо має місце лакуна (відсутність норми)²⁶.

²⁴ Див.: Anne-Marie Ho Dinh (n 8) 424.

²⁵ Див.: Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Eugrimas 2002) 207-210.

²⁶ André-Jean Arnaud et Jean-Guy Belley (dir), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (LGDJ 1993) 81.

3. *Теорія судової функції*. Сама сутність судової функції полягає у вирішенні спорів на основі права. Це є як прямим обов'язком судді, так і наслідком заборони відмови у правосудді. Й оскільки правова система повинна визначати юридичне рішення будь-якого спору, така правова система повинна вважатися повною і здатною продукувати юридичні рішення для будь-якої ситуації.

На відміну від прогалин права, існування прогалин у законодавстві не викликає суперечок. Прогалина в законодавстві (лат. – *lacuna legis*) має місце зазвичай у двох випадках: 1) коли відсутні нормативно-правові приписи у правовій системі, які суддя може використати для вирішення конкретної справи²⁷, або такі норми є неповними²⁸ (“прогалини формулювання” за класифікацією Р. Циппеліуса²⁹ або “технічні прогалини”, що виникають унаслідок правової невизначеності чи дефектів у структурі чи формулюваннях норми); 2) коли правоположення, що наявне в правовому порядку для вирішення конкретної справи, не є належним, задовільним чи справедливим³⁰ (“аксіологічні прогалини” або за класифікацією Р. Циппеліуса – “оцінні прогалини”, тобто ті, що виявляються у результаті оцінки, коли текстуальне тлумачення норми права вказує на необхідність її застосування, однак очевидна несправедливість, що постане внаслідок такого застосування, вимагає коригування такої норми³¹).

Прогалини формулювання з огляду на обставини їх виникнення можуть бути поділені на такі підвиди: 1) *явні прогалини*, коли немає норми, яка застосовувалася б до обставин конкретної справи; 2) *телеологічні прогалини*, коли норма права існує, але дозволяє кілька тлумачень щодо свого застосування до конкретної справи, й орган, що застосовує таку норму, обирає тлумачення, що виключає її застосування до такої справи; телеологічні прогалини можуть бути *безпосередніми*, коли в ході тлумачення норми виявляється неможливість її застосування, та *латентними*, коли існує за відсутності спеціальної норми, загальна норма не може бути застосована, оскільки ситуація вимагає спеціального чи виняткового врегулювання; 3) *реальні прогалини*, коли норма для свого застосування вимагає наявності іншого правоположення, яке відсутнє, або конкретизації в іншому акті, якого немає; 4) *колізійні прогалини*, що виникають

²⁷ Докл. див.: Paul Foriers, ‘Les lacunes du droit’ [1967] 10(37) Logique et Analyse (Nouvelle série) 57.

²⁸ Див. напр.: Микола Козюбра (ред), *Загальна теорія права* (Ваїте 2015) 241.

²⁹ Райнгольд Циппеліус, *Методика правозастосування* (Юстініан 2016) 108-9.

³⁰ Докл. див.: Foriers (n 27) 57.

³¹ Циппеліус (n 29) 108-9.

унаслідок конфлікту між двома нормами однакової юридичної сили, що виключають застосування одна одної³².

Другий випадок прогалин є складнішим, адже норма в позитивному законодавстві існує, але її застосування не веде до наслідків, які відповідали б ідеї про справедливість, правосуддя чи суспільному інтересу. Така антиномія може бути кваліфікована як фіктивна прогалина, адже, як зазначає П. Форьєр, існуюча писана норма вступає у протиріччя з неписаною нормою, що впливає з ідеї справедливості, суспільного інтересу чи загального блага³³. У такому випадку поняття прогалини стає відносним, адже залежить від тлумачення і праворозуміння. Як зазначає І. Парієнт-Буттерлен:

<...> усунення прогалини не є внутрішньою справою права, воно відбувається внаслідок взаємодії права і зовнішніх факторів <...>. Говорити про прогалину означає висловлювати нормативну точку зору на право (тобто [порівнювати], що сказано і що має бути сказано), що можливо лише тією мірою, в якій той, хто говорить, ґрунтує [свою позицію] на нормах, що походять від моралі чи будь-якої іншої нормативної системи³⁴.

Поняття “закон” у ст. 151¹ Конституції України

Предметом конституційної скарги згідно з положеннями статей 55 та 151¹ Конституції України може бути відповідність Конституції України (конституційність) закону України. У звичайному значенні закон розглядають як нормативно-правовий акт вищої юридичної сили, що приймається відповідно до особливої процедури парламентом або безпосередньо народом і регулює найважливіші суспільні відносини³⁵.

На перший погляд все досить зрозуміло: закон України, про який ідеться у ст. 151¹ Конституції України, є чинним правовим актом Верховної Ради України, що був прийнятий і набув чинності відповідно до статей 91–94 Конституції. Однак на рівні самої Конституції виникає питання щодо актів, що дорівнюють до законів, але прийнятих до набуття чинності Конституцією. Пункт 1 Перехідних положень Конституції України визначає, що закони та інші нормативні акти, прийняті до набуття чинності цією Конституцією, є чинними у частині,

³² Див.: Dinh (n 8) 425; Portuguese Constitutional Court, *Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts* (2008) 3 <www.confconstco.org/reports/rep-xiv/report_Portuguese%20_en.pdf> accessed 30 October 2018; Jean-Guy Belley (n 26) 81; General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence (n 2) 9-11.

³³ Foriers (n 27) 58.

³⁴ Isabelle Pariente-Butterlin, *Le droit, la norme et le réel* (PUF 2005) 160-1.

³⁵ Див.: Олександр Петришин (ред), *Теорія держави і права* (Право 2014) 197; Козюбра (n 28) 178.

що не суперечить Конституції України. Внаслідок інкорпорації до законодавства України законів Української РСР та інших актів, ухвалених Верховною Радою УРСР, в частині, що не суперечить законам України, ухваленим після проголошення незалежності України³⁶ та актів законодавства Союзу РСР з питань, які не врегульовані законодавством України, за умови, що вони не суперечать Конституції і законам України³⁷, постає питання, чи підпадають вказані акти під поняття “закон України” для цілей ст. 151¹. Конституційний Суд України (далі – КСУ) вже роз’яснив це питання у своєму рішенні у справі про релігійні зібрання, де вказав, що його повноваження у сфері конституційного контролю стосуються не лише правових актів України, а й правових актів УРСР і СРСР, які продовжують застосовуватися після прийняття Конституції України:

Повноваження Конституційного Суду України щодо визнання зазначених актів такими, що суперечать Конституції України (є неконституційними), походить з пункту 1 розділу XV “Перехідні положення” Основного Закону України³⁸.

Другий аспект цього питання виникає, якщо звернутися до Закону України “Про Конституційний Суд України”, де є два особливо важливі положення для розуміння поняття “закон України”. По-перше, ч. 2 ст. 8 не просто дозволяє, а вимагає від КСУ розглядати питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) акта (його окремих положень), який втратив чинність, але продовжує застосовуватись до правовідносин, що виникли під час його чинності, якщо це вимагається метою захисту та відновлення прав особи. По-друге, ч. 3 ст. 89 Закону про КСУ передбачає, що якщо КСУ, розглядаючи справу за конституційною скаргою, визнає закон України (його положення) таким, що відповідає Конституції України, але одночасно виявить, що суд застосував закон України (його положення), витлумачивши його у спосіб, що не відповідає Конституції України, то КСУ вказує на це у резолютивній частині рішення.

³⁶ Про правонаступництво України: Закон України від 12 вересня 1991 р. № 1543-XII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1543-12> (дата звернення: 30.10.2018).

³⁷ Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР: постанова Верховної Ради України від 12 вересня 1991 року № 1545-XII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1545-12> (дата звернення: 30.10.2018).

³⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини п’ятої статті 21 Закону України “Про свободу совісті та релігійні організації” (справа про завчасне сповіщення про проведення публічних богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій) від 8 вересня 2016 р. № 6-рп/2016. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/v006p710-16/sp:max25> (дата звернення: 30.10.2018).

Аналізуючи це положення для цілей ч. 4 ст. 55 Конституції України у її взаємозв'язку з положеннями ст. 151¹ Конституції України, слід виходити з природи та функції інституту конституційної скарги, які полягають у забезпеченні ефективного захисту конституційних прав і свобод та, як наслідок, захисту Конституції України, її цінностей і принципів. Тому зміст конкретного “закону” для цілей цього положення має визначатися, зважаючи на те значення, яке йому надається судовою практикою. Саме тому законодавець, передбачивши у ч. 3 ст. 89 Закону про КСУ можливість визнання КСУ у своєму рішенні неконституційності тлумачення загальним судом законодавчого положення, імпліцитно визначив, що термін “закон” для цілей застосування інституту конституційної скарги має включати практику (тобто тлумачення і застосування) такого закону судами. Інакше кажучи, КСУ має враховувати не тільки текст оскаржуваного законодавчого положення, а й контекст і те, як таке положення розуміється і застосовується на практиці. У протилежному разі, тобто у випадку виключно текстуального аналізу для цілей конституційного контролю, система захисту конституційних прав і свобод, встановлена статтями 55 та 151¹ Конституції України, була б обмежена у своїй ефективності.

Такий підхід підтверджується і самою логікою конституційних положень щодо вичерпання національних засобів захисту і вимоги про застосування закону в остаточному судовому рішенні. Ба більше, законодавче положення може мати декілька однаково можливих тлумачень. І оскільки тлумачення законодавчого положення є невід'ємною складовою його застосування судами, воно має розумітися саме у тому значенні і сенсі, яке йому надають суди, зокрема касаційні суди, що забезпечують сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом.

Однак найголовніше, що має бути враховано при тлумаченні ст. 151¹ Конституції України, так це те, що право на звернення із конституційною скаргою до КСУ є гарантованим Конституцією правом (ч. 4 ст. 55), таким же як і право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, право на свободу та особисту недоторканність, право на повагу гідності та інші конституційні права і свободи. Тому ст. 151¹ має тлумачитися у системному зв'язку зі ст. 55 у спосіб, що робить гарантії звернення до КСУ реальними й ефективними. Для визначення поняття “закон України” слід також брати до уваги практику Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), яка відповідно до принципу дружнього ставлення до міжнародного права має враховуватися КСУ при тлума-

ченні положень розділу II Конституції України³⁹. Стала практика ЄСПЛ виходить із концепції автономного значення терміна “закон”, що використаний у тексті Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який ‘включає в себе як законодавство, так і судову практику, і містить якісні вимоги, зокрема щодо доступності та передбачуваності’⁴⁰.

“Закон” і прогалини в праві

У практиці КСУ є чимало випадків опосередкованого заповнення прогалини в праві. Так, наприклад, у рішенні від 27 січня 2010 р. № 3-рп/2010 КСУ визнав, що ухвали про відмову у видачі дубліката виконавчого листа підлягають апеляційному оскарженню, адже ‘відсутність такої можливості може призвести до порушення конституційної засади судочинства – рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом’⁴¹. В інших справах КСУ визнав право оскаржувати окремо від рішення суду в апеляційному порядку ухвали суду першої інстанції як про забезпечення позову і щодо скасування забезпечення позову, так і ухвали про відмову в забезпеченні позову і скасуванні забезпечення позову⁴²; право оскаржувати в апеляційному порядку окремо від рішення суду ухвали суду першої інстанції як про роз’яснення рішення, так і про відмову в роз’ясненні рішення⁴³.

³⁹ Див.: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України “Про психіатричну допомогу” (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) від 1 червня 2016 р. № 2-рп/2016. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16> (дата звернення: 30.10.2018); Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини п’ятої статті 21 Закону України ‘Про свободу совісті та релігійні організації’ (справа про завчасне сповіщення про проведення публічних богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій) (н 38); Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини шостої статті 216 Кримінального процесуального кодексу України від 24 квітня 2018 р. № 3-п/2018. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-18> (дата звернення: 30.10.2018).

⁴⁰ Див., наприклад: Judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Achour v France* dated 29 March 2006, para 42 <<https://hudoc.echr.coe.int>> accessed 30 October 2018; Judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Cantoni v. France* dated 11 November 1996, para. 29 <<https://hudoc.echr.coe.int>> accessed 30 October 2018; Judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Coëme and Others v. Belgium* dated 22 June 2000, para 145 <<https://hudoc.echr.coe.int>> accessed 30 October 2018.

⁴¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Заїченка Володимира Георгійовича щодо офіційного тлумачення положення пункту 18 частини першої статті 293 Цивільного процесуального кодексу України у взаємозв’язку зі статтею 129 Конституції України (про апеляційне оскарження ухвал суду) від 27 січня 2010 р. № 3-рп/2010. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-10> (дата звернення: 30.10.2018).

⁴² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Суботи Артема Анатолійовича щодо офіційного тлумачення положень пункту 2 частини першої статті 293 Цивільного процесуального кодексу України (справа про забезпечення апеляційного оскарження ухвал суду) від 28 квітня 2010 р. № 12-рп/2010. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-10> (дата звернення: 30.10.2018).

⁴³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Слободянюка Івана Івановича щодо офіційного тлумачення положення пункту 12 частини першої

Однак найважливішим у практиці КСУ сьогодні є рішення у справі про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу, де він прямо визнав неконституційною прогалину в законі. У цьому рішенні КСУ визнав відсутність судового контролю за примусовою госпіталізацією недієздатної особи до психіатричного закладу такою, що суперечить статтям 3, 8, 29, 55 Конституції України. Згідно з його позицією:

<...> держава, виконуючи свій головний обов'язок – утвердження і забезпечення прав і свобод людини (частина друга статті 3 Конституції України) – повинна не тільки утримуватися від порушень чи непропорційних обмежень прав і свобод людини, але й вживати належних заходів для забезпечення можливості їх повної реалізації кожним, хто перебуває під її юрисдикцією. З цією метою законодавець та інші органи публічної влади мають забезпечувати ефективне правове регулювання, яке відповідає конституційним нормам і принципам, та створювати механізми, необхідні для задоволення потреб та інтересів людини⁴⁴.

Важливість цього рішення полягає в тому, що КСУ вивів компетенцію щодо конституційного контролю за прогалинами в праві через концепцію позитивного обов'язку держави щодо ефективного правового регулювання. Усі позитивні обов'язки держави мають однакову мету – ефективність конституційних прав і свобод. Отже, недостатньо самого факту існування юридичних засобів забезпечення та захисту прав людини, необхідно, щоб вони реально та ефективно використовувалися. У такому контексті слід звернути увагу на загальноєвропейський консенсус щодо того, що порушувати Конституцію можуть не лише дії органів державної влади чи положення прийнятих правових актів:

<...> основи конституційного правопорядку можуть також бути порушеними в наслідок невиконання встановлених Конституцією вимог або бездіяльності щодо врегулювання питань, які мають бути врегульовані відповідно до Конституції⁴⁵.

статті 293 Цивільного процесуального кодексу України у взаємозв'язку з положеннями пунктів 2, 8 частини третьої статті 129 Конституції України від 8 липня 2010 р. № 18-рп/2010. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-10> (дата звернення: 30.10.2018).

⁴⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України "Про психіатричну допомогу" (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) від 1 червня 2016 р. № 2-рп/2016. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16> (дата звернення: 30.10.2018).

⁴⁵ General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence (n 2) 5.

Висновки. По-перше, слід погодитися, що прогалини права не можуть з огляду на саму свою природу бути предметом конституційного контролю і, відповідно, предметом конституційної скарги. Це, однак, не означає, що прогалина права не може бути предметом конституційного звернення у випадку, якщо Конституція України прямо вимагає запровадження законодавчого регулювання відповідної сфери суспільних відносин.

По-друге, якщо законодавець запровадив регулювання певних суспільних відносин на законодавчому рівні, тобто реалізував свої конституційні повноваження щодо прийняття закону, але допустив прогалини чи не дотримав у тому обсязі, який вимагається Конституцією України, своїх позитивних обов'язків, що має наслідком порушення конституційних прав і свобод, гарантованих розділом II, то таке упущення може і повинно бути предметом конституційного контролю за конституційними скаргами. Адже у такому випадку йдеться як про якість "закону" загалом, так і про дотримання державою своїх позитивних обов'язків зокрема. І тому прогалини в праві, будь-то аксіологічні чи технічні (явні, теологічні, колізійні чи реальні), можуть бути предметом конституційної скарги, якщо їхнім наслідком є порушення будь-якого з прав і свобод, гарантованих розділом II Конституції України. Інший підхід вів би до невиправданого і неконституційного обмеження повноважень КСУ, а головне – обмежував би його функцію захисту конституційних прав і свобод та, як наслідок, захисту Конституції України, її цінностей і принципів.

По-третє, оскільки визначення змісту закону і, відповідно, прогалин у законі неможливе без звернення до судової практики, поняття "закон" для цілей ст. 151¹ Конституції України має включати і практику його застосування судами, зокрема Верховним Судом, який має забезпечувати єдність судової практики. Інакше кажучи, зміст "закону" для цілей ст. 151¹ Конституції України має визначатися саме не текстуально, а відповідно до тлумачення, яке надається йому судом. У цьому, власне, і полягає один із важливих мотивів встановлення вимоги щодо вичерпання всіх національних засобів юридичного захисту.

По-четверте, прогалини в праві є саме тим мостом, який із точки зору юридичної техніки й аргументації пов'язує конституційні права і свободи та позитивні обов'язки держави для цілей конституційної скарги. Як вказав КСУ у рішенні від 12 квітня 2012 р. № 9-рп/2012:

Конституційні права і свободи є фундаментальною основою існування та розвитку Українського народу, а тому держава зобов'язана створювати ефективні організаційно-правові механізми для їх реалізації. Відсутність таких механізмів нівелює сутність конституційних прав і свобод, оскільки

Олександр Водяніков

ки призводить до того, що вони стають декларативними, а це є неприпустимим у правовій державі⁴⁶.

Тому для забезпечення від декларативності конституційних прав і свобод та з огляду на об'єкт і цілі ч. 4 ст. 55 Конституції України прогалини в праві не тільки можуть бути предметом конституційної скарги, а й становлять той юридичний механізм, який поширює конституційний контроль на позитивні обов'язки держави через механізм конституційної скарги.

REFERENCES

List of Legal Documents

Legislation

1. Hospodarskyi protsesualnyi kodeks [Code of Commercial Procedure of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 6 lystopada 1991 r. № 1798-XII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12> (accessed: 30.10.2018) (in Ukrainian).
2. Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy [Code of Administrative Justice of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 6 lypnia 2005 r. № 2747-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (accessed: 30.10.2018) (in Ukrainian).
3. Kryminalnyi kodeks Ukrainy [Criminal Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 5 kvitnia 2001 r. № 2341-III. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (accessed: 30.10.2018) (in Ukrainian).
4. Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [Code of Criminal Procedure of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 13 kvitnia 2012 r. № 4651-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (accessed: 30.10.2018) (in Ukrainian).
5. Pro Konstytutsiinyi Sud Ukrainy [On the Constitutional Court of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 13 lypnia 2017 r. № 2136-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19> (accessed: 30.10.2018) (in Ukrainian).
6. Pro poriadok tymchasovoi dii na terytorii Ukrainy okremykh aktiv zakonodavstva Soizu RSR [On Procedure for Provisional Application on Certain Acts of USSR Legislation on the Territory of Ukraine]: postanova Verkhovnoi Rady Ukrainy [Resolution of the Verhovna Rada of Ukraine] vid 12 veresnia 1991 r. № 1545-XII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1545-12> (accessed: 30.10.2018) (in Ukrainian).
7. Pro pravonastupnytstvo Ukrainy [On Succession of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 12 veresnia 1991 r. № 1543-XII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1543-12> (accessed: 30.10.2018) (in Ukrainian).
8. Tsyvilnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [Code of Civil Procedure of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 18 bereznia 2004 r. № 1618-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (accessed: 30.10.2018) (in Ukrainian).

www.pravoua.com.ua

⁴⁶ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Трояна Антона Павловича щодо офіційного тлумачення положень статті 24 Конституції України (справа про рівність сторін судового процесу) від 12 квітня 2012 р. № 9-рп/2012. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-12> (дата звернення: 30.10.2018).

Cases

9. General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence [2008] Bulletin on Constitutional Case-Law 4 (in English).
10. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Study on Individual Access to Constitutional Justice (CDL-AD(2010)039rev., 2011) (in English).
11. Judgment of the European Court of Human Rights in the case of Achour v France dated 29 March 2006, para 42 <<https://hudoc.echr.coe.int>> accessed 30 October 2018 (in English).
12. Judgment of the European Court of Human Rights in the case of Cantoni v. France dated 11 November 1996, para. 29 <<https://hudoc.echr.coe.int>> accessed 30 October 2018 (in English).
13. Judgment of the European Court of Human Rights in the case of Coëme and Others v. Belgium dated 22 June 2000, para 145 <<https://hudoc.echr.coe.int>> accessed 30 October 2018 (in English).
14. Portuguese Constitutional Court. Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts (2008) 3 <www.confconstco.org/reports/rep-xiv/report_Portuguese%20_en.pdf> accessed 30 October 2018 (in English).
15. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam Upovnovazhenoho Verkhovnoi Rady Ukrainy z prav liudyny shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) polozhen chastyny piatoi statti 21 Zakonu Ukrainy 'Pro svobodu sovisti ta relihiini orhanizatsii (sprava pro zavchasne spovishchennia pro provedennia publichnykh bohosluzhin, relihiinykh obriadiiv, tseremonii ta protsesii) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Constitutional Submission of the Verkhovna Rada of Ukraine's Commissioner for Human Rights Concerning the Compliance with the Constitution of Ukraine (Constitutionality) of the Provisions of Part Five, Article 21 of the Law of Ukraine 'On Freedom of Conscience and Religious Organizations' (Case of Early Notification about Public Worship, Religious Rites, Ceremonies and Processions)] vid 8 veresnia 2016 r. № 6-rp/2016. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/v006p710-16/sp:max25> (accessed: 30.10.2018) (in Ukrainian).
16. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam Upovnovazhenoho Verkhovnoi Rady Ukrainy z prav liudyny shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) polozhennia tretoho rechennia chastyny pershoi statti 13 Zakonu Ukrainy "Pro psykhiatrychnu dopomohu" (sprava pro sudovy kontrol za hospitalizatsiieu nediiezdatnykh osib do psykhiatrychnoho zakladu) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Constitutional Submission of the Verkhovna Rada of Ukraine's Commissioner for Human Rights Concerning the Compliance with the Constitution of Ukraine (Constitutionality) of the Provisions of the Third Sentence, Part One, Article 13 of the Law of Ukraine "On Psychiatric Care" (Case of Judicial Control Over Hospitalization of Incapacitated Persons to a Psychiatric Institution)] vid 1 chervnia 2016 r. № 2-rp/2016. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16> (accessed: 30.10.2018) (in Ukrainian).
17. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam Upovnovazhenoho Verkhovnoi Rady Ukrainy z prav liudyny shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) chastyny shostoї statti 216 Kryminalnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Constitutional Submission of the Verkhovna Rada of Ukraine's Commissioner for Human Rights Concerning the Compliance with the Constitution of

- Ukraine (Constitutionality) of Part Six, Article 216 of the Code of Criminal Procedure of Ukraine] vid 24 kvitnia 2018 r. № 3-r/2018. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-18> (accessed: 30.10.2018) (in Ukrainian).
18. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym zvernenniam hromadianyna Zaichenka Volodymyra Heorhiiovycha shchodo ofitsiinoho tлумachennia polozhennia punktu 18 chastyny pershoi statti 293 Tsyvilnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy u vzaiemozviazku zi statteiu 129 Konstytutsii Ukrainy (pro apeliatsiine oskarzhennia ukhval sudu) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Constitutional Application of Citizen Zaichenko Volodymyr Heorhiiovych Concerning the Official Interpretation of the Provision of Clause 18, Part One, Article 293 of the Code of Civil Procedure of Ukraine with Reference to Article 129 of the Constitution of Ukraine (On Appeal Against Court Rulings)] vid 27 sichnia 2010 r. № 3-rp/2010. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-10> (accessed: 30.10.2018) (in Ukrainian).
 19. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym zvernenniam hromadianyna Suboty Artema Anatoliiovycha shchodo ofitsiinoho tлумachennia polozhen punktu 2 chastyny pershoi statti 293 Tsyvilnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy (sprava pro zabezpechennia apeliatsiinoho oskarzhennia ukhval sudu) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Constitutional Application of Citizen Subota Artem Anatoliiovych Concerning the Official Interpretation of the Provisions of Clause 2, Part One, Article 293 of the Code of Civil Procedure of Ukraine (Case of Support to the Appeal Against Court Rulings)] vid 28 kvitnia 2010 r. № 12-rp/2010. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-10> (accessed: 30.10.2018) (in Ukrainian).
 20. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym zvernenniam hromadianyna Slobodianiuka Ivana Ivanovycha shchodo ofitsiinoho tлумachennia polozhennia punktu 12 chastyny pershoi statti 293 Tsyvilnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy u vzaiemozviazku z polozhenniamy punktiv 2, 8 chastyny tretoi statti 129 Konstytutsii Ukrainy [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Constitutional Application of Citizen Slobodianiuk Ivan Ivanovych Concerning the Official Interpretation of the Provision of Clause 12, Part One, Article 293 of the Code of Civil Procedure of Ukraine with Reference to the Provisions of Clauses 2, 8 of Part Three, Article 129 of the Constitution of Ukraine] vid 8 lypnia 2010 r. № 18-rp/2010. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-10> (accessed: 30.10.2018) (in Ukrainian).
 21. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym zvernenniam hromadianyna Troiana Antona Pavlovycha shchodo ofitsiinoho tлумachennia polozhen statti 24 Konstytutsii Ukrainy (sprava pro rivnist storin sudovoho protsesu) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Constitutional Application of Citizen Troian Anton Pavlovych Concerning the Official Interpretation of the Provisions of Article 24 of the Constitution of Ukraine (Case of Equality of the Parties to the Trial)] vid 12 kvitnia 2012 r. № 9-rp/2012. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-12> (accessed: 30.10.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

22. Foucault M, *Discipline and Punish. The Birth of the Prison* (Random House 1991) (in English).
23. Gaudemet J, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit* (4e ed, Montchrestien 2006) (in French).

24. Gaukroger S, *The Emergence of a Scientific Culture. Science and the Shaping of Modernity, 1210–1685* (Oxford University Press 2006) (in English).
25. Kelsen H, *Pure Theory of Law* (Eugrimas 2002) (in English).
26. Montesquieu Charles-Louis, *Esprit des lois* (Librairie de Firmin Didot Fr. 1851) (in French).
27. Pariente-Butterlin I, *Le droit, la norme et le réel* (PUF 2005) (in French).
28. Berman H, *Zapadnaia tradytsiia prava: epokha formirovaniia* [*Western Tradition of Law: the Era of Establishment*] (2-e izd, Izd-vo MHU 1998) (in Russian).
29. Cabrillac R, *Kodyfykatsyy* [*Codifications*] (Statut 2007) (in Russian).
30. Jaspers K, *Smysl y naznachenii istorii* [*Meaning and Purpose of History*] (Polytyzdat 1991) (in Russian).
31. Rouland N, *Yurydycheskaia antropologiya* [*Legal Anthropology*] (Norma 1999) (in Russian).
32. Zippelius R, *Filosofii prava* [*Philosophy of Law*] (Tandem 2000) (in Ukrainian).

Edited books

33. Arnaud A-J et Belley J-G (dir), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (LGDJ 1993) (in French).
34. Brewer-Carias Allan R, 'Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law', in Brewer-Carias A R (ed), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study* (Cambridge University Press 2011) (in English).
35. Cotterrell Roger, 'Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies' in Marc Hertogh (ed), *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich* (Hart Publ. 2009) (in English).
36. Cromartie A, 'The Idea of Common Law as Custom' in Perreau-Saussine A and Murphy J (eds), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press 2007) (in English).
37. Duve T, 'European Legal History – Concepts, Methods, Challenges' in Thomas Duve (ed), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches* (Max Planck Institute 2014) (in English).
38. Pfersmann O, 'Lacunes et complétudes' in Alland D and Rials S (dir), *Dictionnaire de la culture juridique* (PUF, coll. "Quadrige" 2003) (in French).
39. Koziubra M (red), *Zahalna teoriia prava* [*General Theory of Law*] (Vaite 2015) (in Ukrainian).
40. Petryshyn O (red), *Teoriia derzhavy i prava* [*Theory of State and Law*] (Pravo 2014) (in Ukrainian).

Journal articles

41. Baade Hans W, 'The Casus Omissus: A Pre-History of Statutory Analogy' (1994) 20 Syracuse Journal of International Law and Commerce 45 (in English).
42. Hertogh M, 'A "European" Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich' [2004] 31(4) Journal of Law and Society 457 (in English).
43. Ho Dinh A-M, 'Le "vide juridique" et le "besoin de loi". Pour un recours à l'hypothèse du non-droit' [2007] 57(2) L'Année sociologique 419 (in French).
44. Jean Jean-Paul et Royer Jean-Pierre, 'Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale. Essai d'évaluation sur deux siècles' [2003] 107(4) Pouvoirs 127 (in French).
45. Kutner L, 'Legal Philosophers: Savigny: German Lawgiver' [1972] 55(2) Marquette Law Review 284 (in English).
46. Nelken D, 'Law in Action or Living Law – Back to the Beginning in Sociology of Law' [1984] 4(2) Legal Studies 157 (in English).

Олександр Водяніков

47. Paul F, 'Les lacunes du droit' [1967] 10(37) *Logique et Analyse* (Nouvelle série) 57 (in French).
48. Pound R, 'Law in Books and Law in Action' (1910) 44 *American Law Review* 12 (in English).
49. Varga C, 'Differing Mentalities of Civil Law and Common Law? The Issue of Logic in Law' (2009) 1 *Porivnialno-pravovi doslidzhennia* 29 (in English).

Oleksandr Vodiannikov

A GAP IN LAW AS THE SUBJECT MATTER OF CONSTITUTIONAL COMPLAINT

ABSTRACT. Amendments to the Constitution of Ukraine of 2016 introduced the mechanism of the constitutional complaint. The normative model of the constitutional complaint chosen by the Ukrainian constitution-maker allows a person, who has exhausted all of the national legal remedies, to appeal to the Constitutional Court of Ukraine (CCU) against constitutionality of law applied in its final decision. The right to appeal to CCU with the constitutional complaint is a constitutional right guaranteed by Part 4, Article 55 of the Constitution of Ukraine, and therefore should be interpreted in the manner ensuring the efficiency of this provision. In this context the question arises whether a gap in law may be the subject matter of the constitutional complaint, since constitutional rights and freedoms may be breached not only as a result of actions of public authorities but also as a result of their omissions.

The purpose of the article is to study the conditions under which a gap in law may be the subject matter of the constitutional complaint.

The issues of gaps in law were marked out as a separate focus of study in the XVIII–XIX centuries with the birth of the modern state and legal system, when the polynormativity of pre-modern society was replaced with the idea of legislative monopoly of the state. Besides, during this period the phenomenon of *lacuna legis* or a gap in law becomes noticeable. Because legislative monopoly and mononormativity inherent in the modern state supplanted and marginalized other normative orders used by pre-modern jurisprudence.

The article distinguishes between gaps of law and gaps in law. The gap of law means the situation of *ultra legem*, i.e., a lack of legal regulation of certain social relations. At the same time, the gap in law covers two cases: 1) "gaps in the wording" or "technical gaps" when the legal system does not have legal regulations which a judge may use to resolve a particular case, or when such regulations are incomplete; 2) "axiological" or "evaluative" gaps when an existing legal provision is not appropriate, satisfactory or fair.

Due to its very nature, a gap of law may not be the subject matter of constitutional control and, accordingly, the subject matter of the constitutional complaint. However, a gap in law should be the subject matter of constitutional control under constitutional complaints. After all, in this case we are talking about the quality of "law" in general, as well as about compliance by the state with its positive obligations, in particular. Therefore, gaps in law, whether axiological or technical (explicit, theological, ensuing from conflict

of law or real) may be the subject matter of the constitutional complaint if they entail a breach of any of the rights and freedoms guaranteed by Section II of the Constitution of Ukraine.

Since it is impossible to define the contents of law and, accordingly, gaps in law without turning to judicial practice, the concept of “law” for the purposes of Article 151¹ of the Constitution of Ukraine should also include the practice of its application by courts. The contents of “law” for the purposes of this article should be determined in accordance with the interpretation given to it by court. This, in fact, is one of the essential reasons for setting the requirement to exhaust all of the national legal remedies.

Gaps in law are the very bridge which, in terms of legal technique and reasoning, connects constitutional rights and freedoms and positive obligations of the state for purposes of the constitutional complaint. In terms of validity of the constitutional right to the constitutional complaint guaranteed by Article 55 of the Constitution of Ukraine, gaps in law may be the subject matter of the constitutional complaint and even more than this – they constitute the legal mechanism which extends constitutional control to positive obligations of the state through the mechanism of the constitutional complaint.

KEYWORDS: constitutional complaint; gap of law; gap in law; codification; law; Constitutional Court of Ukraine; positive obligation of the state.