

# КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО. РОЗВИТОК УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ

УДК 340.132:342:340.5

DOI: 10.31359/1993-0909-2023-31-1-78

Віктор Валентинович Городовенко

Конституційний Суд України

Київ, Україна

## СТАНОВЛЕННЯ КОНЦЕПЦІЇ ЗАКОНОДАВЧОГО УПУЩЕННЯ (LEGISLATIVE OMISSION) У ПРАКТИЦІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства

**Анотація.** Актуальність дослідження обумовлена тим, що традиційно в національній правовій доктрині аналізувалися прогалини в праві в контексті визначення засобів їх подолання з позиції загальної теорії права або в межах окремих галузевих досліджень. Концепція законодавчого упущення (legislative omission) добре знайома практиці більшості органів конституційної юрисдикції європейських країн. Конституційний Суд України тривалий час виходив з того, що заповнення «прогалин у законах» не належить до його повноважень та є прерогативою законодавця. Метою статті є дослідження становлення концепції законодавчого упущення (legislative omission) у практиці Конституційного Суду України в контексті порівняльного правознавства. Методами цього дослідження є формально-юридичний, логіко-юридичний, порівняльно-правовий та інші спеціальні методи дослідження. Встановлено, що конституційні суди, як правило, не розрізняють юридичну прогалину та законодавче упущення. Доведено, що законодавче упущення в конституційно-правовому аспекті, з одного боку, можна визначити як вид юридичної прогалини, яка порушує конституційні приписи, з іншого боку, концепцією конституційного судочинства, яка дозволяє конституційним судам розглядати та надавати правову оцінку юридичним прогалинам, які існують щодо суспільних відносин, обов'язок щодо правового врегулювання яких на рівні закону встановлено Конституцією. Визначено основні положення щодо розуміння законодавчого упущення в практиці Конституційного Суду України: 1) існує обов'язок законодавця надати правове регулювання на рівні закону певним суспільним відносинам (як правило, недостатньо врегульованим), якщо це прямо чи імпліцитно закріплено в Конституції України; 2) існує потреба в такому правовому регулюванні задля виконання конституційних приписів або для того, щоб закріплені в них права і свободи особи були повноцінно захищені, забезпечені, реалізовані, а відповідні принципи дотримані; 3) невиконання законодавцем конституційного обов'язку врегулювати певні відносини на рівні закону призводить до порушення конституційних приписів, передусім тих, які визначають права і свободи (недомірне обмеження, дискриміна-

ція); 4) фактично норма права визнається неконституційною в тій частині, що містить недостатнє законодавче регулювання певних відносин, після чого законодавець має врегулювати ці відносини (часто висуваються конкретні вимоги щодо такого регулювання). Практична цінність дослідження полягає в тому, що в статті доведено, що концепція законодавчого упуцнення (*legislative omission*) у практиці Конституційного Суду України перебуває в стадії свого формування.

**Ключові слова:** юридичні прогалини, прогалини в праві, законодавчі упуцнення, Конституційний Суд України, конституційне судочинство, порівняльне правознавство.

Viktor V. Gorodovenko

Constitutional Court of Ukraine  
Kyiv, Ukraine

## FORMATION OF LEGISLATIVE OMISSION'S CONCEPT WITHIN THE PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE IN THE CONTEXT OF COMPARATIVE JURISPRUDENCE

**Abstract.** *The relevance of the research is due to the fact that gaps in the law were traditionally analyzed in the national legal doctrine in the context of determining the means of overcoming them from the position of the general theory of law or within some sectoral studies. The concept of legislative omission is well known to the practice of most constitutional jurisdiction agencies in European countries. The Constitutional Court of Ukraine assumed for a long time that filling «gaps in the laws» does not belong to its powers and is the prerogative of the legislator. The purpose of the article is to study the formation of the concept of legislative omission within the practice of the Constitutional Court of Ukraine in the context of comparative jurisprudence. The methods of this research are formal and legal, logical and legal, comparative and legal and other special research methods. It has been established that constitutional courts, as a rule, do not distinguish between a legal gap and a legislative omission. It has been proved that a legislative omission, on the one hand, can be defined as a type of legal gap that violates constitutional prescriptions in the constitutional aspect, and on the other hand, as the concept of constitutional judiciary, which allows constitutional courts to consider and provide a legal assessment of legal gaps that exist in relation to social relations, the obligation, whose legal regulation is established by the Constitution at the level of law. The author has defined the main provisions for understanding legislative omission within the practice of the Constitutional Court of Ukraine: 1) there is an obligation of the legislator to provide legal regulation at the level of law to certain social relations (as a rule, insufficiently regulated), if it is directly or implicitly enshrined in the Constitution of Ukraine; 2) there is a need in such legal regulation in order to fulfill the constitutional prescriptions or for the purpose that enshrined human rights and freedoms will be fully protected, secured, implemented, and the relevant principles will be observed; 3) non-fulfillment of the constitutional obligation by the legislator to regulate certain relations at the level of law leads to the violation of constitutional prescriptions, primarily those defining the rights and freedoms (excessive restriction, discrimination); 4) in fact, the standard of law is recognized as unconstitutional in the part that contains insufficient legislative regula-*

*tion of certain relations, whereafter the legislator must regulate these relations (specific demands are often put forward regarding such regulation). The practical value of the research is the fact that the author of the article has proved that the concept of legislative omission within the practice of the Constitutional Court of Ukraine is in the stage of its formation.*

**Key words:** *legal gaps, gaps in the law, legislative omissions, Constitutional Court of Ukraine, constitutional judiciary, comparative jurisprudence.*

## ВСТУП

Відповідно до ч. 1 ст. 147 Конституції України від 28 червня 1996 року (далі – Конституції України) Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України законів України та у передбачених цією Конституцією випадках інших актів, здійснює офіційне тлумачення Конституції України, а також інші повноваження відповідно до цієї Конституції. Згідно з ч. 1 ст. 150 Конституції України до повноважень Конституційного Суду України належить: 1) вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність): законів та інших правових актів Верховної Ради України; актів Президента України; актів Кабінету Міністрів України; правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим; 2) офіційне тлумачення Конституції України; 3) здійснення інших повноважень, передбачених Конституцією України [1].

У той же час у своїй діяльності Конституційний Суд України стикається з не врегульованістю певних суспільних відносин з боку законодавця та необхідністю їх правової оцінки в аспекті здійснення своїх повноважень, передбачених Конституцією України.

Актуальність дослідження проблеми законодавчих упущень («*legislative omissions*») у практиці Конституційного Суду України в контексті порівняльного правознавства обумовлена тим, що традиційно в національній правовій доктрині дослідженню підлягали прогалини в праві в контексті визначення засобів їх подолання з позиції загальної теорії права [2; 3] або в межах окремих галузевих досліджень, зокрема в цивільному процесуальному праві [4], кримінальному процесуальному праві [5], кримінально-виконавчому праві [6]. Прогалини в праві досліджувалися також в контексті судової правотворчості [7; 8]. Зокрема С. Шевчук однією з причин становлення та поширення судової правотворчості в Україні визначає подолання у ході здійснення судочинства проблем, що пов'язані з колізійністю та суперечливістю законодавства, наявністю у ньому прогалин та нечітких положень тощо. Звернення з цього приводу до законодавця є неефективним та може затягнути судовий процес. Крім того, суд не може відмовляти у здійсненні судочинства з посиланням на наявність зазначених проблем [7, с. 3].

24 серпня 2023 року був прийнятий Закон України «Про правотворчу діяльність», який набрав чинності 20.09.2023, буде введений в дію через один рік з дня припинення або скасування воєнного стану в Україні, введеного Указом Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» від 24 лютого 2022 року

№ 64/2022, затвердженням Законом України «Про затвердження Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» від 24 лютого 2022 року № 2102-IX, крім положень, встановлених пунктом 1 Прикінцевих положень до цього закону, який певною мірою врегульовує відносини щодо усунення правових прогалин. Згідно з частинами 1, 2 ст. 65 Закону України «Про правотворчу діяльність» від 24 серпня 2023 року № 3354-IX *правова прогалина* – це повна або часткова відсутність норми права, що не забезпечує завершеність правового регулювання відповідних суспільних відносин. У разі виявлення правової прогалини відповідний суб'єкт правотворчої діяльності зобов'язаний прийняти (видати) нормативно-правовий акт, що її усуває, актом того самого виду, що містить прогалину. Усунення правової прогалини шляхом прийняття (видання) нормативно-правового акта нижчої юридичної сили не допускається [9].

Отже, на законодавчому рівні визначено, що правова прогалина усувається суб'єктом правотворчої діяльності, причому усунення правової прогалини є обов'язком суб'єкта правотворчої діяльності, що свідчить про дотримання принципу розподілу влади між її гілками.

У Національній доповіді Конституційного Суду України на тему: «Проблеми законодавчих прогалин в конституційній юриспруденції» зазначалось, що до компетенції Конституційного Суду України не входить дослідження та виявлення законодавчих прогалин, а також оцінювання конституційності прогалин в правовому регулюванні. Аналіз конституційних норм свідчить про те, що в положеннях Конституції не містяться спеціальні процедури дослідження законодавчих прогалин [10].

Належне законодавче унормування суспільних відносин є фундаментом держави, в якій діє правовладдя, а також є важливим елементом забезпечення захисту та реалізації основоположних прав і свобод людини і громадянина, а, відтак – дотримання конституційних принципів та конституційного правопорядку як такого. Натомість, відсутність, фрагментарність, недостатність законодавчого унормування щодо певного пласту суспільних відносин за певних обставин спричиняє порушення вказаних прав і свобод, принципів, і тоді ці вади юридичного регулювання, які є прогалинами в законодавстві, мають бути виправлені.

За Арістотелем «виправити (це) упущення – сказати те, що би сам законодавець вніс на розгляд і вписав би у свій закон, якби знав» [11, с. 448]. Звісно, ідеальною є ситуація, коли сам законодавець виправляє таке упущення, втім, за певних обставин воно може розглядатися в рамках конституційного контролю.

Концепція законодавчого упущення (*legislative omission*) добре знайома практиці більшості органів конституційної юрисдикції європейських країн. Це безапеляційно підтверджує Загальна доповідь XIV Конгресу Конференції європейських конституційних судів щодо проблеми законодавчого упущення в конституційній юриспруденції (*Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence*), яка опублікована в спеціальному бюлетені Європейської Комісії «За демократію

через право» (Венеційської комісії), (далі – Загальна доповідь), й містить аналіз та синтез низки національних доповідей та практик конституційних судів щодо означеного питання. У вступній частині цієї доповіді підкреслено, що законодавчі упущення трапляються тоді, коли парламент, який зобов’язаний здійснювати законотворчість, не може забезпечити ухвалення актуальних й потрібних законів, тим самим залишаючи юридичну прогалину (*legal gap*), лакуну (*lacunae*) або вакуум (*vacuum*) у правовій системі [12].

Із Загальної доповіді вбачається, що проблематика юридичних прогалин (*legal gaps*) так чи інакше відчувається в конституційній юриспруденції і є складною, в юридичній літературі європейських країн юридичні прогалини визначаються неоднаково, існують різні класифікації та види юридичних прогалин, а в національних доповідях застосовується відмінна термінологія щодо назв юридичних прогалин, зокрема, «прогалина» (*«gap»*), «упущення» (*«omission»*) або «недостатнє регулювання» (*«deficient regulation»*). Також у цій доповіді зазначено, що юридична прогалина розглядається як аномалія правової системи і з нею стикаються всі конституційні суди, які відіграють важливу роль в усуненні таких прогалин та/або створенні передумов для їх усунення (пункти 1, 2 висновків) [12].

У науковій літературі використовуються й інші терміни, наприклад, «невидимі прогалини» (*invisible gaps*) – це те саме, що й «недогляд» (*«Oversights»*), а видимі прогалини (*visible gaps*) – законодавчі упущення (*«Legislative Omissions»*). Обидва з них об’єднані терміном «юридичні прогалини» (*«Legal gaps»*) – так само, як і «неповне регулювання» (*«Incomplete Regulations»*) <...>. Американські науковці надають перевагу використанню терміну «законодавча бездіяльність» (*«Legislative Inaction»*) замість терміну «законодавче упущення» (*«Legislative Omission»*)» [13, с. 140]. До того ж термін «omission» може позначати різні явища та розглядатися в різних аспектах, зокрема, в американському праві в теорії причинно-наслідкового зв’язку «omission» розглядається як бездіяльність, що може бути безпосередньою причиною завдання шкоди [14, с. 40–41].

Варто зазначити, що для практики Європейського суду з прав людини не є характерним вживання терміну «законодавче упущення» (*«legislative omission»*), та цей суд також не залишається осторонь у разі виявлення «законодавчої прогалини» (*«legislative lacuna»*), і якщо вона спричиняє порушення конвенційних приписів, то зазначає про її наявність і в чому полягає такий недолік в правовій системі, щоб допомогти Договірним державам у пошуку належного вирішення цього питання. Наприклад, у Рішенні в справі «Веренцов проти України» від 11 квітня 2013 року (заява № 20372/11) Європейський суд з прав людини констатував, що «порушення статей 11 та 7 Конвенції, спричинені наявністю законодавчої прогалини (*legislative lacuna*) в юридичній системі України протягом більш ніж двох десятиліть щодо свободи зібрань. <...> Беручи до уваги системний характер проблеми, яку виявлено в цій справі <...> потрібно невідкладно реформувати законодавство та адміністративну процедуру в Україні для приведення

їх у відповідність із висновками Суду, викладеними у цьому рішенні, та вимогами статей 7 та 11 Конвенції (§ 95)» [15].

Отже, є необхідним проведення дослідження становлення концепції законодавчого упущення (*legislative omission*) у практиці Конституційного Суду України в контексті порівняльного правознавства з метою визначення подальших напрямів щодо правової оцінки законодавчих упущень Конституційним Судом України при здійсненні ним своїх конституційних повноважень з метою забезпечення правопладдя в Україні.

## 1. ОГЛЯД ЛІТЕРАТУРИ

Проведення дослідження становлення концепції законодавчого упущення (*legislative omission*) у практиці Конституційного Суду України неможливе без з'ясування теоретичних положень, сформованих національною правничою наукою. Так, на думку С. Погребняка, слід розрізняти прогалини в законодавстві і прогалини в праві. Якщо перші свідчать про відсутність законодавчої регламентації певних відносин, то другі – про відсутність регламентації не лише в законодавстві, а й у інших джерелах права (правових звичаях, судових прецедентах, нормативно-правових договорах та ін.). Проте, ураховуючи сучасний стан системи джерел українського права та питому вагу в ній законодавства, можна зробити припущення, що в переважній більшості випадків виявлення прогалини в законодавстві означатиме одночасно констатацію й прогалини у праві [16, с. 45].

У Великій українській юридичній енциклопедії прогалина в законодавстві визначається як повна або часткова відсутність законодавчої регламентації певних суспільних відносин, що знаходяться у сфері правового регулювання. Як синонім прогалин в юриспруденції нерідко використовується термін «лакуна» (від лат. *lacuna* – заглиблення, порожнина). Прогалини традиційно вважаються одним із найпоширеніших видів юридичних дефектів. Відсутність необхідного юридичного правила ніби роз'єднує систему права та законодавства, знижує її узгодженість і, як наслідок, ефективність правового регулювання [17, с. 644].

О. В. Колотова зазначає, що слово «прогалина» застосовується як у випадку, коли є навмисно незаповнений простір, який не підлягає заповненню в силу специфіки самого предмету, так і у випадках, коли пусте місце є вадой, упущенням, недоліком [2, с. 64]. На думку вченої, суб'єктивними причинами виникнення прогалин є прорахунки і упущення самого законодавця при виданні правового акту, що зумовлені тим, що по-перше, правотворчий орган при розробці і прийнятті нормативного акту у випадку неможливості досягнути погодження, залишає неврегульованими ті чи інші суспільні відносини. По-друге, він з якоїсь причини не передбачив або не точно сформулював правову норму. По-третє, законодавець не міг спрогнозувати наслідки дії майбутнього закону, залишивши неврегульованими певні відносини. Наприклад, у випадку відсутності правозастосовної практики або якщо відносини є нерозвинутими [2, с. 66–67]. Не зовсім можна пого-

дитися з твердженням, що слово «прогалина» застосовується у випадку, коли є навмисно незаповнений простір, який не підлягає заповненню в силу специфіки самого предмету, оскільки в цьому випадку йдеться про сферу суспільних відносин, які не перебувають у сфері правового регулювання взагалі, наприклад, регулюються релігійними нормами.

Ю. І. Матат погоджується з тезою про те, що досягти безпрогальності законодавства навряд чи можливо, доцільно вести мову лише про ступінь повноти чинного законодавства і прагнути досягти її максимуму. До суб'єктивних факторів виникнення прогалин відносять безпосередньо прорахунки законодавця, що мають місце: а) внаслідок неправильного нормативного відображення дійсності, коли формулюваннями нормативно-правового акту не охоплюються певне відношення або група відносин, що вимагає такого регулювання; б) внаслідок техніко-юридичних помилок, допущених у процесі правотворчості (серед яких, зокрема: наявність норм формально не скасованих, але вже втративших своє значення; наявність зайвих повторень, неоднозначність формулювань, неясність термінів; ігнорування системних зв'язків, наявність помилкових відсилань; недотримання структурних елементів норм права у тих випадках, де це є необхідним та ін.) [18, с. 398].

Такий погляд підтримується й іншими вченими. Зокрема О. М. Калашник зазначає, що більшість авторів причинами появи прогалин називають дві основні обставини: 1) об'єктивна – неминуче відставання законодавства від суспільних відносин, що більш динамічно розвиваються; 2) суб'єктивна – помилки та упущення самого законодавця, низький рівень його законотворчої культури [4, с. 59]. Дійсно, розвиток суспільних відносин, особливо в умовах інформаційного суспільства, є таким, що жоден законодавець не встигатиме за ним, хоча й намагатиметься надати правове регулювання вже існуючим суспільним відносинам, як, наприклад, відбувається з відносинами, що виникають у зв'язку з оборотом віртуальних активів в Україні.

Досліджуючи роль конституційного судочинства у захисті фундаментальних прав особи у випадках законодавчих прогалин, Ю. Євтошук зазначає, що роль конституційних судів у захисті фундаментальних прав особи у випадках законодавчих прогалин не є другорядною, оскільки їхня активна позиція у цьому питанні здатна принаймні сприяти усуненню законодавцем законодавчих прогалин [19, с. 139]. З цим поглядом на проблему законодавчих прогалин варто погодитися і підтримати позицію, що Конституційний Суд України має сприяти захисту фундаментальних прав особи, зважаючи на те, що норми Конституції України є нормами прямої дії (ч. 3 ст. 8), і в ст. 3 Конституції України проголошується, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження й забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави [1].

Роль конституційних судів щодо проблеми законодавчих упущень є предметом дослідження й зарубіжних правників [20–23]. Зокрема зазначається, що законодавче упущення спричиняє виникнення ситуації (поведінки законодавця), якщо, попри обов'язкову юридичну вимогу (нормативне зобов'язання), законодавець не розробив необхідного регулювання або ухвалив неповне, недостатнє регулювання. Перший з описаних вище випадків стосується повного упущення (яке є абсолютним, безумовним), тоді як у другому випадку – відносне (часткове) упущення [20, с. 1]. Якщо Конституційний Суд визнає будь-яку прогалину в законодавстві неконституційною, позаяк до неї не включено певних категорій, відразу ж виникає питання про те, яким чином може бути запропоновано заповнення вилученого положення. Просте анулювання норми, що її осперюють, як правило буде недостатнім. Тому конституційні суди ухвалюють різні види рішень задля заповнення прогалини в законодавстві, іноді навіть шляхом вказівки суддям загальної юрисдикції розширити сферу застосування норми, що її осперюють [23, с. 254].

Отже, можна констатувати, що в українській правничій літературі більш ретельному дослідженню були піддані юридичні прогалини взагалі, а не законодавчі упущення. Тому дослідження становлення концепції законодавчого упущення (*legislative omission*) у практиці Конституційного Суду України в контексті порівняльного правознавства є *метою* цієї статті й становить науковий та практичний інтерес.

## 2. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Дослідження будь-якого правового явища базується як на певній методології правового пізнання, під якою розуміють систему засобів, прийомів та інструментів осмислення права або окремих правових явищ [24, с. 460], так і на методах правового дослідження – системі розумових і/або практичних операцій, принципів, прийомів і правил, які спрямовані на вирішення певних пізнавальних завдань у сфері права з урахуванням певної пізнавальної мети, що зумовлена духовними і матеріальними потребами суспільства і/або внутрішніми потребами самої правової науки [24, с. 456].

Враховуючи, що предметом цього дослідження є становлення концепції законодавчого упущення (*legislative omission*) у практиці Конституційного Суду України в контексті порівняльного правознавства, варто зазначити, що концептуальний підхід у системі методології правового пізнання – це загальна стратегія дослідження, спрямована на представлення права з позиції деякої, наперед сформованої, фундаментальної ідеї або аксіоматичної засади [24, с. 461]. У межах цього дослідження якраз і розкрито саме становлення концепції законодавчого упущення (*legislative omission*) у практиці Конституційного Суду України, зважаючи на те, що певний час Конституційний Суд України не надавав правової оцін-

ки тим юридичним прогалинам, які існували щодо питань, які є предметом законодавчого регулювання, при цьому могли складати й предмет конституційного контролю, якщо б ці відносини були врегульовані законодавцем. Натомість сучасна конституційно-правова практика складається по-іншому. На рівні рішень Конституційного Суду України, а не тільки окремих думок суддів Конституційного Суду України, формується концепція законодавчого упущення (*legislative omission*), яка передбачає необхідність конституційного діалогу між гілками влади щодо усунення законодавчого упущення (*legislative omission*), наявність якого є порушенням Конституції України.

Методами правового дослідження становлення концепції законодавчого упущення (*legislative omission*) у практиці Конституційного Суду України в контексті порівняльного правознавства є формально-юридичний, логіко-юридичний, порівняльно-правовий та інші спеціальні методи дослідження.

Формально-юридичний (нормативно-догматичний) метод є традиційним для юридичної науки і становить необхідний ступінь у науковому пізнанні права, оскільки дозволяє вивчати внутрішню будову держави і права, їх найважливіші властивості, класифікувати головні ознаки, визначати юридичні поняття і категорії, встановлювати прийоми тлумачення правових норм і актів, систематизувати державно-правові явища. Його суть полягає в тому, що предметом дослідження у цьому випадку є право в чистому вигляді – його категорії, визначення, ознаки, структура, конструкції, юридична техніка [24, с. 459]. Завдяки формально-юридичному методу були досліджені такі поняття, як «юридична прогалина», «прогалини в законодавстві», «законодавче упущення» (*legislative omission*).

Логіко-юридичний метод – включає засоби і способи логічного вивчення та пояснення права і ґрунтується на формах мислення і законах формальної логіки [24, с. 459]. Застосовуючи логіко-юридичний метод, виснувано основні положення щодо становлення концепції законодавчого упущення (*legislative omission*) у практиці Конституційного Суду України та конституційних судів інших держав.

Важливе значення для проведення цього дослідження має порівняльне правознавство (юридична компаративістика) – юридична наука, сфера і напрям юридичних та міждисциплінарних досліджень, що вивчає правові масиви та системи за допомогою комплексу методів, провідне місце серед яких належить порівняльним, а також саму порівняльно-правову методологію. Порівняльна методологія (порівняльно-правовий та порівняльно-типологічний методи) використовується при дослідженні всіх правових явищ [17, с. 428]. Порівняльно-правовий метод полягає в зіставленні різних державних і правових систем, інститутів, категорій з метою виявлення рис подібності або відмінності між ними [24, с. 459]. У цьому дослідженні об'єктом порівняння є практика конституційних судів різних держав щодо правової оцінки ними законодавчих упущень в процесі здійснення своїх конституційних повноважень.

### 3. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

#### 3.1. Загальні положення про юридичні прогалини

В юридичній літературі існує підхід що прогалини у праві – це повна або часткова відсутність правового регулювання суспільних відносин, які знаходяться в сфері правового впливу та потребують правового регулювання, за оцінкою суб'єкта правозастосування, є недоліком права, поява якого спричинена об'єктивним розвитком суспільних відносин або суб'єктивними причинами, пов'язаними з правотворчими та правозастосовними діями законодавчих, виконавчих та судових органів державної влади, наявність яких зумовлює нетиповість правозастосовної діяльності, яка втрачає свою традиційну послідовність, як система логічно пов'язаних, послідовних дій [2, с. 196]. У процесі правозастосування слід відрізнити від прогалин у праві такі правові явища, як «кваліфіковане мовчання законодавця», «помилка у праві», «удавана» потреба у регулюванні суспільних відносин; «темнота» правових норм; колізія норм права [2, с. 196–197].

Прогалину в законодавстві визначають як відсутність в законодавстві норми права або її неповноту у відношенні фактичних обставин, що знаходяться у сфері правового регулювання за умов, що закріплення в законодавстві цих обставин є доцільним та об'єктивно необхідним [18, с. 399].

С. П. Погребняк зазначає, що виокремлюють такі види прогалин у нормативно-правових актах: 1) залежно від часу виникнення – первісні прогалини, тобто ті, які існують на момент набрання чинності нормативно-правовим актом, та наступні прогалини – ті, що з'являються внаслідок подальшого розвитку суспільних відносин, які мають регулюватися правом; 2) залежно від можливості подолання прогалин у процесі правозастосування – переборні й непереборні прогалини; 3) залежно від того, чи пов'язане існування прогалин з умислом суб'єкта нормотворення, – навмисні й ненавмисні прогалини; 4) залежно від ступеня відсутності нерегульованості суспільних відносин – повні або часткові прогалини [17, с. 645].

У межах цього дослідження важливе значення має така класифікація прогалин у нормативно-правових актах, як класифікація прогалин залежно від того, чи пов'язане існування прогалин з умислом суб'єкта нормотворення, – навмисні й ненавмисні прогалини. Саме встановлення такої суб'єктивної характеристики щодо законодавчої прогалини може мати різні правові наслідки в аспекті здійснення конституційного контролю Конституційним Судом України, зокрема щодо вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) законів України (їх окремих положень) за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України.

Аналіз Загальної доповіді надає підстави для висновку, що національні наукові доктрини визнають, що в правовій системі можуть існувати юридичні прогалини та виділяють такі їх види, зокрема: 1) початкові – які існували на момент створення правових норм; 2) наступні – які виникають після прийняття положень,

у зв'язку з появою нових ситуацій, які законодавець не міг передбачити; 3) справжні – виникають, коли частина положень регулюється загальною правовою нормою, тоді як інші його елементи ні; 4) так звані помилкові або технічні прогалини – виникають, коли цілі сфери залишаються нерегульованими, а всі норми, що регулюють інші сфери, застосовуються безперешкодно; 5) випадкові – законодавець не врегулює певний факт відносин, оскільки він не знає про їх існування; 6) невідповідні – законодавець, усвідомлюючи наявність певних фактичних відносин, не регулює їх з політичних, економічних чи інших причин; 7) прогалини, що виникли внаслідок недостатньо повного правового регулювання – це випадки, коли закон (інший правовий акт) не регулює конкретні відносини; 8) прогалини, що виникли через недостатню правову чіткість, закон (інший правовий акт) недостатньо чітко регулює певну конкретну проблему [12].

Незважаючи на термінологічні розбіжності та особливості визначення юридичних прогалин в національних наукових доктринах, вбачається, що не буде помилковим твердження, що юридична прогалина (*legal gap*) є часто негативним явищем правової системи в конституційному сенсі. Розглядаючи це явище саме в конституційній площині, можна стверджувати, що по суті терміни «прогалина» (*gap*), «упущення» (*omission*), «недостатнє регулювання» (*deficient regulation*), «законодавча прогалина» (*legislative lacuna*) та інші подібні терміни можуть позначати один й той самий правовий феномен, а саме незабезпечення суб'єктом нормотворення ухвалення певного правового регулювання, яке він зобов'язаний здійснити, інакше будуть порушені конституційні приписи. У конституційному вимірі юридична прогалина, що може охоплювати різні види прогалин, має розглядатися з точки зору її відповідності конституційним приписам.

### 3.2. Практика конституційних судів щодо проблематики законодавчого упущення (*legislative omission*)

Попри достатнє дослідження проблематики законодавчого упущення у доктрині європейських держав, як вбачається з Загальної доповіді, як правило, конституційні суди не розрізняють юридичну прогалину та законодавче упущення і лише деякі з них наблизилися до формулювання визначення законодавчого упущення, яке сприймається «як юридична прогалина, що її заборонено законом, передусім Конституцією країни» (пункт 5 висновків) [12].

Чи не єдиним конституційним судом, який не лише розрізняє юридичну прогалину та законодавче упущення, а й достатньо всесторонньо та глибоко досліджує таке упущення у своїй практиці, є Конституційний Суд Литовської Республіки. У його рішенні від 8 серпня 2006 року запропоновано визначення законодавчого упущення та загалом сформульовано розуміння щодо такого упущення у вигляді доволі цілісної концепції, а саме: «відсутність чітких юридичних приписів, що регулюють певні суспільні відносини в юридичному акті (його частині), що його розглядають, що має меншу юридичну силу, за умови, що відповідне юридичне

регулювання прямо чи опосередковано не закріплене в інших юридичних актах (або в інших частинах того ж самого юридичного акта), та за умови неможливості трактувати як імпліцитне правове регулювання, що доповнює та розширює чітко встановлене правове регулювання, його слід розглядати як прогалину в праві, яку заборонено Конституцією (або будь-яким іншим юридичним актом вищої сили), тобто, як законодавче упушення. Законодавче упушення означає, що в цьому юридичному акті (його частині) не встановлено відповідне правове регулювання, хоча відповідно до Конституції (або будь-якого іншого юридичного акта вищої сили, на відповідність якому оцінюють юридичний акт нижчого рівня (його частини)), воно має бути визначено саме в цьому юридичному акті (у тій його частині)»[25].

У цьому ж рішенні наведені деякі відмінності між поняттями «прогалина» та «законодавче упушення», зокрема йдеться про те, що законодавче упушення є завжди наслідком законодавчої дії суб'єкта, який видав відповідний нормативно-правовий акт, а не його бездіяльності; не є результатом дії (особливо правової) або бездіяльності будь-якого іншого суб'єкта; певні суспільні відносини вже почали регулюватися правовими актами і є потреба їх законодавчого регулювання. Цей суд пояснює, що, наприклад, не може вважатися законодавчим упушенням така юридична прогалина, коли певні юридичні акти не почали регулювати певні суспільні відносини, хоча існує потреба в їх правовому регулюванні; не може бути законодавчого упушення, якщо Конституційний Суд своїм рішенням у справі визнав певний юридичний акт (його частину) таким, що не відповідає юридичному акту вищої сили, зокрема Конституції [25]. Однак, навіть за таких обставин, якщо наявність правового регулювання вимагається Конституцією, то будь-яка юридична прогалина, незалежно від обставин її появи, як явище набуває антиконституційних рис, оскільки порушує Конституцію. Конституційний Суд Литовської Республіки, наголошує, що «відсутність дій з нормотворення фактично може створювати передумови для виникнення антиконституційної ситуації – такого стану суспільних відносин, коли ці відносини розвиваються не на підставі права, хоча, як зазначалося раніше, Конституція вимагає їх правового регулювання. Однак це не є законодавчим упушенням» [25].

У Рішенні Федерального Суду Швейцарської Конфедерації від 6 липня 2005 року вказано, що тлумачення закону може призвести до виявлення прогалини. Автентична прогалина (або сама прогалина) передбачає, що законодавець утримався від розв'язання питання, яке він мав би вирішити, і що жодного рішення не впливає з тексту чи тлумачення закону. Якщо законодавець добровільно відмовився кодифікувати ситуацію, яка не обов'язково потребувала втручання з його боку, його бездіяльність прирівнюється до мовчання. Щодо прогалини, так званої неправомірної, то вона характеризується тим, що закон, звичайно, дає відповідь, але вона є незадовільною. Згідно з судовою практикою, втручання судді вимагає лише сама наявність прогалини, тоді як за традиційною концепцією

це в принципі заборонено – виправляти неправильно зазначені недоліки, якщо тільки посилання на суть норми не є зловживанням правами або навіть порушенням Конституції [26].

Конституційний Трибунал Республіки Польща в своїй практиці здійснює розмежування між законодавчою прогалиною і законодавчим упущенням (ухвалення законодавцем недостатньо повного регулювання) та вказує, зокрема, що законодавча прогалина полягає у неухваленні законодавчого акта, попри те, що обов'язок його ухвалення випливає з конституційних норм, тобто у випадку, якщо законодавець залишає певне питання повністю неврегульованим; натомість якщо законодавець в ухваленому та обов'язковому для виконання законодавчому акті врегулював певні питання недостатньо повно та фрагментарно, то тоді йдеться про законодавче упущення. Цей суд наголошує, що в рамках своєї юрисдикції він не уповноважений ухвалювати рішення щодо законодавчої прогалини; проте, не викликає сумнівів прийнятність заяви щодо перегляду недостатньо повного регулювання, тобто як такого, що з точки зору конституційних принципів має надмірно вузькі рамки застосування або яке через свою мету чи предмет залишає без врегулювання значну ділянку; парламент має простір обдумування щодо вибору ділянок, які підлягають регулюванню, однак у разі його ухвалення, регулювання певного питання мають здійснювати з дотриманням конституційних вимог (рішення від 13 червня 2011 року, SK 41/09, підпункт 2.1.1 пункту 2) [27].

Причини виникнення юридичних прогалин можуть бути різні (зокрема, неналежне виконання суб'єктом правотворчості свого конституційного обов'язку щодо ухвалення певного нормативно-правового акту (Литва, Італія); навмисні дії такого суб'єкта, коли він хоча і знає про фактичні відносини, але цілеспрямовано не регулює їх з політичних, економічних чи інших причин (Азербайджан, Литва, Туреччина); визнання певного юридичного регулювання неконституційним (Вірменія, Литва), неоднакові є й підходи до вирішення означених питань конституційними судами. На це звертається увага в Загальній доповіді, водночас в ній підкреслено, що лише незначна частина конституційних судів досліджують юридичні прогалини як результат бездіяльності законодавця або іншого суб'єкта нормотворення (абсолютне упущення); багато з них досліджують та оцінюють законодавче упущення лише як наслідок неналежної дії (а не бездіяльності) законодавця або іншого суб'єкта нормотворення (відносне упущення), тобто в останньому випадку констатують відсутність (недостатність) юридичного регулювання або юридичних норм (пункт 9 висновків). До того ж в Загальній доповіді зазначається, що конституційні суди використовують різні способи розв'язання проблеми юридичних прогалин, зокрема можуть: виправити правову норму, що містить прогалини, шляхом тлумачення правової норми та подальшого усунення юридичних прогалин; визнати правову норму, що містить прогалини, неконституційною, вказати суб'єкту нормотворення на необхідність її усунення; не визнати правову норму, що містить прогалини, такою, що не відповідає Кон-

ституції, але оцінити її та порадити суб'єкту нормотворення як усунути проблему, а також надати обов'язкове тлумачення судам, які мають враховувати тлумачення Конституційного Суду під час ухвалення рішень у відповідних справах (пункт 3 висновків) [12].

Зважаючи на це, можна стверджувати, що юридична прогалина, яка порушує конституційні приписи, може виявлятися судами як законодавче упущення, яке фактично виступає як концепція конституційного судочинства. Хоча ця концепція й поширена в практиці конституційних судів європейських країн, та стверджувати про її однозначність та чіткість критеріїв зарано, оскільки вона набуває різних відтінків передусім через практику цих судів та їх різним сприйняттям юридичних прогалин. Незважаючи на це, законодавче упущення в конституційно-правовому аспекті можна визначити, з одного боку, як вид юридичної прогалини, яка порушує конституційні приписи; з іншого боку, таке упущення є концепцією конституційного судочинства, яка дозволяє органам конституційної юрисдикції виявляти, розглядати та надавати правову оцінку юридичним прогалинам, які існують щодо суспільних відносин, обов'язок щодо правового врегулювання яких встановлений на конституційному рівні, а також реагувати їм на ці прогалини задля всебічного захисту конституційних цінностей.

### 3.3. Практика Конституційного Суду України щодо проблематики законодавчого упущення (*legislative omission*)

У порівнянні з практикою конституційних судів інших держав, Конституційний Суд України (далі – Суд) тільки нещодавно констатував наявність законодавчого упущення (*legislative omission*) у своєму Рішенні від 23 грудня 2022 року № 3-р/2022 у справі за конституційною скаргою Мосюрчака Василя Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) підпункту 1 пункту 2 розділу XI «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 року № 889-VIII (щодо гарантій соціального захисту державних службовців). Конституційний Суд України зазначає, що сучасний стан законодавчого врегулювання з перерахунку розмірів пенсій суб'єкта права на конституційну скаргу та інших осіб, яким надано право на призначення пенсії на підставі статті 37 Закону № 3723, є не звичайною законодавчою прогалиною (лакуною), а законодавчим упущенням (*legislative omission*), наявність якого є порушенням Конституції України. Для розвитку, конкретизації та деталізації приписів статей 3, 8, 24, 46 Основного Закону України перерахунок розмірів пенсій обов'язково має бути внормований у законі, ухваленому Верховною Радою України [28].

Разом із тим питання правової неврегульованості відносин, що може спричинити порушення Конституції України, для Суду не нове. Як відомо, Суд з самого початку свого функціонування займав позицію щодо цього питання, за якою заповнення «прогалин у законах» не належить до його повноважень та є прерогативою законодавця [29].

Однак проблематика недостатнього правового регулювання певного пласту суспільних відносин фактично досліджувалась Судом, хоча й прямо не окреслювалась ним як законодавче упущення. Передусім Суд розглядає недостатність правового регулювання певних відносин, коли таке регулювання свідчить про невиконання державою обов'язків щодо захисту основоположних прав і свобод чи їх забезпечення (ці обов'язки як прямо, так й імпліцитно закріплені в Конституції України), та призводить до порушення цих прав і свобод (їх недовірного обмеження, дискримінації), не відповідає конституційним принципам.

Зокрема, така недостатність правового регулювання вбачалася з оспорюваних приписів, які були визнані неконституційними у Рішенні Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання), за яким приписи кримінального права унеможливлювали призначення особам, котрі вчинили злочини невеликої тяжкості, більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, оскільки фактично не включали таку категорію осіб, що було дискримінаційним, недовірним, порушило принцип справедливості покарання [30].

В іншому Рішенні Конституційного Суду України від 1 червня 2016 року № 2-рп/2016 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) був визнаний неконституційним законодавчий припис, який не забезпечував судового контролю при госпіталізації недієздатної особи до психіатричного закладу на прохання або за згодою її опікуна за рішенням лікаря-психіатра, що не відповідало передусім конституційним приписам щодо обов'язку створення належного правового механізму захисту конституційних прав і свобод особи, зокрема і недієздатної, від свавільного обмеження її конституційних прав на свободу та судовий захист [31].

Хоча в обох цих рішеннях Суд і не констатував законодавчі упущення, однак зазначив про потребу врегулювати законодавцю відповідні відносини, що явно виглядає як упущення з його боку; навіть більше, в останньому з них ним визначено, що до моменту законодавчого врегулювання питання забезпечення судового контролю за госпіталізацією до психіатричного закладу недієздатної особи на прохання або за згодою її опікуна за рішенням лікаря-психіатра така госпіталізація можлива лише за рішенням суду [31].

У Рішенні Суду (Другий сенат) від 16 вересня 2021 року № 6-р(П)/2021 у справі за конституційними скаргами Крупка Дмитра Володимировича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 81, частини першої статті 82 Кримінального кодексу України, Костіна Володимира Володи-

мировича, Мельниченка Олександра Степановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 82 Кримінального кодексу України та за конституційною скаргою Гогіна Віктора Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 81 Кримінального кодексу України (справа про перегляд вироку особі, караній на довічне позбавлення волі) визнано неконституційними приписи кримінального права в тім, що вони унеможливають їх застосування до осіб, яких засуджено до відбування покарання у вигляді довічного позбавлення волі. Фактично у цих приписах наявне законодавче упущення, та Суд його не констатував, однак мав його на увазі, оскільки зазначив, що в них не міститься особливого та належного порядку дострокового звільнення від відбування покарання у вигляді довічного позбавлення волі. Такий порядок, як вбачається із мотивації вказаного рішення, потрібний, виходячи з розуміння передусім сутності людської гідності, позитивних обов'язків держави щодо захисту такої гідності, соціальної реабілітації засуджених, які витлумаченні із урахуванням практики Європейського суду з прав людини та міжнародних стандартів. Тому Суд наголосив, що «обов'язком Верховної Ради України є законодавчо забезпечити реалістичну перспективу звільнення осіб, засуджених до довічного позбавлення волі, від подальшого відбування такого покарання шляхом унормування порядку заміни довічного позбавлення волі більш м'яким покаранням або умовно-дострокового звільнення. При цьому потрібно враховувати, що заміна невідбутої частини покарання у вигляді довічного позбавлення волі більш м'яким покаранням не має бути передумовою умовно-дострокового звільнення»; а також вказав на обов'язок законодавця невідкладно привести відповідне нормативне регулювання у відповідність до Конституції України та цього Рішення [32].

Варто зазначити, що в рішенні Європейського суду з прав людини в справі Петухов проти України (№ 2) від 12 березня 2019 року (заява № 41216/13), на яке є посилання і в зазначеному вище рішенні Суду, вже фактично було означено законодавче упущення в правовій системі України щодо довічного позбавлення волі, що порушує конвенційні приписи, та наголошено, що «характер установленого статтею 3 Конвенції порушення свідчить, що для належного виконання цього рішення від держави-відповідача вимагатиметься впровадження реформи системи перегляду покарань у вигляді довічного позбавлення волі» (§ 194) [33].

Нарешті, у Рішенні Суду від 23 грудня 2022 року № 3-р/2022, в якому, як зазначалось вище, констатовано законодавче упущення (*legislative omission*), вказано, що наявність такого упущення є порушенням Конституції України і воно не є звичайною законодавчою прогалиною (лакуною). Іншими словами, Суд наголошує, що законодавче упущення – це не звичайна законодавча прогалина, розрізняючи її та законодавче упущення [28]. Таке розуміння законодавчого упущення не суперечить його розумінню, яке підтримують більшість зарубіжних конституційних судів, оскільки юридична прогалина є законодавчим упущенням,

якщо її заборонено на конституційному рівні. Із зазначеного рішення також вбачається, що виявлене Судом в оспорюваній нормі (була визнана неконституційною) законодавче упущення вказує на невиконання державою позитивних обов'язків з унормування в законі певного сегмента пенсійних відносин, що є дискримінаційним щодо певної категорії осіб (яким надано право на призначення пенсії на підставі певних приписів, однак які не мають право на перерахунок розмірів пенсій, тобто їх осучаснення), не забезпечує дотримання юридичної рівності як одного зі складників принципу верховенства права (правовладдя) та порушує конституційні гарантії права на соціальний захист. Суд також наголошує, що незабезпечення державою законодавчого підґрунтя для функціонування ефективного юридичного механізму перерахунку розмірів пенсій, інших видів соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, зокрема у зв'язку із законодавчим упущенням в унормуванні суспільних відносин, свідчить про ілюзорність конституційних гарантії права на соціальний захист та порушення низки конституційних норм і принципів [28].

Також варто звернути увагу, що ще до ухвалення згаданого рішення Судом про законодавче упущення у схожому розумінні згадується в Окремій думці судді Конституційного Суду України Олега Первомайського у справі № 1–252/2018(3492/18) за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих приписів статті 6 Закону України «Про телебачення і радіомовлення», статей 15, 15<sup>1</sup>, 26 Закону України «Про кінематографію», а саме: «відсутність у супереч Конституції України належного законодавчого врегулювання відносин із притягнення особи до юридичної відповідальності може бути кваліфікована не як законодавча прогалина (лакуна), вади існування якої може бути подолано під час правозастосування, а як законодавче упущення (*legislative omission*), наявність якого є порушенням Основного Закону України» [34]. Цей підхід підтримується й науковцями, зокрема Т. М. Слінько [35, с. 322].

В іншій Окремій (збіжній) думці судді Конституційного Суду України Олега Первомайського у справі за конституційною скаргою Василенка Сергія Миколайовича щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 6 розділу II «Прикінцеві і перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури» (щодо гарантії незалежності прокурора) підкреслено, що Конституційний Суд у Рішенні не зазначив на тому, чи є наразі внормованим порядок відшкодування матеріальної чи моральної шкоди, завданої фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними, як того вимагає частина третя статті 152 Конституції України, чи має місце законодавче упущення (*legislative omission*). На його думку, така стриманість Суду в цьому питанні цілком доречна, оскільки суди системи судоустрою як суб'єкти правозастосування мають змогу самостійно визначитись у цьому питанні [36].

Указане твердження автора окремої думки вбачається дискусійним, зважаючи на те, що частина третя статті 152 Конституції України прямо визначає, що матеріальна чи моральна шкода, завдана фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними, відшкодовується державою у встановленому законом порядку. У зв'язку з чим виникає питання: Якщо цей порядок не встановлено законом чи закріплено ним неповно, фрагментарно, то, чи не порушується зазначена конституційна норма? Пошук відповіді на вказане питання провокує й інші питання, чи відсутність такого порядку є наслідком дії або бездіяльності законодавця і чи не звужуються межі застосування концепції законодавчого упущення в конституційному судочинстві, якщо відсутність конституційно потрібного порядку не називати таким упущенням?

У той же час варто підтримати погляд О. Первомайського, що «водночас подальше тривале ігнорування органами державної влади припису частини третьої статті 152 Конституції України та *de facto* ілюзорність права, визначеного цим конституційним приписом, може надати Конституційному Судові підстави для прояву активізму з метою виконання своєї місії та забезпечення дієвості цього конституційного припису» [37].

## ВИСНОВКИ

Розглядаючи становлення концепції законодавчого упущення (*legislative omission*) у практиці Конституційного Суду України в контексті порівняльного правознавства, можна зробити висновок, що Конституційний Суд України лише започаткував констатацію в своїх рішеннях законодавчого упущення і говорити про цілісність цієї концепції в його практиці ще не видається можливим, проте можна констатувати, що концепція законодавчого упущення (*legislative omission*) у практиці Конституційного Суду України перебуває в стадії свого формування.

Можна виділити принаймні такі основні положення щодо розуміння законодавчого упущення в практиці Конституційного Суду України: 1) існує обов'язок законодавця надати правове регулювання на рівні закону певним суспільним відносинам (як правило, недостатньо врегульованим), якщо це прямо чи імпліцитно закріплено в Конституції України; 2) існує потреба в такому правовому регулюванні задля виконання конституційних приписів або для того, щоб закріплені в них права і свободи особи були повноцінно захищені, забезпечені, реалізовані, а відповідні принципи дотримані; 3) невиконання законодавцем конституційного обов'язку врегулювати певні відносини на рівні закону призводить до порушення конституційних приписів, передусім тих, які визначають права і свободи (неодмірне обмеження, дискримінація); 4) фактично норма права визнається неконституційною в тій частині, що містить недостатнє законодавче регулювання певних відносин, після чого законодавець має врегулювати ці відносини (часто висуваються конкретні вимоги щодо такого регулювання).

Водночас запровадження законодавчого упущення як концепції національного конституційного судочинства та перші кроки щодо розуміння такого упущення

Конституційним Судом України узгоджується з тенденціями сучасної європейської конституційної доктрини, та, безсумнівно, сприятиме посиленню охорони конституційних цінностей та правопорядку в Україні у випадках, коли законодавець не забезпечує належного правового регулювання суспільних відносин, що створює вади правового регулювання та порушує конституційні норми. Разом із тим використання законодавчого упущення Конституційним Судом України, тим більше з огляду на відсутність належного правового регулювання відповідних суспільних відносин на національному рівні, має бути суворо узгоджене з принципом поділу влади.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Конституція України від 28.06.1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 10.10.2023).
- [2] Колотова О. В. Прогалини у праві та шляхи їх подолання : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2010. 231 с.
- [3] Матат Ю. І. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання в юридичній практиці : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків, 2013. 200 с.
- [4] Калашник О. М. Прогалини в цивільному процесуальному праві та їх усунення: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2016. 202 с.
- [5] Забарний М. М. Прогалини у кримінальному процесуальному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Університет державної фіскальної служби України. Ірпінь, 2017. 21 с.
- [6] Белкіна Д. С. Правові колізії та прогалини у сучасному кримінально-виконавчому праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Запоріжжя, 2020. 277 с.
- [7] Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні : монографія. Київ : Реферат, 2007. 627 с.
- [8] Ясинок Д. М. Судова правотворчість як спосіб подолання законодавчих прогалин та виключна правова проблема в правозастосовчому процесі цивільного судочинства України. *Київський часопис права*. 2023. № 1. С. 100–106.
- [9] Про правотворчу діяльність : Закон України від 24.08.2023 № 3354-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3354-20#Text> (дата звернення: 12.10.2023).
- [10] Національна доповідь Конституційного Суду України на тему: «Проблеми законодавчих прогалин в конституційній юриспруденції». URL: [https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report\\_Ukraine\\_uk.pdf](https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Ukraine_uk.pdf) (дата звернення: 12.10.2023).
- [11] Introduction to Aristotle. New York : Modern Library, 1992. 712 p. URL: <https://archive.org/details/introductiontoar0000aris/page/448/mode/2up?q=%22correct+the+omission%22> (дата звернення: 12.10.2023).
- [12] General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. SpecBull-legislative-omission-e. URL: <https://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpeBull-legislative-omission-e.pdf> (дата звернення: 12.10.2023).
- [13] Goradze G. Unconstitutional Legislative Omission and the Status of the Autonomous Republic of Abkhazia. *Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział W Lublinie*. 2022. № 14 (1). P. 139–150. URL: <https://doi.org/10.32084/tekapr.2021.14.1-13> (дата звернення: 14.10.2023).

- [14] Levitt A. Cause, Legal Cause and Proximate Cause. *Michigan Law Review*. 1922. Vol. 21. No. 1. P. 34–62. URL: <https://archive.org/details/jstor-1278106/page/n7/mode/2up?q=omission> (дата звернення: 14.10.2023).
- [15] Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Веренцов проти України» від 11.04.2013 (заява № 20372/11). URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_945#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_945#Text) (дата звернення: 15.10.2023).
- [16] Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання. *Вісник Академії правових наук України*. 2013. № 1. С. 44–56.
- [17] Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Т. 3 : Загальна теорія права / редкол.: О. В. Петришин (гол.) та ін. ; Нац. акад. прав. наук України ; Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України ; Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. Харків : Право, 2017. 952 с.
- [18] Матат Ю. І. Поняття та юридична природа прогалин у законодавстві. *Актуальні проблеми права: теорія і практика*. 2012. № 25. С. 393–401. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/app\\_2012\\_25\\_50](http://nbuv.gov.ua/UJRN/app_2012_25_50). (дата звернення: 15.10.2023).
- [19] Євтошук Ю. Роль конституційного судочинства у захисті фундаментальних прав особи у випадках законодавчих прогалин. *Вісник Конституційного Суду України*. 2019. № 1. С. 138–146.
- [20] Grzybowski M. (2013). Legislative Omission in Practical Jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal. *Observatório de Jurisdição Constitucional*. 13(06). URL: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/165/136>.
- [21] Hussein S. F., AL-Zubaidy Y. O. A. The role of constitutional diligence in addressing legislative omissions (Comparative study). *Journal of Namibian Studies: History Politics Culture*. 2023. № 33. P. 1181–1190. URL: <https://namibian-studies.com/index.php/JNS/article/view/488>
- [22] Verstraelen S. Constitutional dialogue in the case of legislative omissions: Who fills the legislative gap? *Utrecht Law Review*. 2018. № 14(1). P. 61–81. URL: <https://pdfs.semanticscholar.org/55ac/c057aac6ab224582d0d79af9b7914a38f7ab.pdf>
- [23] Verstraelen S. Protection of EU Law in Case of Legislative Omissions: How Constitutional Courts React. *Italian J. Pub. L.* 2018. № 10. P. 254–286. URL: [https://www.ijpl.eu/wp-content/uploads/2022/10/6.Sarah\\_Verstraelen.pdf](https://www.ijpl.eu/wp-content/uploads/2022/10/6.Sarah_Verstraelen.pdf)
- [24] Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Т. 2 : Філософія права / редкол.: С. І. Максимов (голова) та ін. ; Нац. акад. прав. наук України ; Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України ; Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. Харків : Право, 2017. 1128 с.
- [25] The Constitutional Court of the Republic of Lithuania. Case No. 34/03, 8 August 2006. URL: <https://lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta928/content> (дата звернення: 17.10.2023).
- [26] Рішення Федерального Суду Швейцарської Конфедерації від 06.07.2005. URL: [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/Full/EUR/SUI/GER/SUI-2005-M-001?f=templates\\$fn=document-frameset.htm\\$3.0#0-0-0-62185](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/Full/EUR/SUI/GER/SUI-2005-M-001?f=templates$fn=document-frameset.htm$3.0#0-0-0-62185) (дата звернення: 17.10.2023)
- [27] Рішення Конституційного Трибуналу Республіки Польща від 13.06.2011 SK 41/09. URL: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm> (дата звернення: 17.10.2023).
- [28] Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Мосюрячка Василя Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) підпункту 1 пункту 2 розділу XI «Прикінцеві та перехідні положення» Закону

- України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 року № 889-VIII (щодо гарантій соціального захисту державних службовців) від 23.12.2022 № 3-р/2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va03p710-22#Text> (дата звернення: 17.10.2023).
- [29] Неврегульованість правовідносин, прогалини у законодавстві. Каталог юридичних позицій. URL: <https://ccu.gov.ua/storinka-knygy/412-nevregulovanist-pravovidnosyn-progalyny-u-zakonodavstvi> (дата звернення: 17.10.2023).
- [30] Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02.11.2004 № 15-рп/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04#Text> (дата звернення: 17.10.2023).
- [31] 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 01.06.2016 № 2-рп/2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16#Text> (дата звернення: 28.10.2023).
- [32] Рішення Конституційного Суду України (Другий сенат) у справі за конституційними скаргами Крупка Дмитра Володимировича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 81, частини першої статті 82 Кримінального кодексу України, Костіна Володимира Володимировича, Мельниченка Олександра Степановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 82 Кримінального кодексу України та за конституційною скаргою Гогіна Віктора Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 81 Кримінального кодексу України (справа про перегляд вироку особі, караній на довічне позбавлення волі) від 16.09.2021 № 6-п(II)/2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-21#Text> (дата звернення: 28.10.2023).
- [33] Рішення Європейського суду з прав людини в справі Петухов проти України (№ 2) від 12.03.2019 (заява № 41216/13). URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_d98#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d98#Text) (дата звернення: 28.10.2023).
- [34] Окрема думка судді Конституційного Суду України Олега Первомайського у справі № 1–252/2018(3492/18) за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих приписів статті 6 Закону України «Про телебачення і радіомовлення», статей 15, 15<sup>-1</sup>, 26 Закону України «Про кінематографію». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc03d710-21#n2> (дата звернення: 28.10.2023).
- [35] Слінько Т. М. Повноваження конституційних судів по усуненню прогалин у законодавстві (аналіз судової практики). *Право та державне управління*. 2022. № 2. С. 320–323.
- [36] Окрема думка (збіжна) судді Конституційного Суду України Олега Первомайського у справі за конституційною скаргою Василенка Сергія Миколайовича щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 6 розділу II «Прикінцеві і перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури» (щодо гарантій незалежності прокурора). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na01d710-23#n2> (дата звернення: 28.10.2023).

## REFERENCES

- [1] The Constitution of Ukraine: law of Ukraine (1996, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (access date: October 10, 2023).
- [2] Kolotova, O. V. (2010). *Gaps in law and ways to overcome them* (Ph. D. Theses, Kyiv).
- [3] Matat, Yu. I. (2013). *Gaps in legislation and means for overcoming them in legal practice* (Ph. D. Theses, Kharkiv).
- [4] Kalashnyk, O. M. (2016). *Gaps in civil procedural law and their elimination* (Ph. D. Theses, Kharkiv).
- [5] Zabarnyi, M. M. (2017). *Gaps in criminal procedural law* (Synopsis of Ph. D. Theses, State Fiscal Service University of Ukraine, Irpin).
- [6] Bielkina, D. S. (2020). *Legal collisions and gaps in the modern penal law of Ukraine* (Ph. D. Theses, Zaporizhzhia).
- [7] Shevchuk, S. (2007). *Judicial law-making: world experience and perspectives in Ukraine*. Kyiv: Referat.
- [8] Yasynok, D. M. (2023). Judicial law-making as a method to overcome legislative gaps and an exceptional legal problem in the law-enforcement process of civil judicial system of Ukraine. *Kyiv Journal of Law*, 1, 100–106.
- [9] On law-making activity: Law of Ukraine (2023, August). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3354-20#Text>.
- [10] National report of the Constitutional Court of Ukraine on the topic: «*Problems of legislative gaps in constitutional jurisprudence*». Retrieved from [https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report\\_Ukraine\\_uk.pdf](https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Ukraine_uk.pdf).
- [11] Introduction to Aristotle. New York: Modern Library, 1992. Retrieved from <https://archive.org/details/introductiontoar0000aris/page/448/mode/2up?q=%22correct+the+omission%22>.
- [12] General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. *SpecBull-legislative-omission-e*. Retrieved from <https://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf>.
- [13] Goradze, G. (2022). Unconstitutional Legislative Omission and the Status of the Autonomous Republic of Abkhazia. *Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział W Lublinie*, 14 (1), 139–150. Retrieved from <https://doi.org/10.32084/tekapr.2021.14.1-13>.
- [14] Levitt, Albert (1922). Cause, Legal Cause and Proximate Cause. *Michigan Law Review*, 21(1), 34–62. Retrieved from <https://archive.org/details/jstor-1278106/page/n7/mode/2up?q=omission>.
- [15] Verentsov v. Ukraine: judgement of the European Court of Human Rights (2013, April) (application No. 20372/11). Retrieved from [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_945#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_945#Text).
- [16] Pohrebniak, S. (2013). Gaps in legislation and means of overcoming them. *Bulletin of the Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 1, 44–56.
- [17] Great Ukrainian legal encyclopedia: in 20 vol. (2-17). *The National Academy of Legal Sciences of Ukraine; the Koretsky Institute of State and Law of National Academy of Science of Ukraine; Yaroslav Mudryi National Law University*. Kharkiv: Pravo, Vol. 3: *General theory of law*.
- [18] Matat, Yu.I. (2012). Concept and legal nature of gaps in legislation. *Topical issues of law: theory and practice*, 25, 393–401. Retrieved from [http://nbuv.gov.ua/UJRN/app\\_2012\\_25\\_50](http://nbuv.gov.ua/UJRN/app_2012_25_50).

- [19] Yevtoshuk, Yu. (2019). The role of the constitutional judiciary in the protection of the fundamental rights of a person in cases of legislative gaps. *Bulletin of the Constitutional Court of Ukraine*, 1, 138–146.
- [20] Grzybowski, M. (2013). Legislative Omission in Practical Jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal. *Observatório de Jurisdição Constitucional*, 13(06). Retrieved from <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/165/136>.
- [21] Hussein, S. F., & AL-Zubaidy, Y. O. A. (2023). The role of constitutional diligence in addressing legislative omissions (Comparative study). *Journal of Namibian Studies: History Politics Culture*, 33, 1181–1190. Retrieved from <https://namibian-studies.com/index.php/JNS/article/view/488>.
- [22] Verstraelen, S. (2018). Constitutional dialogue in the case of legislative omissions: Who fills the legislative gap?. *Utrecht Law Review*, 14(1), 61–81. Retrieved from <https://pdfs.semanticscholar.org/55ac/c057aac6ab224582d0d79af9b7914a38f7ab.pdf>.
- [23] Verstraelen, S. (2018). Protection of EU Law in Case of Legislative Omissions: How Constitutional Courts React. *Italian J. Pub. L.*, 10, 254–286. Retrieved from [https://www.ijpl.eu/wp-content/uploads/2022/10/6.Sarah\\_Verstraelen.pdf](https://www.ijpl.eu/wp-content/uploads/2022/10/6.Sarah_Verstraelen.pdf).
- [24] Great Ukrainian legal encyclopedia: in 20 volumes (2017). *The National Academy of Legal Sciences of Ukraine; Koretsky Institute of State and Law of National Academy of Science of Ukraine; Yaroslav Mudryi National Law University*. Kharkiv: Pravo, Vol. 2: *Philosophy of law*.
- [25] The Constitutional Court of the Republic of Lithuania. Case No. 34/03, of 8 August 2006. Retrieved from <https://lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta928/content>.
- [26] Decision of the Federal Court of the Swiss Confederation (2005, July). Retrieved from [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/Full/EUR/SUI/GER/SUI-2005-M-001?f=templates\\$fn=document-frameset.htm\\$3.0#0-0-0-62185](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/Full/EUR/SUI/GER/SUI-2005-M-001?f=templates$fn=document-frameset.htm$3.0#0-0-0-62185).
- [27] Decision of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland SK 41/09 (2011, June). Retrieved from <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>.
- [28] Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case of the constitutional complaint of Mosiurchak Vasyl Ivanovych regarding the compliance of subparagraph 1 of paragraph 2 of the Section XI «Final and Transitional Provisions» of the Law of Ukraine «On Civil Service» dated from December 10, 2015 No. 889-VIII (regarding guarantees of social protection of civil servants) dated from December 23, 2022 No. 3-r/2022 with the Constitution of Ukraine (constitutionality). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va03p710-22#Text>.
- [29] Irregularity of legal relations, gaps in legislation. Catalog of legal positions. Retrieved from <https://ccu.gov.ua/storinka-knygy/412-nevregulovanist-pravovidnosyn-progalyny-u-zakonodavstvi>.
- [30] Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional submission of the Supreme Court of Ukraine regarding the compliance of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with the provisions of Article 69 of the Criminal Code of Ukraine (the case of the court imposing a milder punishment) (2004, November, No. 15-rp/2004). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04#Text>.
- [31] Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional submission of the Commissioner for Human Rights of the Verkhovna Rada of Ukraine regarding the compliance of the provisions of the third sentence of Part 1 of the Article 13 of the Law of Ukraine «On Psychiatric Assistance» (the case of judicial control over the hospitalization

- of incapacitated persons into psychiatric institution) (2016, June, No. 2-rp/2016). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16#Text>.
- [32] Decision of the Constitutional Court of Ukraine (Second Senate) in the case of the constitutional complaints of Krupko Dmytro Volodymyrovych regarding the compliance of Part 1 of the Article 81, Part 1 of the Article 82 of the Criminal Code of Ukraine with the Constitution of Ukraine (constitutionality), Kostin Volodymyr Volodymyrovych, Melnychenko Oleksandr Stepanovych regarding the compliance of Part 1 of the Article 82 of the Criminal Code of Ukraine with the Constitution of Ukraine (constitutionality) and according to the constitutional complaint of Hohin Viktor Ivanovych regarding the compliance of Part 1 of the Article 81 of the Criminal Code of Ukraine with the Constitution of Ukraine (constitutionality) (case for review of the sentence to a person convicted to life imprisonment) (2021, September, No. 6-p(II)/2021). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-21#Text>.
- [33] Petukhov v. Ukraine (No. 2): judgement of the European Court of Human Rights (2019, March, (application No. 41216/13). Retrieved from [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_d98#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d98#Text).
- [34] Separate opinion of Oleh Pervomaiskyi, the judge of the Constitutional Court of Ukraine in case No. 1–252/2018(3492/18) on the constitutional submission of 47 MPs of Ukraine regarding the compliance of certain provisions of the Article 6 of the Law of Ukraine «On Television and Radio Broadcasting», Articles 15, 15<sup>-1</sup>, 26 of the Law of Ukraine «On Cinematography» with the Constitution of Ukraine (constitutionality). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc03d710-21#n2>.
- [35] Slinko, T. M. (2022). Powers of constitutional courts to eliminate gaps in legislation (analysis of judicial practice). *Law and public administration*, 2, 320–323.
- [36] Separate opinion (concurring opinion) of Oleh Pervomaiskyi, the judge of the Constitutional Court of Ukraine in the case of the constitutional complaint of Vasylenko Serhii Mykolaiovych regarding the compliance of paragraph 6 of the Section II «Final and Transitional Provisions» of the Law of Ukraine «On Amending Certain Legislative Acts of Ukraine Regarding Priority Measures on Reforming the Prosecutor's Office» (regarding guarantees of the prosecutor's independence) with the Constitution of Ukraine (constitutionality). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na01d710-23#n2>.

### **Віктор Валентинович Городовенко**

Доктор юридичних наук, професор

Член-кореспондент Національної академії правових наук України

Заслужений юрист України

Суддя Конституційного Суду України

Представник України в Консультативній раді європейських суддів

при Комітеті міністрів Ради Європи

Конституційний Суд України

01033, вул. Жилянська, 14, Київ, Україна

### **Viktor V. Gorodovenko**

Doctor of Laws, Professor

Corresponding member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

Honored lawyer of Ukraine

Judge of the Constitutional Court of Ukraine

Representative for Ukraine at the Advisory Council of European Judges to the Committee of Ministers of the Council of Europe

Constitutional Court of Ukraine

01033, 14, Zhylianska Str., Kyiv, Ukraine

**Рекомендоване цитування:** Городовенко В. В. Становлення концепції законодавчого упущення (legislative omission) у практиці Конституційного Суду України в контексті порівняльного правознавства. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2024. Т. 31. № 1. С. 78–102.

**Suggested Citation:** Gorodovenko, V. V. (2024). Formation of Legislative Omission's Concept within the Practice of the Constitutional Court of Ukraine in the Context of Comparative Jurisprudence. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 31(1), 78–102.

Стаття надійшла / Submitted: 12/02/2024

Доопрацьовано / Revised: 12/03/2024

Схвалено до друку / Accepted: 28/03/2024