

ДОНЕЦЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ВАСИЛЯ СТУСА
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

ДОНЕЦЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ВАСИЛЯ СТУСА
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

КОМАР ПАВЛО АНАТОЛІЙОВИЧ

УДК 340.142

ДИСЕРТАЦІЯ

РОЛЬ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ В УТВЕРДЖЕННІ
ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

081 «Право»

08 «Право»

Подається на здобуття ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____/П. А. Комар/

Науковий керівник: **Гринюк Роман Федорович**, Заслужений юрист України,
доктор юридичних наук, професор

Вінниця – 2021

АНОТАЦІЯ

Комар П. А. Роль судової правотворчості в утвердженні принципу верховенства права. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії з галузі знань 08 «Право» за спеціальністю 081 «Право». – Донецький національний університет імені Василя Стуса Міністерства освіти і науки України, Вінниця, 2021.

Дисертацію присвячено комплексному дослідженню судової правотворчості та її ролі в утвердженні принципу верховенства права. На підставі презумпції про невід’ємну значущість правосуддя в остаточному установленні та зміцненні правовладдя, за допомогою основних форм та прийомів мислення, заснованого на розумінні логічних категорій, законів критичного мислення й на підставі етимологічного аналізу значення слова «утвердження» та змістовного навантаження словосполучення «утвердження верховенства права», з урахуванням напрацювань міжнародних інституцій, зокрема щодо формулювання контрольного переліку питань для оцінювання стану верховенства права в окремо взятій державі, правових позицій ЄСПЛ, обґрунтовано положення щодо визнання судової правотворчості важливим чинником утвердження верховенства права як гарантії більшості складових досліджуваного принципу.

У розділі 1 «Теоретико-методологічні засади судової правотворчості» продемонстровано, що переважна частина існуючих у науковій площині формулювань поняття судової правотворчості використовують спосіб визначення через найближче родове поняття – «правотворчість», і запропоновано відмовитися від даного підходу з огляду на низку причин. По-перше, сам термін «правотворчість» не є абсолютно однозначним і загальноприйнятим, по-друге, діфінієндум судова правотворчість не є інтегративним терміном, що повністю охоплюється двома словами, які його складають, а може дещо виходити за межі їх традиційного сприйняття (судова

правотворчість не поглинається як видове поняття родовим поняттям «правотворчість»). Враховуючи наведені зауваження, сформульовано визначення поняття судової правотворчості із дотриманням правил формальної логіки.

Продemonстровано недоцільність розуміння поняття «судова практика» як сукупності лише певних конкретизуючих законодавство «правоположень», що не виправдано звужує його обсяг, з огляду на можливість існування суперечливої або неоднозначної судової практики. Тому судова практика не завжди є відтворенням правоположень, проте це певний досвід правозастосування, який може набути характеру усталеної судової практики або просто лишитися неоднозначним результатом розгляду судами певної категорії справ.

Зроблено висновок щодо поступового відтворення у правовій матерії проявів прецедентного права, послаблення позицій юридичного догматизму, зміни підходів й трансформації сприйняття функцій правових явищ, правових засобів та фрагментів правової дійсності, зокрема щодо визнання феноменів прецеденту тлумачення права, усталеної судової практики, доктрини верховенства права. Правотворчий потенціал судової влади віднесено до незримих компонентів, які забезпечують логічну цілісність правової матерії.

Визначено співвідношення понять «судова практика», «судова правотворчість (нормотворчість)», «судовий прецедент», уточнено положення щодо того, що джерелом права може виступати як суто судовий прецедент (що у «чистому» вигляді відсутній в правовій системі України, проте українська правова реальність вже сприйняла існування прецеденту тлумачення права), так і усталена судова практика (*jurisprudence constante*). Обґрунтовано нетотожність судової практики та судової правотворчості і на цій підставі запропоновано визнати джерельний характер судової правотворчості як можливості і водночас обов'язку суду створювати право у певних випадках з огляду на пряму дію норм Конституції України, необхідність подолання прогалин тощо.

Здійснено аналіз припустимості судової правотворчості у контексті розподілу влади, й, використовуючи правила гегелівської діалектичної тріади, на підставі тези («Судова влада не має перебирати на себе правотворчу функцію») й антитези («Судова влада як єдина укомплектована професійними правниками гілка влади, повинна здійснювати правотворчу функцію») зроблено спробу досягнути синтезу й сформульовано твердження, що *судова влада повинна компетентно застосовувати інструменти ефективного подолання прогалин і колізій там, де законодавець не впорався із своїм призначенням.*

Відсутність суперечності між принципом розподілу влади та правотворчими можливостями судової влади обґрунтовано з огляду на те, що, по-перше, з-поміж усіх гілок влади лише судова відрізняється суб'єктним складом виключно з професійних юристів; по-друге, правотворчість (окрім законотворчості у вузькому сенсі) не є виключною прерогативою парламенту, а притаманна й органам виконавчої влади; по-третє, судді порівняно із законодавцями та урядовцями здаються найменше заполітизованими, не в останню чергу завдяки заходам щодо забезпечення незалежності судової влади.

На підставі аналізу існуючих у науковій площині підходів до виокремлення ознак судової правотворчості зроблено висновок, що більшість з них мало чим відрізняються від ознак правотворчості у цілому (як то вказівка на специфічний суб'єкт судової правотворчості – суддю або суд – є не більш ніж частковим прикладом ознаки організаційної спрямованості правотворчості). З огляду на це уточнено перелік ознак судової правотворчості шляхом виокремлення більш конкретних й специфічних ознак, які дозволяють розкрити її сутність, а отже сприяють утвердженню у суспільній правосвідомості «правильного» розуміння цього феномену та його юридичних наслідків (вторинний характер, особлива мета, психограма судді як доказ припустимості *ratio decidendi*).

Уточнено положення щодо вторинного (субсидіарного) характеру судової правотворчості як невід’ємної її характеристики, що пояснюється ієрархією функцій судової влади, серед яких першочерговими є правозастосування, поновлення порушених прав, забезпечення справедливості, і полягає в «активації» суддями функції правотворця у чітко зрозумілих межах, якщо у інакший спосіб забезпечення справедливого правосуддя виявляється неможливим.

Обґрунтовано неприпустимість сприйняття інстанційності та можливості оскарження судового рішення як прагнення звужити суддівський розсуд у правозастосовній практиці, що диктується в звичній парадигмі позитивізму. З’ясовано необхідність трансформації суспільного сприйняття будь-якого коригування судового акту нижчестоящого суду вищим судом як свідчення негативної якості цього судового акту, й того, що судді може бути пред’явлений докір в неправильному вирішенні справи. Продемонстровано, що неминуче орієнтування суду на те, як реагуватимуть на його рішення вищі судові інстанції, знищує суть правосуддя, і за такого підходу потрібно буде визнати, що судова влада належить тільки вищим судам.

Обґрунтовано доцільність визнання повноваження щодо офіційного нормативного тлумачення законів України безпосередньо за законотворцем – Верховною Радою України, а казуального – за Верховним Судом. Наведено аргументи, що на теперішньому етапі розвитку правової держави й розбудови громадянського суспільства в Україні автентичне тлумачення як діалог законодавчої влади із «споживачем» результату законотворчості дозволить полегшити сприйняття громадянами не лише букви, а й духу законів, сприятиме забезпеченню єдності судової практики, а отже й передбачуваності судових рішень та як наслідок зростання рівня довіри до суду.

Розширено аргументацію неприпустимості мати за мету, яка повинна забезпечуватися системою судових інстанцій, однаковість судової практики, а не верховенство права (не заперечуючи значимості саме єдності судової практики як інституційного принципу верховенства права). З огляду на це

доведено, що однаковість судової практики як підстава для скасування, коригування судових актів не завжди відповідає суті діяльності суду, який прийняв рішення, як і суті діяльності судових інстанцій, що коригують ці судові рішення. Обґрунтовано, що коли судова практика єдина, але не «якісна», і з'являється рішення, яке в відхилення від «неправової» судової практики обирає правове вирішення питання, не варто підганяти судові акти під відповідність однаковості.

У розділі II «Верховенство права та судова правотворчість: від реалізації до утвердження» узагальнені сучасні підходи розуміння верховенства права, згідно із якими це складна багатоаспектна категорія, доктрина «відкритого типу», що немає чіткого вичерпного визначення, розкривається через інституційні принципи, кількість та розуміння яких постійно доповнюється, у першу чергу ЄСПЛ. Доведено абсолютну відмінність верховенства права від законності (верховенства закону як «диктатури закону»), яка спонукає звертатися до букви закону, а не його духу. У цьому і полягає головна сполучна ланка між ідеями верховенства права та якісного правосуддя, виходячи із суті функції, яку суди покликані здійснювати.

Здійснено статистичну перевірку гіпотези про кореляційну залежність між застосуванням у судових рішеннях принципу верховенства права (зокрема як верховенства людини, людиноцентризму) та показниками результатів оскаржень судових рішень. Продемонстровано статистично значущу достовірність припущення про те, що у суддів, які частіше використовують посилення судової аргументації з позицій верховенства права, частка скасованих або частково змінених рішень є значно меншою. Доведено статистично значущий взаємозв'язок виокремлених показників (відсоток скасованих або частково змінених рішень окремих суддів) за результатами опрацювання практики Вінницького окружного адміністративного суду з 01.01.2019 по 31.12.2019 рр.

Розроблено алгоритм перевірки судових рішень на відповідність

(дотримання) принципу верховенства права, який у перспективі запровадження експертних систем у юриспруденції може бути використаний для розроблення систем аналізу або прогнозування судових рішень за допомогою штучного інтелекту, а на сучасному етапі слугуватиме додатковим інструментом оперативного тестування рішення у справі суддею задля упевненості в його справедливості. Даний алгоритм є чітко визначеною послідовністю кроків із варіабельністю відповідей на ключові запитання, що ці кроки містять, починаючи з перевірки якості закону згідно із певними суворими загальноправовими вимогами до норм, які суд збирається реалізувати в даній справі, до зважування можливості дії суб'єкту владних повноважень в інший спосіб як у межах закону, так і шляхом невикористання законної можливості застосування примусу, щоб завдати меншої шкоди або уникнути небажаних наслідків для іншої сторони, якщо це не порушує балансу інтересів та не зводить нанівець функції юридичної відповідальності.

Здійснено оцінку перспектив запровадження кіберюстиції й ризиків «прогнозованого правосуддя» саме з точки зору неможливості враховувати найважливіші функціональні елементи верховенства права, оскільки дані інструменти, створюючи нову форму нормативності, потенційно можуть призвести в довгостроковій перспективі до стандартизації судових рішень, що базуються вже не на обґрунтуванні судами конкретних справ, а на чисто статистичних розрахунках. З огляду на це припущено, що треба створити взаємодію між людиною і машиною, щоб вони могли компенсувати недоліки один одного.

Удосконалено положення щодо провідної ролі в утвердженні верховенства права саме адміністративної юстиції (зокрема у контексті закріпленого КАС України правотворчого потенціалу представників суддівського корпусу) з огляду на те, що функція суду з перевірки права на відповідність загальноправовим принципам, стала прокладати собі дорогу з тих пір, як була введена ідея судового контролю, що передбачає наділення судів певною компетенцією по нормоконтролю в окремих процедурах, коли

оскаржуються нормативні акти будь-яких органів, які мають право на їх видання.

Виявлені загальні тенденції застосування принципу верховенства права та його складових у судових рішеннях в Україні, запропоновані кроки щодо поліпшення сучасної ситуації.

Удосконалено доктринальне тлумачення верховенства права як правовладдя, за якого державна влада здійснюється в межах закону, а суд, що є незалежним від інших органів державної влади, приймає справедливі рішення. Зроблено висновок, що зв'язаність державних органів законом є запорукою попередження сваволі, проте, враховуючи особливості переважаючого сьогодні типу праворозуміння, а саме визнання нетотожності права і закону, існує потреба в існуванні незалежної гілки влади, яка гарантуватиме справедливість і тоді, коли закон на це нездатний (будучи неправовим), що і є основним доказом правотворчої здатності судових органів, без якої втілення постулатів верховенства права як основоположного принципу захисту прав людини очевидно неможливий.

Ключові слова: правотворчість, судова правотворчість, правосуддя, верховенство права, довіра до суду, судова практика, *ratio decidendi*, *jurisprudence constante*, єдність судової практики.

ABSTRACT

Komar P. The Role of Judicial Lawmaking in the Establishing of the Rule of Law Principle. – Qualifying research paper in the form of a manuscript.

Ph. D. thesis in Law for the degree in 08 «Law» for specialty 081 «Law». – Vasyl' Stus Donetsk National University of the Ministry of Education and Science of Ukraine. – Vinnytsya, 2021.

This thesis is devoted to a comprehensive study of judicial lawmaking and its role in establishing the principle of the rule of law. This paper argues that judicial lawmaking is an important component in establishing rule of law principle as a guarantee for the majority of sub-components comprising it based on the presumption of the inalienable importance of justice in the final establishment and strengthening of law primacy. To prove that, this paper applies the basic forms and techniques of reasoning based on understanding of several logical categories, laws of critical thinking and on the basis of etymological analysis of the meaning of the word "assertion" and the meaning of construct "assertion of the rule of law", taking into account the work of international institutions, in particular on the formulation of a checklist for assessing the rule of law in a particular state, and the legal positions of the ECHR.

In Chapter 1 *"Theoretical and Methodological Fundamentals of Judicial Lawmaking Research"* it is shown that the vast majority of existing formulations of the concept of judicial lawmaking in the scientific domain use the method of determining the very term "law-making." The paper suggests to abandon such approach and provides several reasons in support of such approach. Firstly, the term "lawmaking" is not completely unambiguous and generally accepted, and secondly, the definition of judicial lawmaking is not an integrative term that is fully covered by the two words that make it up, but may go beyond their traditional perception (judicial lawmaking). not absorbed as a kind of concept by the generic concept of "lawmaking"). Taking into account the above remarks, the definition of the concept of judicial lawmaking with the rules of formal logic is formulated.

The paper argues for the inexpediency of the understanding of "judicial practice" concept as a set of only certain "legal provisions" specifying the legislation, which unjustifiably narrows its scope, given the possibility of contradictory or ambiguous judicial practice. Therefore, judicial practice is not always a reproduction of legal provisions, but it is a certain experience of law enforcement, which may become an established case law or simply remain an ambiguous result of the consideration of a certain category of cases by the courts.

It is concluded that the manifestations of case law are gradually reproduced in legal matter, weakening of the positions of legal dogmatism, changing approaches and transforming the perception of the functions of legal phenomena, legal means and fragments of legal reality, in particular the recognition of precedent of interpretation of law phenomena, established case law, doctrine of the rule of law. The law-making potential of the judiciary authorities is attributed to the invisible components that ensure the logical integrity of the legal matter.

The paper determines the correlation of the terms "judicial practice", "judicial lawmaking (rulemaking)", "judicial precedent". The provision that the source of law can act as a purely judicial precedent was clarified (which in its "pure" form is absent in the legal system of Ukraine, however Ukrainian legal reality has already accepted the existence of a precedent for the interpretation of law) and established case law (*jurisprudence constante*). The author substantiates dissimilarity of judicial practice and judicial lawmaking and based on that proposes to recognize the 'source' nature of the judicial lawmaking as a possibility and at the same time the obligation of the courts to create the right in certain cases given the direct effect of the Constitution of Ukraine, as well as the need to overcome legal gaps, etc.

The paper attempted to analyze the admissibility of judicial lawmaking in the context of separation of powers, using the rules of Hegel's dialectical triad, on the basis of the thesis ("*Judiciary should not fully consume the law-making function*") and the antithesis ("*The judiciary, as the only branch of state power staffed by professional lawyers, should perform a law-making function*"). Thus, the research made an attempt to achieve a synthesis and formulate the statement suggesting that

the judiciary should competently apply the tools of effective overcoming of gaps and conflicts of laws where the legislator has not performed its purpose.

The absence of contradiction between the principle of separation of powers and the lawmaking capacity of the judiciary is justified given that, firstly, of all the branches of government, only the judiciary differs in subject matter exclusively comprised of professional lawyers; secondly, lawmaking (apart from the lawmaking in the narrow sense) is not the exclusive prerogative of the parliament, but is also inherent within executive bodies; and thirdly, judges seem to be the least politicized compared to legislators and government officials, not least because of measures to ensure the independence of the judiciary.

Based on the analysis of scientific approaches to the separation of features of judicial lawmaking, the author concluded that most of them differ little from the features of lawmaking in general (such as the indication of a specific subject of judicial lawmaking – a judge or a court – is nothing more than a partial example of organizational orientation of lawmaking). As such, the list of features of judicial lawmaking is clarified by highlighting more specific and concrete features that reveal its essence, and thus contribute to the establishment of public "correct" understanding of this phenomenon and its legal consequences (secondary nature, special purpose, psychogram of the judge as proof of admissibility of the *ratio decidendi*).

This paper attempts to interpret the secondary nature of judicial lawmaking as an integral part of lawmaking, which is explained by the hierarchy of functions of the judiciary. Such functions include primarily law enforcement, restoration of violated rights, ensuring justice. However, when this proves to be impossible due to imperfections in legal regulation, the judges and courts "activate" the function of so-called "lawmaker" within stipulated limits.

The research justified the inadmissibility of the perception which implies that instance and the possibility of appealing a court decision interpreted as a desire to narrow the judicial discretion in law enforcement practice, which is dictated in the usual paradigm of positivism. The clarification of the need to transform the public

perception of any correction of a lower court's judicial act by a higher court as an evidence of the poor quality of this judicial act, and the fact that a judge may be reprimanded for incorrect decision of the case, was made. The author has shown that the constant focus of the court on the higher courts reaction to its decisions destroys the essence of justice. Accepting such an approach 'as is' will lead to a conclusion that the judicial power belongs only to the higher courts.

The paper substantiated the expediency of recognizing the authority regarding the official normative interpretation of the laws of Ukraine directly by the legislator – the Verkhovna Rada of Ukraine, and for the casual interpretation – by the Supreme Court. It also provides arguments proving that at the current stage of development of the rule of law and development of civil society in Ukraine, authentic interpretation as a dialogue between the legislature and the "consumer" of the lawmaking will facilitate citizens' perception not only of the implied meaning of the laws but also their hidden intentions. As a consequence of increasing level of trust in the court the predictability of court decisions and level of trust to courts will increase.

This research paper expands the argumentation of the inadmissibility of the goal pursuing the uniformity of judicial practice of the system of judicial instances, rather than the rule of law (without denying the importance of the unity of judicial practice in a broad sense, and not as an unalterable basis for reviewing court decisions). In view of this, it is proved that the uniformity of judicial practice as a basis for revocation and correction of judicial acts does not always correspond to the essence of the court that has made the decision, as well as the essence of the courts that have corrected these court decisions. The author justified that when judicial practice is uniform, but not "qualitative", and there is a decision that, in deviation from "non-legal" judicial practice, chooses the legal solution of the issue, there is no practical need to adjust judicial acts to uniformly.

Chapter II "Rule of Law and Judicial Lawmaking: from Implementation to Establishing" further develops the provision that strict adherence to the rule of law will strengthen the authority of the judiciary and reinstatement of trust in it, which

as a consequence will contribute to law supremacy, provide opportunities for a fair trial, and will raise the legal awareness in society. It has been shown that such vicious circle statement like "the rule of law principle must serve to uphold the rule of law concept" is not a logical error, because realizing this, it seems realistic to 'break' this circle and turn it into an algorithm, a sequence of steps and reforms, most of which should be aimed at reforming the judiciary.

The author tried to prove that the constitutional reform of justice in 2016, in addition to numerous novelties that provide specific steps towards the transformation of the judiciary, had one of the most important achievements such as the renewal of the theoretical foundations, the general principles of justice. The author's interpretation of the idea that the replacement of the constitutional norm which says "judges in the administration of justice are guided only by law" by a legislative structure that calls on judges to be guided by the rule of law, at a fundamental, basic level society should lead to a redirection of all state activities to maintain human rights and interests of civil society as a whole.

The expediency of combining the categories "judicial lawmaking" and "rule of law" in one phrase is substantiated and it is proved that the enumeration of these two categories through the conjunction "and" is not only a formal attempt to syntactically combine diverse or even incompatible things, but rather a stress on importance of the two phenomena and their interdependence.

Generalized modern approaches to understanding the rule of law are revealed. According to them it is a complex multifaceted category, the doctrine of "open type", which has no clear comprehensive definition, and is expressed through institutional principles, the number and understanding of which are constantly updated, especially by the ECHR. The paper proved the absolute difference between the rule of law and the legitimacy (the rule of law as a "dictatorship of the law"), which prompts one to refer to the letter of the law, not to its spirit. This is the main link between the ideas of the rule of law and quality of justice, based on the essence of the function that courts are called to perform.

The paper performed a statistical test of the hypothesis about the correlation between the predominant reproduction in court decisions of the postulates of the rule of law (in particular the rule of man, anthropocentrism) and the indicators of the results of appeals against court decisions. The conclusions show that the judges, who more often use the rule of law for the strengthening of their judicial reasoning, statistically have a significantly lower share of revoked or partially changed decisions. There is a proof of statistically significant relationship between the selected indicators (the percentage of revoked or partially changed decisions of individual judges) based on the results of the study of the practice of the Vinnytsia District Administrative Court from 01.01.2019 to 31.12.2019.

The author developed an algorithm for checking court decisions for compliance with the principle of the rule of law, which with the future introduction of expert systems in jurisprudence can be used to develop systems for analyzing or predicting court decisions using artificial intelligence, and at the present stage will serve as an additional tool for operational testing a judge to ensure his fairness. This algorithm is a clearly defined sequence of steps with variability of answers to key questions that these steps contain, starting from checking the quality of the law in accordance with certain strict general legal requirements to the rules to be implemented in this case, to weigh the possibility of the subject of power, otherwise, both within the law and by not using the lawful possibility of coercion to cause less harm or to avoid undesirable consequences for the other party, provided that this does not disturb the balance of interests and nullify the function of legal liability.

In the paper, author analyzed the prospects of the introduction of cyberjustice and the risks of "predicted justice" in terms of the inability to take into account the most important functional elements of the rule of law, as these tools, when creating a new form of regulation, could potentially lead to long-term standardization of cases, that will be based not on justification of particular cases, but rather on purely statistical calculations. In view of this, the researcher assumed that it is necessary to create an interaction between man and machine so that they can compensate for each other's shortcomings.

The position on the leading role in establishing the rule of law of administrative justice has been improved (in particular in the context of the law-making capacity of the judiciary enshrined in the Code of Administrative Proceedings of Ukraine), given that the court's function of verifying the law's conformity with the overall legal principles was introduced. It provides for the granting to courts a certain competence in regulatory control in certain procedures, when challenging the regulations of any official bodies that have the right to issue them.

The general tendencies of application of the principle of rule of law and its components in court decisions in Ukraine were revealed, as well as the steps for improvement of a modern situation were offered.

The paper improved the doctrinal interpretation of the rule of law as a supremacy of law, in which state power is exercised within the law, and the court, which is independent of other state authorities, makes fair decisions. It is concluded that the coherence of state bodies by law is a guarantee of prevention of arbitrariness, however, given the prevailing type of legal understanding, namely the recognition of the dissimilarity of law and law, there is a need for an independent branch of government that will guarantee justice. And when the law is incapable of it (being illegal), which is the main proof of the law-making capacity of the judiciary, the implementation of the postulates of the rule of law as a fundamental principle of protection of human rights is obviously impossible.

Keywords: lawmaking, judicial lawmaking, justice, rule of law, principle of legal certainty, legal technique, res judicata, unity of judicial practice.

Список публікацій за темою дисертації, у яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Комар П. Система джерел права та система законодавства: сучасний стан поняттєво-категоріального апарату і принципів правозастосування. *Порівняльно-аналітичне право*. 2019. № 3. С. 36–40. URL: http://www.pap.in.ua/3_2019/9.pdf.

2. Комар П. Верховенство права та судова правотворчість: знову про сутність конституційного принципу у світлі пошуку ефективних шляхів його реалізації. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2020. Вип. 62. С. 36–41. URL: <http://visnyk-juris-uzhnu-uz.com/wp-content/uploads/2021/03/8.pdf>.

3. Komar P. Judicial Lawmaking as a Special Type of Lawmaking in Ukraine. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2020. № 6 (volume 1). P. 188–192. URL: http://vjhr-journal.sk/wp-content/uploads/2021/03/VJNR_6_1_2020-.pdf.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

1. Комар П. Поняття конституційного законодавства України. *Наукові розвідки з актуальних проблем публічного і приватного права*. Матеріали І Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Київ, 15 листопада 2017 р.). С. 46–50.

2. Комар П. Загальнотеоретичні аспекти судової правотворчості в Україні. *Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин в Україні: питання взаємодії*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції. (м. Ужгород, 8–9 травня 2020 р.). С. 118–122.

3. Комар П. Судова влада як суб'єкт правотворчості в Україні. *Актуальні питання розвитку права та законодавства: наукові дискусії*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Львів, 18–19 грудня 2020 р.). С. 22–26.

4. Комар П. До питання судової правотворчості у контексті поділу влади. *Право і держава: проблеми розвитку та взаємодії у XXI ст.* Міжнародна науково-практична конференція (м. Запоріжжя, 29–30 січня 2021 р.). С. 15–18.

Наукові праці, які додатково відображають наукові результати дисертації:

1. Комар П. Поняття та система конституційного законодавства України: підходи, проблеми, напрями вирішення. *Правничий часопис Донецького університету*. 2016. № 1/2. С. 3–10.

2. Komar P. The Value of Precedent as a Source of Law in Ukraine. *Economic and law paradigm of modern society*. 2020. №1. P. 79–85. URL: <https://studlib.org.ua/index.php/eprs/issue/archive>.

ЗМІСТ

ВСТУП.....	19
 1. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ	
ДОСЛІДЖЕННЯ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ.....	30
1.1. Судова правотворчість: визначення поняття та співвідношення із суміжними поняттями.....	30
1.2. Ознаки судової правотворчості.....	59
1.3. Судова правотворчість у системі джерел права та правовій системі.....	91
<i>Висновки до Розділу I</i>	118
 2. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ТА СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ:	
ВІД РЕАЛІЗАЦІЇ ДО УТВЕРДЖЕННЯ.....	122
2.1. Принцип верховенства права: конституційна формула, нормативний зміст, доктринальні підходи до розуміння.....	122
2.2. Складові й критерії верховенства права та забезпечення ефективності їх реалізації судовою владою.....	141
2.3. Аналіз судової практики України у контексті втілення ідеї судової правотворчості та ефективності заходів щодо утвердження верховенства права.....	183
<i>Висновки до Розділу II</i>	203
 ВИСНОВКИ.....	206
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	212
ДОДАТКИ.....	237

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Невпинний розвиток притаманний абсолютно усім явищам та процесам, серед яких не є виключенням і державно-правові явища та методологія їхнього дослідження. Так, спершу обрана незалежною Україною континентальна модель правової системи поступово зазнає змін, зростає роль альтернативних джерел права на тлі конвергенції різних правових систем. Водночас право сучасної України переживає період входження в європейський правовий простір, міжнародний правопорядок також трансформується, поглиблюються світові глобалізаційні процеси.

Надзвичайно знаковою і показовою подією в історії українського державотворення здається конституційна реформа щодо правосуддя 2016 року. Зазнала оновлення зокрема стаття 129 Конституції, яка у новій редакції закликає суддів керуватися *верховенством права*, і це, здається, хоча б на засадничому, базовому рівні має сприяти переорієнтації усілякої державної діяльності саме на забезпечення прав людини та інтересів громадянського суспільства в цілому.

Процес активного становлення доктрини верховенства права, як і накопичення практики її реалізації триває з моменту проголошення відповідного принципу у Конституції України. Повністю правий М. Козюбра, говорячи, що «Україна не залишилася осторонь тієї безпрецедентної підтримки верховенства права, яка спостерігається нині у всьому світі» [63, с. 30]. Верховенство права стало одним з найактуальніших предметів наукового дискурсу, надзвичайної популярності набув ідеал верховенства права й у практичній площині. На його підставі ухвалювалися резонансні рішення щодо «третього туру» на президентських виборах, його забезпечення визначалося в якості мети численних реформ, врешті-решт, верховенство права «витіснило» законність з кола конституційних засад судочинства.

Щодо наукової розробки, простіше, напевно, було б сказати, хто з провідних вчених-теоретиків та конституціоналістів не зачіпав окреслену тематику у своїх працях. На жаль, численні наукові гіпотези корифеїв правничої науки не внесли загальної згоди щодо розуміння принципу верховенства права, не посприяло цьому й намагання роз'яснити поняття «верховенство права» Конституційним Судом України у Рішенні від 2 листопада 2004 року. Це, з одного боку, призвело до узгодження різних поглядів завдяки обранню інтегративного підходу, який полягає у відмові від пошуку єдино вірного визначення (трактування) верховенства права, а полягає у визнанні «ситуативності змістовної інтерпретації поняття верховенства права, традиційно уникаючи такого його дефінування, яке можна було б поширити на всі без винятку життєві обставини» (як це відтворено у практиці Європейського суду з прав людини).

З іншого боку, заплутаність і різноманітність трактовок верховенства права аж ніяк не сприяє його утвердженню й віддзеркаленню у суспільній правосвідомості, тому актуальними залишаються наукові пошуки новітніх підходів, що дозволяють пролити світло на саму сутність цього принципу, зокрема завдяки його дослідженню у поєднанні з іншими правовими феноменами, серед яких не остання роль відводиться правосуддю загалом й його правотворчому потенціалу зокрема.

Водночас принцип верховенства права є не лише засобом справедливого правосуддя, він і сам потребує на ефективний механізм реалізації та утвердження. Зв'язаність державних органів законом є запорукою попередження сваволі, проте, враховуючи особливості переважаючого сьогодні типу праворозуміння, а саме визнання нетотожності права і закону, існує потреба в існуванні незалежної гілки влади, яка гарантуватиме справедливість і тоді, коли закон на це не здатен (будучи неправовим). Тому у сучасній правовій державі суд не повинен обмежуватися технічним застосуванням законодавчих приписів, що і є основним доказом правотворчої здатності судових органів, без якої втілення

постулатів верховенства права як основоположного принципу захисту прав людини очевидно неможливий.

З огляду на вищезазначене проблематика правової природи судової правотворчості, її обумовленість верховенством права як однією з конституційних засад судочинства та водночас прогнозована здатність сприяти утвердженню правовладдя потребує на теоретико-методологічне опрацювання.

Теоретичну основу дослідження склали роботи видатних вчених у сфері теорії держави і права, конституційного права, серед яких: Д. Белов, С. Братусь, С. Головатий, Р. Гринюк, І. Жаровська, А. Заєць, М. Козюбра, В. Лазарев, В. Лемак, Л. Луць, Р. Майданик, С. Максимов, М. Марченко, Т. Михайліна, Н. Оніщенко, М. Оніщук, Н. Пархоменко, С. Погребняк, П. Рабінович, М. Савчин, О. Святоцький, А. Селіванов, С. Серьогін, О. Скакун, О. Скрипнюк, І. Сліденко, Ю. Тодика, М. Цвік, В. Шаповал, С. Шевчук, Ю. Шемшученко та ін.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами.

Дисертаційна робота виконана відповідно до плану науково-дослідної діяльності юридичного факультету Донецького національного університету імені Василя Стуса у межах теми «Розвиток правової системи України: стан та перспективи» (державна реєстрація № 0112U002868) та теми «Правове забезпечення соціально-економічного розвитку: стан та перспективи» (державна реєстрація № 0118U003140), за якими дисертантом здійснено розробку теоретико-правових аспектів судової правотворчості та її ролі в утвердженні верховенства права.

Мета роботи – формулювання й обґрунтування нових теоретико-концептуальних положень щодо природи, змісту, ознак і результатів правотворчої діяльності органів судової влади в Україні, її місця серед інших форм здійснення судової влади, доведення взаємозумовленості між судовою правотворчістю та втіленням постулатів верховенства права як основоположного принципу захисту прав людини, а також розробка

теоретичного підґрунтя для пропозицій та рекомендацій, спрямованих на удосконалення правового регулювання окреслених питань.

Для досягнення поставленої мети автором було сформульовано і розв'язано низку *завдань*:

- уточнити поняття судової правотворчості та з'ясувати його співвідношення із суміжними поняттями;
- проаналізувати феномен судової правотворчості на відповідність принципу поділу влади;
- уточнити перелік ознак судової правотворчості;
- проаналізувати правосуддя та його конституційні засади з точки зору відповідності критеріям верховенства права;
- з'ясувати місце різних форми судової правотворчості у системі джерел права України;
- уточнити загальнотеоретичну характеристику принципу верховенства права як засади справедливого правосуддя й одночасно наслідку його реалізації, у тому числі завдяки легітимізації судової правоконкретизації;
- дослідити питання довіри до суду як необхідної передумови ефективного й справедливого правосуддя, доповнити перелік елементів механізму її відновлення;
- проаналізувати судову практику стосовно відтворення принципу верховенства права, виявити загальні тенденції застосування принципу верховенства права та його складових у судових рішеннях в Україні.

Об'єктом дослідження стали суспільні відносини, що пов'язані із діяльністю органів судової влади усіх ланок.

Предмет дослідження – теоретико-правові аспекти судової правотворчості та її ролі в утвердженні принципу верховенства права.

Методи дослідження. З огляду на мету та завдання дослідження, для забезпечення достовірності отриманих результатів, був використаний широкий арсенал загальнонаукових та спеціальних методів дослідження. Методологічною основою дисертаційного дослідження є діалектичний та комплексний підходи до об'єкту дослідження.

На всіх етапах виконання роботи використовувалися порівняльно-правовий і формально-юридичний методи. Крім того, для дослідження генези конституційних принципів в різні періоди історико-правового розвитку України й еволюції наукових поглядів на верховенство права та інших споріднених правових феноменів використовувався поряд із діалектичним історичний метод (розділ 2). Логіко-семантичний метод дозволив обґрунтувати доцільність використання словосполучення «утвердження верховенства права», системно-структурний метод дав змогу узагальнити підходи до розуміння верховенства права як складної багатоаспектної категорії, яка розкривається через інституційні принципи зокрема шляхом виокремлення тих важливих елементів, що становлять саму сутність цього феномену (п.п. 2.1, 2.2). Метод сходження від абстрактного до конкретного дозволив з'ясувати поняття «усталена судова практика», «судова діяльність», «прецедент тлумачення права», а також визначити правову природу судової правотворчості як джерела права (п.п. 1.2, 1.3). Використання формально-логічного методу дозволило сформулювати авторське визначення поняття «судова правотворчість» (п. 1.1) і шляхом логічних операцій кон'юнкції, диз'юнкції, еквіваленції сформулювати та довести істинність твердження про неможливість досягнути верховенства права без справедливого правосуддя, яке, у свою чергу, потребує на визнання правотворчого потенціалу суддів (п.п. 2.1, 2.3). Метод статистичного аналізу дозволив перевірити статистичну гіпотезу та сформулювати статистичний висновок про кореляцію між переважним відтворенням у судових рішеннях постулатів верховенства права (зокрема як верховенства людини, людиноцентризму) та показниками результатів

оскаржень судових рішень (п. 2.2).

Наукова новизна одержаних результатів полягає у тому, що вперше у вітчизняній науці здійснено комплексне дослідження судової правотворчості саме з огляду на її роль в утвердженні принципу верховенства права. На підставі презумпції про невід’ємну значущість правосуддя в остаточному установленні та зміцненні правовладдя, за допомогою основних форм та прийомів мислення, заснованого на розумінні логічних категорій, законів критичного мислення, з урахуванням напрацювань міжнародних інституцій, зокрема щодо формулювання контрольного переліку питань для оцінювання стану верховенства права в окремо взятій державі, правових позицій ЄСПЛ, обґрунтовано положення щодо визнання судової правотворчості важливим чинником утвердження верховенства права як гарантії більшості складових досліджуваного принципу.

Уперше:

- сформульовано гіпотезу про кореляційну залежність між застосуванням у судових рішеннях принципу верховенства права та показниками результатів оскарження судових рішень і доведено статистично значущу достовірність припущення, що у суддів, які частіше використовують посилення судової аргументації з позицій верховенства права, частка скасованих або частково змінених рішень є значно меншою (за результатами опрацювання практики Вінницького окружного адміністративного суду з 01.01.2019 по 31.12.2019 рр.);
- розроблено алгоритм перевірки судових рішень на відповідність (дотримання) принципу верховенства права, який у перспективі запровадження експертних систем у юриспруденції може бути використаний для розроблення систем аналізу або прогнозування судових рішень за допомогою штучного інтелекту, а на сучасному етапі слугуватиме додатковим інструментом оперативного тестування рішення у справі суддею задля упевненості в його справедливості;

– обґрунтовано необхідність відійти від поширеного у науці підходу з формулювання визначень судової правотворчості через найближче родове поняття – «правотворчість», оскільки судова правотворчість не поглинається як видове поняття родовим поняттям «правотворчість»;

– сформульовано визначення поняття судової правотворчості із урахуванням недоліків існуючих доктринальних дефініцій та дотриманням правил формальної логіки.

Удосконалено:

– доктринальне тлумачення верховенства права з позиції зв'язаності державних органів законом (як запорука попередження сваволі) із одночасним визнанням нетотожності права і закону, що тягне за собою потребу в існуванні незалежної гілки влади, яка завдяки правотворчій здатності субсидіарного характеру гарантуватиме справедливість навіть тоді, коли закон на це не здатен (будучи неправовим);

– положення щодо вирішення діалектичного протиріччя судової правотворчості шляхом встановлення її меж та визнання права судової влади компетентно застосовувати інструменти ефективного подолання недоліків правового регулювання там, де законодавець не впорався із своїм призначенням;

– перелік ознак судової правотворчості, більш конкретизований порівняно із раніше запропонованими у науковій площині, які допомагають розкрити сутність судової правотворчості, а отже сприяють утвердженню у суспільній правосвідомості «правильного» розуміння цього феномену та його юридичних наслідків (вторинний характер, особлива мета, психограма судді як доказ припустимості *ratio decidendi*);

– положення щодо вторинного (субсидіарного) характеру судової правотворчості як невід'ємної її характеристики, що пояснюється

ієрархією функцій судової влади і полягає в «активації» суддями функції правотворця у чітко зрозумілих межах, якщо у інакший спосіб забезпечення справедливого правосуддя виявляється неможливим;

- обґрунтування перспектив запровадження кіберюстиції й ризиків «прогнозованого правосуддя» саме з точки зору його неможливості врахувати найважливіші функціональні елементи верховенства права;

- обґрунтування можливості судової влади виступати суб'єктом правотворчості на підставі максимальної компетентності (унікального особливого суб'єктного складу з професійних юристів) та мінімальної заполітизованості (завдяки заходам щодо забезпечення незалежності судової влади) порівняно із законодавчою та виконавчою гілками влади;

- аргументацію неприпустимості «сліпого» забезпечення системою судових інстанцій в правосудді однаковості судової практики (не заперечуючи значимості єдності судової практики як критерію верховенства права), з огляду на те, що відхилення від судової практики (яка також може бути неправовою) більше відповідатиме ідеї верховенства права, ніж прагнення підганяти судові акти під відповідність однаковості;

- обґрунтування провідної ролі в утвердженні верховенства права саме адміністративної юстиції, зокрема у контексті визнання правотворчого потенціалу суддів адміністративних судів шляхом наділення їх певною компетенцією по нормоконтролю в окремих процедурах, коли оскаржуються нормативні акти будь-яких органів, які мають право на їх видання.

Дістали подальший розвиток положення щодо:

- правотворчого потенціалу судової влади й віднесення до його до незримих компонентів, які забезпечують логічну цілісність правової матерії;

– узагальнення існуючих у науці підходів до визначення понять судової практики (зокрема *jurisprudence constante*), судової правотворчості, судового прецеденту та прецеденту тлумачення права, з'ясування їх співвідношення, й на підставі цього обґрунтування необхідності визнати джерельний характер судової правотворчості як можливості і водночас обов'язку суду створювати право у певних випадках;

– необхідності змінювати сприйняття будь-якого коригування судового акту нижчого суду вищим судом як свідчення негативної якості цього судового акту з огляду на те, що неминуче орієнтування суду на реагування вищих судових інстанцій на його рішення, знищує сутність правосуддя і фактично визнає притаманність судової влади лише вищим судам;

– обґрунтування доцільності визнання офіційного автентичного тлумачення законів України як діалогу законодавчої влади із «споживачем» результату законотворчості, що дозволить полегшити сприйняття громадянами не лише букви, а й духу законів, сприятиме забезпеченню єдності судової практики, а отже й передбачуваності судових рішень та як наслідок зростання рівня довіри до суду;

– недоцільності розуміння поняття «судова практика» як сукупності лише певних конкретизуючих законодавство «правоположень», що не виправдано звужує його обсяг з огляду на можливість існування суперечливої або неоднозначної судової практики;

– визнання поступового відтворення у правовій матерії проявів прецедентного права, послаблення позицій юридичного догматизму, зміни підходів й трансформації сприйняття функцій правових явищ, правових засобів та фрагментів правової дійсності, зокрема щодо визнання феноменів прецеденту тлумачення права, усталеної судової практики, доктрини верховенства права.

Практичне значення одержаних результатів. Результати, отримані під час дисертаційного дослідження, висновки і пропозиції можуть бути використані у:

- *науково-дослідній діяльності*: сформульовані наукові гіпотези є певним внеском у наукове пізнання феномену судової правотворчості та утвердження доктрини верховенства права на сучасному етапі і створюють базу для подальших наукових розвідок;
- *правотворчій діяльності*: у процесі удосконалення законодавства України в частині регулювання питань судової правотворчості й організаційно-правового забезпечення подальшого реформування системи судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів;
- *практичній діяльності судових органів*: у процесі підготовки судових рішень та їх перевірки на дотримання принципу верховенства права (завдяки розробленому авторському алгоритму);
- *освітньому процесі*: у процесі підготовки навчальної та навчально-методичної літератури та проведенні занять з дисциплін «Теорія держави та права», «Проблеми сучасного конституціоналізму» та ін.

Особистий внесок здобувача. Дисертація є самостійним дослідженням, результати якого отримані автором на підставі аналізу наукової літератури, національного законодавства України та зарубіжних країн, матеріалів судової практики та норм міжнародно-правових актів.

Апробація результатів дослідження. Низку положень дисертації було обговорено на науково-практичних заходах: І Всеукраїнській науково-практичній конференції «Наукові розвідки з актуальних проблем публічного і приватного права» (м. Київ, 15 листопада 2017 р.), Міжнародній науково-практичній конференції «Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин в Україні: питання взаємодії» (м. Ужгород, 8–9 травня 2020 р.), Міжнародній науково-

практичній конференції «Актуальні питання розвитку права та законодавства: наукові дискусії» (м. Львів, 18–19 грудня 2020 р.), Міжнародна науково-практична конференція «Право і держава: проблеми розвитку та взаємодії у XXI ст.» (м. Запоріжжя, 29–30 січня 2021 р.).

Публікації. Основні положення та висновки дисертації викладено в 9 публікаціях, з яких дві статті опубліковані у наукових фахових виданнях України, перелік яких затверджений МОН України, одна стаття – у науковому періодичному виданні іншої держави з наукового напрямку, за яким підготовлено дисертацію (Словацька Республіка), дві статті, які додатково відображають результати дисертації, та чотири публікації тез доповідей на науково-практичних заходах.

Структура дисертації обумовлена метою, завданнями і предметом дослідження та складається із вступу, двох розділів, що об'єднують шість підрозділів, висновків. Загальний обсяг дисертації складає 242 сторінки. Робота містить список використаних джерел із 225 найменувань та додатки.

РОЗДІЛ 1

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ

1.1. Судова правотворчість: визначення поняття та співвідношення із суміжними поняттями

Згідно із загальноприйнятим в теорії права підходом, правотворча функція (у широкому сенсі розуміння права) повинна існувати у вищих державних органів відповідно до їх компетенції в рамках системи поділу влади. Такий підхід призводить до необхідності проаналізувати стан судів в Україні саме з позиції їх статусу як державних судових органів. У результаті такого аналізу можна стверджувати про наявність можливості і необхідності визнати існування особливих форм судової діяльності.

Історична практика, зокрема, класичне античне приватне право, вказує на існування права судових органів створювати внутрішньодержавні правила поведінки, що впливає з наближеності зазначених органів до певної частини суспільного і громадського життя і спеціалізації на аналізі наявних в ній дефектів правового регулювання.

Міжнародна практика як наслідок процесів глобалізації формує особливі судові установи наддержавної юрисдикції (Європейський суд з прав людини, Міжнародний кримінальний суд), в діяльності яких взагалі не йдеться про правозастосування в повсякденному його розумінні, адже правова система повинна підкріплюватися внутрішньодержавним механізмом підтримки прийнятих рішень.

Потреба у визнанні судової правотворчості, яка доповнює акти чинного законодавства, на даний час в Україні існує. Це б дозволило надати гнучкості системі джерел права, престижності закону за рахунок його стійкості, незмінюваності протягом більш тривалого часу, «розвантажити» суб'єкта законотворення [81, с. 15]. І хоча в Україні немає судового

прецеденту в класичному розумінні загального права, це, однак, не означає відсутності судової правотворчості в Україні і таких явищ, як «квазі-прецедент» і прецедентне рішення.

Тому вкрай необхідними на сьогоднішній день видаються наукові пошуки, пов'язані з визначенням місця судової правотворчості в системі правотворчості і аналізом її співвідношення з іншими видами правотворчості, виявленням особливостей правового регулювання в даній сфері, обґрунтуванням існування судової правотворчості в Україні.

Отже, варто систематизувати основні наукові надбання щодо правової природи судової правотворчості в Україні.

У ході конституційної реформи у сфері правосуддя (зміни до Конституції, які набули чинності 30 вересня 2016 року) сталася відмова від конституційного принципу підпорядкування судів при відправленні ними правосуддя лише закону взамін на законодавчу конструкцію, яка закликає суддів керуватися верховенством права [71], що, як здається, наділило суди правотворчою функцією в силу закону. Однак, на жаль, не все так очевидно в нашій країні з переважаючим нормативістським типом праворозуміння і вкрай невисоким рівнем правосвідомості в плані оцінного ставлення до органів влади, зокрема, судових (мова в основному про буденний рівень правосвідомості).

Тому доцільно розібратися з сутністю категорії «судова правотворчість» для первинної оцінки допустимості визнання її існування в правовій системі України.

Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки, затверджена Указом Президента України № 276/2015 від 20.05.2015 р., проголошувала своєю метою «визначення пріоритетів реформування системи судоустрою задля практичної реалізації принципу верховенства права та забезпечення функціонування судової влади, що відповідає суспільним очікуванням щодо незалежного та справедливого суду» [146].

Скасування інституту «призначення судді на посаду вперше», підвищення вікового та професійного цензів до кандидатів на посаду судді, встановлення порядку, відповідно до якого суди утворюватимуться та ліквідовуватимуться законом, перехід до триланкової системи судів, утворення нового Верховного Суду, припинення діяльності та ліквідація вищих спеціалізованих судів, утворення в системі судоустрою нових вищих спеціалізованих судів, запровадження відкритих конкурсів на зайняття посади суддів апеляційних, вищих спеціалізованих судів та Верховного Суду, – це ще не увесь перелік питань, які ознаменували реформу у сфері правосуддя.

За словами О. Дашковської, «завданням подальшого розвитку правосуддя в Україні є реальне утвердження верховенства права в суспільстві й забезпечення кожній особі права на справедливий судовий розгляд у незалежному й неупередженому суді» [39, с. 34].

С. Погребняк найкращою відповіддю на запитання про обсяг і природу повноважень суду називає визнання існування судової правотворчості, за допомогою якої природним або законодавчим принципам надається позитивне значення, що закріплюється в судових рішеннях, і це позитивне значення гармонізує правову систему, визнаючи нечинними норми, що суперечать законодавчим положенням і принципам природного права [118, с. 96].

Надзвичайно важливою є позиція, висловлена Ю. Меляковою, що триваючий нині процес становлення судової системи України згідно з принципом поділу влади тісно пов'язаний із питанням судової правотворчості. Авторка пояснює це твердження тим, що «зміни, які відбуваються під впливом інтеграційних процесів, зокрема, ускладнення правового регулювання, тенденція єднання джерел міжнародного та національного права, збільшення кількості колізій та інших деформацій у системі джерел права, недовіра і незадоволеність діяльністю судів – все це зумовлює необхідність герменевтичного аналізу правотворчої практики

судів різних правових систем світу, актуалізує проблему лібералізації і мобільності сучасної системи судової правотворчості. На думку багатьох дослідників, у сучасній вітчизняній філософії права зміст судової інтерпретації залишається недостатньо дослідженим» [98, с. 126]. Усе це доводить надзвичайну актуальність питання судової правотворчості для реформування судової системи в Україні.

Своєрідним фундаментом і правового регулювання, і доктринального відтворення, і віддзеркалення у суспільній правосвідомості сутності та «права на буття» судової правотворчості є загальнотеоретичне дослідження її засад – поняття, основних ознак, функцій, класифікації. Щодо поняття, вкрай важливим є його формулювання, оскільки саме поняття є одиницею мислення та своєрідною «візитівкою» кожного явища. Необхідним є правильне визначення змісту поняття (сукупності істотних загальних та відмінних ознак) та його обсягу (сукупності узагальнених у ньому предметів) [113, с. 31].

Питанням судової правотворчості приділяли неабияку увагу М. Горбань, Н. Гураленко, Р. Майданик, М. Марченко, Н. Стецик, О. Попов, С. Шевчук та багато інших, проте, напевно, жодне з поширених у науці понять судової правотворчості, на жаль, не виконує означених завдань.

Напевно чи не найпершим питанням на початку даного дисертаційного дослідження є обґрунтування прийнятності судової правотворчості в аспекті принципу поділу влади. У статті 4 Цивільного кодексу Наполеона 1804 року [62] підкреслювалось: «Суддя, який відмовиться здійснювати судочинство за умови мовчання, темряви чи недостатності закону, може підлягати переслідуванню за звинуваченням у відмові в правосудді» [190, с. 280].

Проте далеко не усі беззаперечно погоджуються сприймати ідею «права суддів». На думку Р. Дворкіна, судова правотворчість є неприйнятною з двох причин. По-перше, спільнотою мають керувати особи,

обрані більшістю і відповідальні перед нею. Оскільки судді здебільшого не обираються і, отже, на відміну від законодавців, не є відповідальними перед електоратом, то творення суддями закону йде всупереч принципам демократії. По-друге, коли суддя творить новий закон і застосовує його до справи, що вже ним розглядається, тоді сторона, що опиняється в прогріші, зазнає негативних наслідків не тому, що порушила певний обов'язок, який мала, а через нібито порушення «нового» обов'язку, створеного після того, як подія відбулася. Тобто у цьому разі діяльність суддів щодо створення нових норм є ретроспективною за своїм характером. Разом ці два аргументи підтримують традиційне уявлення про те, що ідеальне судове рішення має бути якомога менш оригінальним [40, с. 131–132].

Як зазначає О. Скакун, «принцип поділу влади не може виключати внесок суду до правотворчості, наявність у нього специфічних нормотворчих функцій, зумовлених необхідністю постійно враховувати поступ соціального життя» [174, с. 306].

Зрозуміло, що ця нормотворчість має бути підзаконною, обмеженою вичерпним переліком підстав і правил, тобто здійснюватися не рутинно, повсякденно, як провідна діяльність, а як субсидіарна, така, що дозволяє суду повноцінно виконувати своє основне призначення – досягати справедливості й сприяти утвердженню верховенства права.

Дійсно, з-поміж усіх гілок влади саме судова відрізняється суб'єктивним складом з професійних юристів. Також саме судді порівняно із законодавцями та урядовцями здаються найменше заполітизованими, не в останню чергу завдяки заходам щодо забезпечення незалежності судової влади. Політична приналежність залишається вирішальною для обрання нардепів, і у подальшому формування комітетів (що бачимо зараз, коли за умови більшості в парламенті представників пропрезидентської партії й голови комітетів переважно є її представниками), також для формування Кабінету міністрів, призначення голів інших центральних органів виконавчої влади тощо.

Колишній голова Верховного Суду США Е. Уоррен з цього приводу наголошував, що жодної мети підмінити Конгрес, а тим більше узурпувати законодавчу владу, яку він уособлює, американські суди не мають. Судді створюють право по ходу своєї основної судової діяльності «й інакше бути не може». З цього М. Козюбра робить висновок, що судова правотворчість – це не аномалія, а іманентна властивість правосуддя, яка хоча і має свої межі, про що йтиметься далі, проте вилученою з діяльності суду бути не може, оскільки закладена в самій природі правосуддя [64, с. 41].

М. Марченко виокремлює ряд особливостей суддівської правотворчості, що принципово відрізняє її від парламентської правотворчості і свідчить про те, що суддівська правотворчість не тільки не суперечить парламентській, а тим більше не підмінює її, а й, навпаки, доповнює й збагачує її [94, с. 367].

Абсолютно праві ті автори, які, ґрунтуючись на досвіді правотворчої діяльності судів, категорично стверджують, що в даний час суди часто змушені і повинні створювати (творити) право, інакше їх діяльність стане не просто неефективною, а призведе до результатів, протилежних тим, яких від них вправі очікувати суспільство: вони будуть не захищати права, а сприяти їх порушенням.

Проте ми є свідками такого періоду, коли представники судової влади іноді змушені «виправдовуватися» перед парламентом, главою держави й усім суспільством за свої обґрунтовані рішення (як у випадку із скасуванням електронного декларування для суддів). Хто у цій ситуації винен? Президент, який анітрохи не вагаючись називає рішення Конституційного Суду «нікчемним» та «неправосудним»? Який всупереч усім сталим правилам та правовим позиціям пообіцяв подолати рішення КС шляхом ініціювання повторного прийняття правових приписів, визнаних неконституційними («Президент обов'язково використає своє право на законодавчу ініціативу, щоб відновити сталу та максимально ефективну роботу системи електронного декларування та невідворотність

відповідальності за умисне порушення цих правил» [205])? Який вносить проект Закону, що дозволяє припинення повноважень суддів КС після реформи у сфері правосуддя, яка удосконалила процедуру припинення їх повноважень [149]? Який голосливо вміняє КСУ «зухвале та безпрецедентне порушення основних засад своєї діяльності ... та спробу повалення конституційного ладу і захоплення державної влади в Україні»? Чи Суд, який кожному літеру свого рішення обґрунтував чіткими посиланнями на національні й міжнародні документи у досліджуваній сфері? Суд, який на офіційному сайті розміщує неофіційний переклад Висновку Венеційської Комісії та Генерального Директорату з прав людини та верховенства права Ради Європи щодо змістовного обсягу рішення КСУ № 13-р/2020, щоб «достукатися» до кожного члена суспільства та прояснити ситуацію, що склалася? Очевидно, таку ситуацію треба негайно виправляти.

Абсолютно зрозуміло і не оспорується той факт, що задля попередження узурпації влади потрібний спеціальних механізм стримувань та противаг, який з одного боку забезпечує певну самостійність гілок влади, а з іншого – дає їм важелі впливу одна на одну. У цьому простежується діалектика принципу поділу влади як єдність та боротьба протилежностей. Влада єдина, її джерелом є народ, водночас вона поділяється на гілки. Кожна гілка – самостійна і незалежна, проте можливий взаємний вплив різних органів влади аж до припинення повноважень в окремих випадках. Отже логічно буде продовжити цей логічний «діалектичний ряд» задля обґрунтування ідеї про можливість здійснювати правотворчість гілці, яка традиційно сприймається виключно у ролі правозастосувача. Використовуючи правила гегелівської діалектичної тріади, на підставі тези («Судова влада не має перебирати на себе правотворчу функцію») й антитези («Судова влада як єдина укомплектована професійними правниками гілка влади, повинна здійснювати правотворчу функцію») можна досягнути синтезу й сформульовано твердження, що судова влада

повинна компетентно застосовувати інструменти ефективного подолання прогалин і колізій там, де законодавець не впорався із своїм призначенням.

Враховуючи існуючі підходи у науковій площині, переважаючий поелементний підхід до визначення складних понять, не варто розпочинати аналіз порушеного питання без з'ясування теоретичних аспектів та трактування споріднених категорій. Спорідненими і близькими за змістом є поняття правотворчість, нормотворчість, правотворення, формування права.

Варто почати із позицій «класиків» теорії права. Так, В. Лазарєв ототожнює нормотворчість і правотворчість (правову нормотворчість), розуміючи під ними особливий рід діяльності, продуктом якого є нормативні правові акти. Його словами нормотворчість (правотворчість) – основний шлях впливу на суспільні відносини, головний засіб надання праву юридичної сили.

Нормотворчість в правовій сфері – це в принципі головним чином державна діяльність, що завершує процес формування права, що означає зведення державної волі в закон. Спочатку право формується природно-історично, до і незалежно від діяльності законодавця. Початкова стадія в процесі правотворення – виникнення об'єктивно обумовленої потреби в юридичному регулюванні суспільних відносин [110, с. 181]. Тобто автор розглядає правотворчість (нормотворчість) як складову більш широкого явища правотворення або формування права.

Безпосередньо правовою нормотворчістю видатний вчений-теоретик називає «спеціальну цілеспрямовану діяльність компетентних органів по вираженню суспільної потреби і відповідних інтересів в загальнообов'язкових правилах поведінки», яка на завершальній стадії правотворення «конститує правотворення в формально-визначені розпорядження загального характеру» [110, с. 182].

Правотворчість є складовою частиною більш широкого процесу – правотворення – і на думку В. Нерсисянца, який вважає, що соціальний

процес формування позитивного права – це взаємодія і вплив різноманітних соціальних факторів, які об'єктивно складаються і суб'єктивно виявляються в житті суспільства і держави, на формування правових норм; цей процес, безсумнівно, замикається з завершальною стадією – юридично оформленим процесом правотворчості держави як організованою діяльністю його правотворчих органів по створенню або визнанню і закріпленню в юридично обов'язковій формі норм позитивного права [108, с. 244].

Своє трактування поняття правотворчості пропонує С. Алексєєв. Він вказує, що правотворчість як діяльність уповноважених органів є лише завершальною частиною процесу правотворення: «Правотворчість – це спеціальна діяльність компетентних органів, завершує процес правотворення, в результаті якої набуває юридичну силу і вступає в дію закон» [3, с.89]; «Правотворчість – це об'єктивно зумовлена, завершальна процес формування права державна діяльність ...» [2, с. 226]. Саме тут вже явно простежується думка, що норма чинного права – це не тільки результат діяльності спеціальних суб'єктів, а результат складного соціально-політичного процесу правотворення (формування права).

Правотворчість тісно пов'язана із формуванням права, але правотворення і правотворчість розрізняються між собою. Правотворення починається з усвідомлення передовими членами суспільства необхідності правового регулювання тих чи інших видів суспільних відносин відповідно до назрілих потреб розвитку суспільства. Виникнення потреби в регулюванні суспільних відносин відбувається об'єктивно під впливом ряду факторів: природних, соціальних, економічних, політичних, ідеологічних та ін., які отримали в теорії права назву «чинники правотворення». Тільки в контексті правотворчості правотворення набуває цілеспрямовану завершеність, що й обумовлює особливу увагу на власне правотворчість.

Здається, що з огляду на тісний взаємозв'язок правотворення і правотворчості, а саме, те, що правотворення включає в себе правотворчість, слід виділяти в сучасних умовах розвитку суспільства такі

головні етапи правотворення: виявлення юридичної мотиву, викликаного назрілими природними, соціально-економічними та іншими потребами (факторами) в правовому врегулюванні тих чи інших видів суспільних відносин; формування на цій основі різними громадськими інститутами громадянського суспільства узгодженої волі, що вимагає зведення в нормативний, загальний ранг; юридичне оформлення компетентними суб'єктами (народом, державними органами, органами місцевого самоврядування) узгодженої волі у формі правил поведінки в офіційних юридичних джерелах; офіційне доведення прийнятого правотворчого рішення до відома адресатів.

Таким чином, правотворчість (правова нормотворчість) виступає як останній етап правотворення (формування права). Характеризуючи загалом цей процес, слід зазначити, що, перш за все, він являє собою спосіб перекладу об'єктивних законів суспільного розвитку на мову правових приписів, яким надано відповідну юридичну форму.

Це важливо уявити на початку подальшого уточнення поняття судової правотворчості, по-перше, щоб не плутатися із термінами, по-друге, щоб при формулюванні відповідної дефініції не припуститися логічної помилки занадто широкого визначення (обсягу діфінієнса) або «кола у визначенні», і, по-третє, щоб продемонструвати такий момент: якщо можливість визнання судів та суддів суб'єктами саме правотворчості не для кожного є беззаперечним очевидним фактом, який не потребує доведення, то дотичність судової влади до правотворення не піддається сумніву. Водночас сприймати судову практику виключно в контексті тих природних або соціальних факторів, які формують юридичний мотив подальшого правового оформлення загальної узгодженої суспільної волі було б якнайменш дивно в будь-якій державі незалежно від правової системи.

Цікавим здається підхід до тлумачення правотворчості через розкриття поняття творчості. С. Погребняк, аналізуючи переростання суддівського тлумачення на правотворчість, звертає увагу на те, що цьому

явищу сприяє загальний характер норми права. Він, надаючи суддям широких дискреційних повноважень при застосуванні права, автоматично відкриває простір для творчого розширювального тлумачення права [118, с. 96]. У співавторстві з О. Уваровою вчений також доходить висновку, що суд вимушений доповнювати і виправляти закони, тобто займатися правотворчістю, «добудовою» права, коли при застосуванні норми права з'являються кілька варіантів її тлумачення [119, с. 58]. Тому не втрачають актуальності слова Ж.-Л. Бержеля, що «роль судді у сім'ї романо-германського права не обмежується лише «роботою рота, завдяки якому говорить закон» [9, с. 145].

Двоєдина природа правотворчості виражається у тому, що, з одного боку формування права і його зміст зумовлені об'єктивними умовами існування суспільства й у цьому плані є об'єктивно-необхідними» [165, с. 21], але, з іншого боку, правова реальність онтологічна, її дійсність стає об'єктивною через суб'єктивність [7, с. 20], у процесі свідомо вольової діяльності. С. Максимов додає, що неповторний для кожного суспільства юридичний дискурс правопорядку, що відображає специфічність укладу правового менталітету соціуму через правотворчість формують «інтелектуальні, вольові акти, емоційні переживання суб'єктів права. Складна об'єктивно-суб'єктивна природа правотворчості передбачає наявність двох вимірів: де об'єктивний орієнтує на зв'язок права з життям, враховує існуючі актуальні умови у даному суспільстві, а суб'єктивний – орієнтує на свободу і творчу активність суб'єкта» [88, с. 107], зумовлюється його суб'єктивними можливостями при творчій самореалізації.

В. Мусієвський писав: «у нашій правовій системі вищестоящий суд не формулює нової норми, він займається правозастосуванням, здійснює логічну операцію, поширюючи дію конкретних норм на фактичні обставини справи, що розглядається» [107, с. 26]. Проте М. Козюбра відхиляє таку думку. Пошук судом права, на думку вченого, не зводиться «до «виведення» його шляхом логічних операцій із норми закону чи системи законодавства в

цілому. Жоден його логічний зміст не здатний дати більше того, що в ньому закладено. Тому все ще існуючі у вітчизняному правознавстві юридико-позитивістські уявлення про те, що право (а по суті – законодавство) являє собою логічно замкнену систему, з якої можна вивести будь-яке судове рішення – не більше ніж ілюзія» [64, с. 41].

Ян Комарек стверджує, що прецедентне право вносить елементи «реального життя» у законотворчість шляхом винесення рішення (на відміну від законотворчості законодавчими органами) [215, с. 4]. Мелвін Арон Айзенберг переконаний, що правотворчість у контексті вирішення конкретних суперечок підтримує розвиток права у контакті з реальністю [212, с. 14].

О. Мартиненко, відстоюючи концепцію юридичного прагматизму, стверджує, що суддею має бути встановлено ту нормативну конструкцію, яка вже закріплена чинним законодавством або прецедентним правом. Відповідно, з такої нормативної конструкції з використанням силогізму та дедукції може бути винесено формалістичне рішення. Простий категоричний силогізм. Важливо визнати, що саме законодавець є основним правотворцем. І там, де чинне законодавство дає адекватну відповідь на вирішення юридичного казусу (судового спору), таку ж відповідь має дати й суд у своєму судовому рішенні. Цього вимагає принцип правової визначеності та вимоги стабільності правової системи. Місце для прагматичного механізму судочинства з'являється у випадках, коли законодавство не дає однозначної відповіді на складну правову проблему внаслідок наявності прогалин та колізій у законі або абстрактності законодавчого регулювання [93, с. 13]. Ще однією причиною незастосування існуючого закону є його очевидна несправедливість та неадекватність. Це було підтверджено Г. Радбрухом у його знаменитій «формулі Радбурха», згідно з якою «закон залишається правовим незалежно від його справедливості, але втрачає своє правове значення в тому випадку,

коли ступінь його несправедливості виявляється надмірною і нестерпним» [156, с. 233–234].

Отримавши певні уявлення про саму сутність судової правотворчості, варто спробувати вивести визначення даного поняття.

Відповідно до словника Блека терміном «судова правотворчість» (*judicial lawmaking* – «право, що створено суддями») або «суддівське право» (*judge made, judicial or case law*) позначаються судові рішення, в яких шляхом тлумачення змінюється зміст законодавства, або встановлюється значення, яке законодавець ніколи не закладав при прийнятті нормативно-правових актів. У первісному значенні вживається як право, що встановлюється у судовому прецеденті або у судовому рішенні, або як право, що походить із судового рішення на відміну від нормативно-правових актів або адміністративної практики. Термін «суддівське» або «судове право» є синонімом судової правотворчості та певним функціональним елементом судового прецеденту, принаймні всі ці терміни відображають одне й теж явище у національних правових системах [210, с. 585–586; 199, с. 9].

Н. Стецик стверджує, що судова правотворчість є різновидом правотворчості, а тому їй притаманні усі ознаки останньої: здійснення спеціально уповноваженим суб'єктом; спрямованість на створення, зміну або скасування нормативних приписів; визнання її процедурно-процесуальною діяльністю; закріплення її результатів у певних юридичних актах-документах. При тому судова правотворчість характеризується і специфічними ознаками, що відрізняють її як від інших видів правотворчості, так і від інших типів юридичної діяльності: 1) здійснення спеціально-уповноваженими судовими органами; 2) пов'язаність із реалізацією функцій судової влади; 3) здійснення в особливій процесуальній формі; 4) спрямованість правотворчої активності на встановлення нормативно-правових приписів; 5) їх фіксація у судових правотворчих актах [179, с. 1].

Основний масив існуючих наукових формулювань поняття «судова правотворчість» розглядається як особливий вид (різновид) правотворчості, що являє собою діяльність (наприклад, О. Попов) або процес (С. Шевчук), суб'єктом визначається судова влада (або її вищі органи), результатом – норми, що закріплені у судових актах або правоположення, що містяться у мотивувальній частині рішення.

Той факт, що переважна частина існуючих визначень судової правотворчості використовують спосіб визначення через найближче родове поняття – «правотворчість», здається негативною тенденцією. З точки зору формальної логіки це припустимий (хоча і не найліпший) варіант, проте, забігаючи наперед і враховуючи певні сутнісні особливості саме судової правотворчості, варто відмовитися від даного підходу, і ось, чому. По-перше, сам термін «правотворчість» не є абсолютно однозначним і загальноприйнятим, хоча б з огляду на різницю трактовок права юснатуралістами й позитивістами (або, як формулює М. Козюбра, із позицій необхідності розрізнення права і закону, який за своїм змістом може бути антиправовим, що нині майже не піддається сумніву у вітчизняному правознавстві, не кажучи вже про деякі інші аспекти співвідношення закону і права [64, с. 40]). По-друге, навіть визначивши певний тотожний для конкретного дослідження обсяг поняття правотворчість, не варто стовідсотково «прив'язувати» до нього діфінієндум судова правотворчість. Адже останній не є просто інтегративним терміном, що повністю охоплюється двома словами, які його складають, а може дещо виходити за межі їх традиційного сприйняття. Так само, як «Конституційний Суд» містить у назві слово «суд», проте є квазісудовим органом, так і судова правотворчість не поглинається як видове поняття родовим поняттям «правотворчість».

Тобто поняття «правотворчість» та «судова правотворчість» знаходяться не у відношенні підпорядкування (існує між такими поняттями, одне з яких повністю входить в обсяг іншого поняття, складаючи лише

частину його), а у відношенні перетину (перехрещення) (існує між поняттями, які мають частину спільного обсягу, але різний зміст) [113, с. 37].

З цієї точки зору більш вдалим здається формулювання Н. Гураленко: «судову правотворчість можна визначити як зумовлену об'єктивними суспільними закономірностями комплексну діяльність суддів, що складається з розумово-пізнавальних операцій, у результаті яких у супроводжуваній системі джерел права з'являються нові елементи – акти судової правотворчості: судовий прецедент; нормативно-правовий акт, виданий судовою владою (з питань роз'яснення змісту норм права або затвердження процесуальних правил розгляду справ)» [35, с. 4].

Проте і цьому визначенню притаманні недоліки. Так, це поняття можна вважати генетичним, оскільки воно розкривається за допомогою вказівки на спосіб виникнення предмета або на спосіб його утворення. І водночас це визначення через перелік предметів або явищ, які відображаються в даному понятті (входять до його обсягу). Цей спосіб використовують тоді, коли не вдається чітко визначити істотні ознаки предметів [113, с. 43–44], що не є справедливим для досліджуваного поняття (з огляду хоча б на ту саму першу частину дефінієнсу). Окремо варто зазначити відсутність вказівки на невичерпність переліку, використаного у визначенні, хоча це питання є доволі дискусійним.

Можна також зауважити, що фраза «діяльність суддів, що складається з розумово-пізнавальних операцій» не відповідає вимозі, згідно із якою у визначенні повинні бути відображені істотні, необхідні, суттєві ознаки предметів. Отже виникає помилка, коли у визначенні відображаються неістотні, несуттєві ознаки.

Також словосполучення «акти судової правотворчості» частково не задовольняє правилу, що «визначення не повинно містити в собі кола, тобто визначуване поняття не може визначатись через самого себе. При порушенні цього правила можливі дві помилки: «коло у визначенні» і

«тавтологія». «Коло у визначенні» буде у тому випадку, коли визначуване поняття визначається через друге поняття, котре, в свою чергу, пояснюється через перше [113, с. 45].

С. Шевчук вважає, що судовою правотворчістю є особливий вид правотворчості, який є процесом здійснення судовою владою правотворчої функції у поєднанні із її правозастосовною та інтерпретаційною функціями при розгляді конкретної справи, результатом якої є правоположення, що містяться у сформульованих судом у мотивувальній частині рішення, які мають обов'язкову силу не тільки для сторін у справі, але й для інших суб'єктів права відповідно до закону або в силу принципу ієрархічності судової системи (обов'язковість рішень вищих судів для нижчих) або в силу їх переконливості при розгляді аналогічних справ [197, с. 54–59].

Визначення, запропоноване С. Шевчуком, також не враховує певних правил логіки. Наприклад, визначення повинно бути зрозумілим, що не допускає двозначності, тобто має бути сформульовано в однозначно певних термінах, предметні значення яких повинні бути відомі. Не можна визначати поняття через такі терміни, які самі потребують визначення («правоположення»). Помилка подібного роду називається визначенням невідомого через невідоме [80, с. 19]. Проте сама згадка про правоположення здається вдалою. І. Марочкін також згадує, що радянською правовою доктриною, яка категорично заперечувала ідею судової правотворчості, була висунена концепція правового положення, розробленого судом [92, с. 230].

Правоположення у трактовці С. Братуся, це повторювальні типові рішення по застосуванню юридичних норм, які на практиці набувають ознак останніх, далі стають загальними правилами шляхом їх широкого застосування [181, с. 74]. І. Марочкін виокремлює характерні ознаки правових положень:

1) вони створюються в процесі судової діяльності, у зв'язку з чим більш тісно пов'язані з фактичними обставинами, на відміну від правових норм;

2) виступають додатковими засобами правового впливу на суспільні відносини разом з правовою нормою, але поступаються останній силою і значенням;

3) мають підзаконний характер, не можуть змінювати або доповнювати закон, а тим більше суперечити йому;

4) дотримання забезпечується скасуванням вищою інстанцією судового рішення, в якому міститься порушення певного правоположення, або шляхом виправлення рішення інстанцією, що його прийняла;

4) є загальними й у той же час, як і норми, не мають персоніфікованого кола осіб, а адресуються всім учасникам суспільних відносин у сфері правосуддя; виражаються в певних формах – керівних роз'яснень пленумів верховних судів (СРСР і союзних республік) і рішень судів з принципово важливих правових питань [92, с. 230].

С. Алексєєв не розрізняє правоположення та правову норму, вважаючи, що «перше набуває ознак другої з того моменту, коли починає застосовуватися судами як типізоване рішення щодо тієї чи іншої життєвої ситуації» [1, с. 59]. І. Марочкін, погоджуючись із висловленою думкою, зазначає, що судова практика українських судів служить підтвердженням викладеної позиції [92, с. 230].

Цікавим є визначення, запропоноване О. Поповим: «судовою правотворчістю є діяльність вищих органів судової влади з метою створення необхідних умов для здійснення правосуддя, що не суперечить Конституції і загальновизнаним принципам і нормам міжнародного права, спрямована на внесення вторинних (допоміжних, додаткових) змін в чинну систему права» [122, с. 7–8]. Не повністю можна погодитися із таким визначенням через завузький суб'єктний склад (згадуються тільки вищі судові органи), також неповною (хоча і правильною) представляється мета – «створення

необхідних умов для здійснення правосуддя». На позитивну оцінку заслуговує вказівка на спрямованість судової правотворчості на внесення змін (справедливо уточнено – вторинних) до системи права.

Вторинний характер судової правотворчості дійсно завжди треба тримати у пам'яті як невід'ємну її характеристику, що пояснюється ієрархією функцій саме судової влади. У першу чергу суди покликані застосовувати право, поновлювати порушені права, забезпечувати справедливість і панування права у суспільстві. Проте якщо усе це виявляється неможливим через недосконалості правового регулювання, судді та суди «активують» функцію своєрідного «правотворця» у чітко зрозумілих межах.

Як вірно вказує С. Максимов, право не існує в готовому вигляді в законі, з якого його можна безпосередньо отримати. Суддя пов'язаний законом. Проте закон має бути співвіднесений з визнаними у даному суспільстві принципами справедливості і з природою речей, тобто справедливістю у конкретній ситуації. Якщо законом враховуються можливі життєві обставини, то правосуддям – певні фактичні життєві обставини. У результаті відбувається наповнення належного моментом суцього та збагачення суцього належним [88, с. 186]. Натомість сліпе слідування букві закону робить судовий розгляд спору і його результат законним, але не правосудним. Як говорили з цього приводу у Стародавньому Римі, *sumtum jus, summa injuria* («занадто точне виконання норм права породжує найвищу несправедливість») [89, с. 52].

Кореляція між судовою нормотворчістю і справедливістю спостерігається й у працях Р. Майданика. Так, професор стверджує, що суди створюють «нове право» не лише з метою тлумачення неоднозначних для розуміння правових норм при вирішенні конфлікту правових норм, заповненні прогалин тощо, а й для захисту концепції справедливості діють проти закону (*contra legem*), що розширює зміст нормативних положень, розкриває та підтверджує фундаментальні надпозитивні принципи правової

системи». Також вчений зазначає, що «ідеї судової правотворчості *contra legem* з метою захисту концепції справедливості в суспільстві реалізовані в судовій практиці окремих країн континентального права [84, с. 46].

М. Горбань у своїй роботі «Судова правоконкретизація: загальнотеоретичні аспекти» здійснила аналіз положень про судову правоконкретизацію, виявила ознаки правозастосовної, правотлумачної та правотворчої конкретизації та на їх основі сформулювала визначення поняття судової правотворчої конкретизації як діяльності суду вищих інстанцій чи спеціально уповноваженого судового органу, спрямованої на відображення точності, повноти та максимальної правової визначеності нормативно-правових приписів, що об'єктивуються у судових актах [31, с. 3].

Висновок про те, що суд під час застосування принципів права (особливо це стосується принципів конституційного рівня) розширює їх зміст та формулює певні суддівські стандарти їх застосування обґрунтував у дисертаційній роботі С. Шевчук. Також науковцем була розроблена загальнотеоретична концепція нормативності актів судової влади у контексті застосування правових норм, наведені основні відмінності нормативності актів судової влади від нормативно-правових актів, до яких належать: обмеженість нормативної дії цих актів (лише для суддів, а не для всіх суб'єктів права, за виключенням актів конституційного суду); здебільшого обов'язковість цих актів встановлюється у судовій практиці, а не на законодавчому рівні; нормативну силу має не акт судової влади загалом, а та його частина, що містить правоположення (правову позицію) за умов повторюваності фактичних обставин та правовідносин; рівень нормативності тісно пов'язаний з фактичними обставинами справи, а доведення різниці між цими обставинами під час вирішення аналогічної справи істотно знижує рівень нормативності [198, с. 7].

Простеживши у низці наукових доробок тісний зв'язок між судовою практикою (судовими актами) та нормативністю актів судової влади, варто з'ясувати співвідношення цих понять.

Необхідність відмежувати досліджуване поняття судової правотворчості від судової практики пояснюється випадками їх ототожнення або, знову ж таки, визначення одного поняття через інше, що є небажаним з точки зору формальної логіки (логічною помилкою).

Достатньо вузько трактує судову практику М. Марченко: «судова практика, будучи самодостатньою формою суддівського права, водночас має прецедентний, або, що те саме, нормативно-прецедентний характер» [95, с. 110]. Здається, тут можна простежити ототожнення понять «судова практика», «судова правотворчість» та «судовий прецедент». Такий висновок підтверджується й в іншій праці автора, де вказується, що «питання суддівської правотворчості по суті є питанням прецедентного права» [94, с. 352]; а судова практика представляється як об'єктивно необхідне явище, яке обумовлюється неможливістю для законодавця передбачити все розмаїття життєвих казусів, які важливо в інтересах всього суспільства і окремих індивідів опосередкувати за допомогою норм, що містяться в законах [94, с. 367].

На думку О. Петришина, основні напрями регулюючого впливу судової практики полягають у тому, що вона: 1) впливає на формування єдиних правил прийняття рішень в однотипних фактичних ситуаціях, тобто усуває ситуацію, коли одні й ті ж категорії справ часом розглядаються судами по-різному, а отже, сприяє забезпеченню правової визначеності як однієї з важливих вимог верховенства права; 2) конкретизує положення нормативних актів у випадках, коли їхня абстрактність допускає декілька варіантів регулювання; 3) формує одноманітне розуміння правових приписів, які сформульовані нечітко, або тих, які через свою застарілість не відповідають ціннісним орієнтирам суспільства, а тому потребують динамічного тлумачення; 4) заповнює прогалини у правовому регулюванні,

а також пропонує моделі поведінки в тих ситуаціях, де законодавець свідомо залишив простір для автономного правового регулювання, але через повторюваність спірних ситуацій, які у зв'язку із цим виникають, є потреба у виробленні усталеної моделі поведінки. Будучи спрямованою на виконання таких важливих завдань, судова практика сприяє встановленню та підтримці довіри населення до суду, забезпечує його авторитет та ефективність. Як правило, судова практика є формально необов'язковим, вторинним джерелом права. Вона може надати переконливе обґрунтування для судового рішення, однак посилання лише на неї недостатньо. Воно має бути поєднане з посиланням на відповідний нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір чи інше [117, с. 22]. Здається, за такого підходу судова практика загалом розцінюється як джерело права, а отже судова правотворчість і судова практика є рівними за змістом поняттями або ж виступають як зміст та форма.

Натомість Б. Малишев вважає, що єдиним правильним критерієм визначення того, чи є певний акт судової влади актом правотворчості, є наявність чіткого законодавчого закріплення загальнообов'язкового характеру такого акту судової влади. Вказаний критерій є об'єктивним і базується на волі законодавця, на відміну від суб'єктивного і умоглядно-політологічного критерію змісту акту судової влади [89, с. 53–54]. Акти судової правотворчості є доволі різноманітними, але спільною ознакою для них є їхній загальнообов'язковий характер, що доводить факт здійснення ними загального рівня правового регулювання, на відміну від правозастосовчих актів, які здійснюють лише індивідуальне правове регулювання.

Структуризація доктринальних підходів до розуміння судової практики була запропонована у дисертаційній роботі Т. Росік. Означені підходи, за спостереженнями авторки, характеризують судову практику як:

- результат діяльності судів, що виявляється у вирішенні конкретних категорій справ;

- здійсненні тлумачення або прийняття розпорядчих актів;
- особливу сферу діяльності суддів щодо здійснення правосуддя;
- засіб узагальнення результатів судочинства; систему професійних знань і навичок уповноважених суб'єктів, які застосовуються в процесі здійснення судочинства;
- різновид юридичної практики, що характеризується загальними ознаками, притаманними юридичній практиці та особливими ознаками, що властиві лише судовій практиці;
- правове явище, наділене самостійними ознаками, на підставі яких може бути обґрунтоване доктринальне розуміння поняття «судова практика [164, с. 10].

Дещо упорядковує розбіжності між трактуваннями судової практики С. Вишневецька, виокремлюючи широке та вузьке її розуміння: «у широкому розумінні судова практика – це діяльність усіх ланок судової системи щодо виконання покладених на них завдань. Судова практика у вузькому розумінні являє собою правоположення, які створюються судовими органами та конкретизують норми права» [21]. Також авторка виокремлює три види таких правоположень, що є одночасно і змістом судової практики:

- 1) ті, що виникають у результаті заповнення прогалин у праві;
- 2) ті, що конкретизують і деталізують зміст приписів загального характеру;
- 3) ті, що виникають у результаті конкретизації й деталізації загальних положень, понять і термінів законодавства (тобто тлумачення норм права) [21].

М. Мазур вважає, і з цим варто погодитися, найбільш вдалою позицію С. Братуся та А. Венгерова, які обґрунтували, що поняття «судова практика» включає одночасно динамічний (відповідна діяльність суду), і статичний (результат цієї діяльності), елементи [83, с. 493]. У той же час зазначається, що позицію цих авторів необхідно уточнити, адже вони до

судової практики відносили не будь-яку діяльність суду із здійснення правосуддя та відповідні результати такої діяльності, а лише той вид судової діяльності щодо застосування правових норм, який пов'язаний з напрацюванням правоположень на основі розкриття смислу та змісту норм, які застосовуються, а в необхідних випадках їх конкретизації та деталізації, а також специфічний результат цієї діяльності (самі правоположення). На думку автора, подібне розуміння поняття «судова практика», не виправдано звужує його обсяг, оскільки очевидно, що результати діяльності суду не можуть обмежуватися сукупністю лише певних «правоположень», які конкретизують зміст законодавчих норм [83, с. 493–494]. Дійсно, поширеними є формулювання «суперечлива» або «неоднозначна судова практика», отже не завжди судова практика це відтворення правоположень, проте це певний досвід правозастосування, який може набути характеру усталеної судової практики або просто лишитися неоднозначним результатом розгляду судами певної категорії справ.

С. Погребняк судову практику визначає як такий різновид юридичної практики, що полягає у правозастосовній, інтерпретаційній та правотворчій діяльності судів, яка втілюється у певних видах юридичних актів [118, с. 93]. Тобто вчений формулює дефінієнс через сутнісні ознаки судової практики, її функції, які у подальшому характеризує. З цього зрозуміло, що судова практика може виявлятися у суто правозастосовній діяльності, а може містити і правотворчий початок. Отже, судова практика і судова правотворчість не однакові за змістом та обсягом.

Н. Слотвінська пропонує у своїй дисертаційній роботі уточнення поняття судової практики, визначаючи її як певний результат, підсумок судової діяльності, в певному виді судочинства, заснований на досвіді та суддівському розсуді, закріплений в судовому акті, що містить правові положення, тлумачення норми права, правові позиції, принципи і є прикладом для правозастосування судами нижчих інстанцій [177, с. 8]. Окрім того вченою роблено висновок, що практика вищих судових органів

є джерелом права лише тоді, коли в судовому акті: закріплені положення, що роз'яснюють специфіку застосування нормативних актів; вироблені нові правові правила матеріального і/або процесуального характеру; дано тлумачення правової норми; сформульовано правову позицію, якою подолано прогалину, дефект або колізію в нормативно-правовому акті [177, с. 7].

С. Шевчуком сформульовано визначення поняття «судова правотворчість», вживання якого у сучасній науці є результатом визнання нормативності актів судової влади, які складають судову практику, усталену судову практику (*jurisprudence constante*), або в яких міститься судовий прецедент, правова позиція, правоположення [198, с. 8].

Судова практика – результат, а не процес. Стосовно процесу існує інший термін, судова діяльність.

У юридичній літературі судова діяльність інтерпретується по-різному: як різновид юридичної діяльності, засіб реалізації судової влади, система дій та операцій судових органів, процес відправлення правосуддя тощо. У дисертації М. Горбань запропоновано судову діяльність в широкому розумінні розглядати як комплексну діяльність із забезпечення функціонування судової системи та створення ефективного правового регулювання суспільних відносин, що обумовлюється тими завданнями, які ставляться перед судовою системою та органами судової влади для реалізації покладених на них державою функцій в межах їх компетенції. Поглиблено знання про основні ознаки судової діяльності у вузькому розумінні, серед яких здійснення такої діяльності судом в особі професійного судді чи суддів, особлива процесуальна та процедурна форма, її спрямованість на відправлення правосуддя, об'єктивацію індивідуального припису в рішенні суду. Це дозволило судову діяльність у вузькому розумінні розглядати як правозастосування професійних суддів, спрямоване на здійснення правосуддя шляхом розгляду та вирішення справи по суті,

індивідуалізації нормативно-правового припису щодо учасників судового процесу [31, с. 5–6].

Не беручи на себе завдання по уточненню визначення ще й судової діяльності, проте усвідомлюючи її зміст та сутність, можна перейти до висновку, що судова діяльність та судова правотворчість співвідносяться як загальне та конкретне (ціле та частка), а судова практика являє собою статичний результат судової діяльності, у той час як судова правотворчість втілюється в усталеній судовій практиці (що є часткою судової практики, яка загалом може бути неоднозначною) та відповідних актах судової правотворчості, одним з різновидів яких є судовий прецедент (при чому загальнообов'язковість притаманна не акту загалом, а лише правовій позиції (правоположенню)). Ідеї судової правотворчості реалізуються в судовій практиці.

Враховуючи таке співвідношення аналізованих понять, пропонується судову правотворчість розуміти як особливий рід діяльності (судової діяльності), що реалізується компетентним судом в особі професійного судді або складом суддів, з розроблення правоконкретизуючих правових позицій, який характеризується вторинним характером й виступає невід'ємною складовою правозастосовної або інтерпретаційної діяльності відповідно до конституційних та законодавчих повноважень з метою здійснення правосуддя виключно на підставі та у відповідності до принципу верховенства права.

Р. Майданик вдавався до характеристики судового прецеденту та його «долі» на українській правовій жниві [84], зазначаючи, що Україна рухається до прецедентної системи права. Її використовує весь світ, і кращої поки не вигадано: лише судова влада заповнює прогалини в законодавстві і дає роз'яснення, які ніхто інший надати не може. Єдина проблема – реєстрація рішень, адже в різних регіонах країни виносять абсолютно різні рішення з одного й того ж питання». Основна ідея такого підходу полягає в тому, що судові прецеденти виконують значну роль у правовому

регулюванні, оскільки завдяки їм конкретизуються закони, заповнюються прогалини в праві. В Україні лунають пропозиції визнати прецедентами рішення Конституційного Суду України та Верховного Суду України [84, с. 42].

Розуміння судового прецеденту Н. Слотвінською зводиться до судового рішення вищого органу судової влади у конкретній справі, винесеного в межах певної юридичної процедури, що містить судову норму і має обов'язковий характер застосування для аналогічних справ у майбутньому [176, с. 4].

Надзвичайно цікавим є науковий доробок вченої стосовно того, що одним із способів вдосконалення законодавства є забезпечення безпосереднього обміну інформацією між вищими судовими органами та законодавчою владою про його стан, з визначенням нормативно-правових актів, що потребують змін, доповнень чи скасування або прийняття нового закону. Запропоновано запровадити при підготовці законопроектів судово-правовий моніторинг, який дозволить виявляти вже встановлені судовою практикою проблемні норми права, що потребують корегування зі сторони законодавчих органів [176, с. 7].

Р. Майданик розвиває свою думку, що суди створюють «нове право» не лише з метою тлумачення неоднозначних для розуміння правових норм при вирішенні конфлікту правових норм, заповненні прогалин тощо, а й для захисту концепції справедливості діють проти закону (*contra legem*), що розширює зміст нормативних положень, розкриває та підтверджує фундаментальні надпозитивні принципи правової системи [84, с. 46]. Достатньо сміливе твердження, яке знову повертає нас до питання про позитивне та природне право, про букву і дух законів. Вже загальноновизнаним є факт, що позитивне, писане право не буває ідеальним. Тому не варто розглядати принцип законності як неухильне дотримання законів судом (навіть неправових), адже це суперечить самій природі, ідеї правосуддя.

І навпаки, судова правотворчість шляхом розширеного тлумачення писаного права, яке не слугує вирішенню суспільних проблем, дає можливість висвітлити певні суспільні цінності, що закладені в конституційному порядку, але які знайшли недостатнє втілення в законодавчих текстах, та підтвердити фундаментальні надпозитивні принципи правової системи і тим самим захистити концепцію справедливості, яка сприймається і поділяється суспільством [84, с. 46].

Black's Law Dictionary визначає судовий прецедент як «правило, вперше встановлене судовим рішенням при вирішенні певної справи і яке використовується як принцип вирішення аналогічних справ в майбутньому» [210]. М. Магрело уточнює, що формуючими елементами класичного прецеденту є власне рішення, яким вирішено дану справу (в цій частині є обов'язковим лише для сторін) та універсальний правовий принцип на основі якого мають вирішуватись аналогічні справи (обов'язковий для суду, який встановив прецедент, рівно як і для нижчих судів). В основі універсальності такого принципу в системі загального права лежить доктрина *stare decisis*, що буквально означає «необхідність слідувати вирішеному раніше». На практиці йдеться про реальну правотворчу функцію судів країн загального права, де одного разу встановлене правозастосування стає зразком за аналогічних обставин справи у майбутньому. З наданого визначення можна виокремити сутнісні характеристики класичного прецеденту: це нормативне правило (за відсутності статутного законодавства виконує його функцію), обов'язкове для застосування за певних обставин майже всіма судами (крім вищих за ті, що його встановили), для виникнення і закріплення якого достатньо одного лише випадку судового правозастосування, подолати яке досить складно (може бути змінене лише вищим судовим органом) [82, с. 62].

У статті, опублікованій у 1987 році, Фред Шауер висловив цікаву пропозицію, яка відкриває перспективу кращого розуміння *stare decisis*, ніж досі. Він сказав: «Аргумент із прецеденту, здається, спочатку дивиться

назад. Традиційна перспектива прецеденту ... тому була зосереджена на використанні вчорашніх прецедентів у сьогоднішніх рішеннях. Але не менш важливим чином, аргумент із прецеденту також чекає наперед, і просить нас розглядати сьогоднішнє рішення як прецедент для завтрашніх осіб, які приймають рішення. Сьогодні це не тільки вчорашнє завтра; це також завтра вчора» [225].

Як наполягає А. Мкртумян, судовий прецедент як результат вирішення конкретного спору за своїм змістом не може ототожнюватись із судовою практикою, як сукупність судових рішень за певною категорією справ. Прецедентне право – це комплексне явище, яке слід розуміти одночасно як: 1) сукупність юридичних норм, що містяться у судових прецедентах; 2) правові ідеї та принципи, якими керуються судді при створенні нових норм; 3) правила застосування прецедентів (доктрина прецеденту); 4) особливий стиль юридичного мислення. Це визначення відображає специфіку діяльності суду як суб'єкта правотворчості, який здійснює цю функцію в процесі розгляду справ та у нерозривному зв'язку із застосуванням створених ним норм до конкретних правовідносин [104, с. 12].

О. Дашковська вважає, що у європейських країнах для визначення нормативного значення актів судової влади вживається правова конструкція «усталена судова практика», а не «судовий прецедент». Ці обидва поняття відображають той самий феномен судової правотворчості, але в різних історичних і соціальних умовах [39, с. 38].

Оскільки наразі стоїть питання розібратися у химерності термінології, не варто занурюватися у теорію прецеденту як джерела права, цьому буде присвячений пункт 1.3 дисертації. Проте варто додати, що окрім суто прецеденту, виокремлюють переконливий прецедент, прецедент тлумачення права. Останній термін характеризує правову природу рішень ЄСПЛ, а отже, безсумнівно, є сприйнятим Україною та відтворений у судовій практиці. На первинному етапі дослідження впливу судової

правотворчості на українську правову дійсність, це вже дає змогу зробити важливий висновок, що зберігаючи провідну роль в системі джерел права, нормативно-правовий акт поступається позицією «узурпатора» в регулюванні суспільних відносин на користь інших джерел права, і це відкриває нові горизонти для судового розсуду. Тому занадто категоричною або вже дещо застарілою здається думка М. Магрело, що судовий прецедент немає хоча б найменших шансів утвердитись (найближчим часом) в правових реаліях України: «Не може політична система, в якій судову владу навряд чи можна розглядати як єдину консолідовану силу, а законодавство – позбавленим суперечностей та різночитань, органічно увібрати в себе принципово сторонній їй інститут судового прецеденту». Відтак, вважає авторка, «існує потреба оцінювати реально українські перспективи у відношенні судового прецеденту і радше сконцентруватися на уніфікації судової практики, яка не є тим самим, що прецедент» [82, с. 65]. Про сприйняття правовою системою України прецедентного права та уніфікацію судової практики буде наведений аналіз у подальших пунктах поточного розділу дисертації.

На даному етапі дослідження можна підсумувати, що співвідношення понять «судова практика», «судова правотворчість (нормотворчість)», «судовий прецедент» полягає у тому, що з цих трьох термінів найширшим є саме судова практика, яка охоплює більш конкретне явище – судову правотворчість, що у свою чергу виступає загальним для конкретного терміну «судовий прецедент». (тобто прецедент є різновидом судової правотворчості, проте не єдиним її різновидом). Поруч із «класичним» прецедентом (що у «чистому» вигляді відсутній в правовій системі України), існує переконливий прецедент, прецедент тлумачення права та усталена судова практика (*jurisprudence constante*).

Судова діяльність та судова правотворчість співвідносяться як загальне та конкретне (ціле та частка), а судова практика являє собою статичний результат судової діяльності, у той час як судова правотворчість

втілюється в усталеній судовій практиці (що є часткою судової практики, яка загалом може бути неоднозначною) та відповідних актах судової правотворчості, одним з різновидів яких є судовий прецедент (при чому загальнообов'язковість притаманна не акту загалом, а лише правовій позиції (правоположенню)).

Також зроблено висновок щодо поступового відтворення у правовій матерії проявів прецедентного права, послаблення позицій юридичного догматизму, зміни підходів й трансформації сприйняття функцій правових явищ, правових засобів та фрагментів правової дійсності, зокрема щодо визнання феноменів прецеденту тлумачення права, усталеної судової практики, доктрини верховенства права. Правотворчий потенціал судової влади віднесено до незримих компонентів, які забезпечують логічну цілісність правової матерії.

1.2. Ознаки судової правотворчості

У попередньому пункті роботи запропоновано судову правотворчість розуміти як особливий рід діяльності (судової діяльності), що реалізується компетентним судом в особі професійного судді або складом суддів, з розроблення правоконкретизуючих правових позицій, який характеризується вторинним характером й виступає невід'ємною складовою правозастосовної або інтерпретаційної діяльності відповідно до конституційних та законодавчих повноважень з метою здійснення правосуддя виключно на підставі та у відповідності до принципу верховенства права. У самому загальному вигляді, не порушуючи закону тотожності, судову правотворчість можна розглядати як специфічну діяльність судів, в результаті якої виробляються та змінюються правоположення. За допомогою інтерпретаційної діяльності вищих судових органів щодо правозастосовної практики, а також оцінки судами всіх рівнів потреби в правовому регулюванні деяких питань, формується

особлива сфера нормативної реальності, тобто у певному обсязі судова правотворчість притаманна судам усіх рівнів.

Специфікація судової правотворчості детермінована системою ознак, що визначають її місце в системі джерел права та загалом у правовій системі.

Не лише визначення поняття судової правотворчості у науці часто базується на обраному в якості більш загального терміну «правотворчість», ця тенденція притаманна й доктринальним пошукам переліку ознак судової правотворчості. Наприклад, Н. Стецик вважає, що судова правотворчість є різновидом правотворчості, а тому їй притаманні усі ознаки останньої, а саме: 1) здійснення спеціально-уповноваженим суб'єктом; 2) спрямованість на створення, зміну або скасування нормативних приписів; 3) визнання її процедурно-процесуальною діяльністю; закріплення її результатів у певних юридичних актах-документах [171, с.1]. Проте, враховуючи напрацювання попереднього пункту дисертації, завдяки яким було з'ясовано, що судова правотворчість не є просто різновидом правотворчості, не охоплюється нею повністю, то і ознаки, якими характеризується судова правотворчість, мають бути специфічними, такими, що відрізняють її як від інших видів правотворчості, так і від інших типів юридичної діяльності: 1) здійснення спеціально-уповноваженими судовими органами; 2) пов'язаність із реалізацією функцій судової влади; 3) здійснення в особливій процесуальній формі; 4) спрямованість правотворчої активності на встановлення нормативно-правових приписів; 5) їх фіксація у судових правотворчих актах [171, с. 1].

Взагалі аналіз існуючих у науковій площині підходів до виокремлення ознак судової правотворчості дозволяє зробити висновок, що більшість з них мало чим відрізняються від ознак правотворчості у цілому. Поширена у літературі позиція, що підставою виокремлення судової правотворчості з поміж інших видів правотворчості є специфічний суб'єкт, то і до специфічних ознак у першу чергу відносять здійснення саме судовими

органами. Але вказівка на специфічний суб'єкт судової правотворчості – суддю або суд – є не більш ніж частковим прикладом ознаки організаційної спрямованості правотворчості.

Основним критерієм виокремлення судової від інших видів правотворчості виступає її суб'єкт – судова влада. Завдяки окресленню меж здійснення судової влади щодо правотворчої функції держави знімається суперечність про те, що суди не можуть перебирати на себе функцію правотворення. Особлива риса (відмінність) судової правотворчості від інших видів правотворчої діяльності криється у відповідальності. На сьогоднішній день, не зважаючи на наявність відповідних пропозицій в наукових джерелах, парламент у цілому та окремі нардепи не несуть жодної відповідальності за прийняття неконституційних, несправедливих, неякісних, неправових законів. Стосовно ж судового рішення, можна піднімати питання про його неправосудність або хоча б просто оскаржувати в порядку апеляції та касації.

У цьому контексті напевно найбільш дискусійним є питання, які саме судові органи можуть виступати суб'єктами судової правотворчості. Здається, з очевидністю переважають позиції науковців стосовно можливості виступати суб'єктом тільки вищих судових органів.

Не представляється можливим погодитися із думкою про притаманність судової правотворчості виключно вищим судам, хоча у межах національних правових систем саме вищі судові органи поступово отримали почесне «добро» з боку науковців творити право у вигляді певних актів джерельного характеру. З одного боку, у такої думки є раціональне зерно, що простежується у вже згаданому доробку Н. Стеценка, – пов'язано це з тим, що саме вищі судові органи можуть, по-перше, забезпечити загальнообов'язковість результатів судової правотворчості, по-друге, проявляти правотворчу активність у повному обсязі (створення, зміна, скасування), а не лише однієї її частини (скасування) [179, с. 2].

Як вже у загальних рисах демонструвалося вище, судова правотворчість не тотожна судовій практиці (або її узагальненню) виключно вищих судів. Так, інтерпретаційна діяльність вищих судових органів щодо правозастосовної практики має неабиякий вплив на подальше застосування судами відповідних норм. Скільки б не заперечували джерельний характер постанов Пленуму Верховного Суду деякі вчені, практика свідчить протилежне. Зазирнувши за лаштунки системи правосуддя, очевидним є безпрецедентний авторитет Верховного Суду і неухильне дотримання його «рекомендацій» судами усіх ланок. Проте під час оцінки судами всіх рівнів потреби в правовому регулюванні деяких питань також формується особлива сфера нормативної реальності, тобто у певному обсязі судова правотворчість притаманна судам усіх рівнів.

Р. Паунд ще сто років тому сформулював думку, що урахування стабільності правового порядку спонукає суди бути бездушними до небажаних результатів у конкретних справах. І якщо іноді виникає компроміс, він не дає ані справедливого рішення між сторонами, ані практичного інструменту справедливості на майбутнє [217, с. 942]. Дещо незвична лексика, проте сутність здається зрозумілою. Писане право нездатне врахувати усі нюанси реальних правовідносин, тому кожен суддя подекуди змушений виконувати творчу роботу, намагаючись їх зіставити (законодавство і реальність).

У країнах континентального типу правової системи судова правотворчість припустима, хоча і в дещо іншому вигляді порівняно із системою загального права. Вона є різновидом тлумачення права (або ж роз'яснення права), на яке потребує процес застосування права. Деінде приписи закону не є однозначними, потребують на уточнення, а суд змушений виходити за межі його буквального сприйняття (зокрема, коли в законі містяться оціночні поняття як то «розумний строк», чи невичерпні переліки, тощо). Тобто суддя не стільки вибирає норму права, а обирає один

з варіантів її тлумачення. Це, здається, також є проявом судової правотворчості.

Взагалі меншу «вагу» й значущість судових органів перших інстанцій слід коригувати як у доктринальній площині, так і у суспільному сприйнятті. Зрозуміло, що існує певна ієрархія й підпорядкованість в системі судових органів, інстанційність поруч із спеціалізацією та територіальністю має сприяти якомога більш ефективному правосуддю й поновленню прав людини.

Водночас неприпустимим здається сприйняття інстанційності та можливості оскарження судового рішення як прагнення звузити суддівський розсуд у правозастосовній практиці, що диктується в звичній парадигмі позитивізму. Сприйняття будь-якого коригування судового акту нижчестоящего суду вищим судом як свідчення негативної якості цього судового акту, й того, що судді може бути пред'явлений докір в неправильному вирішенні справи є перешкодою на шляху до незалежного правосуддя, яке ґрунтується на верховенстві права. Неминуче орієнтування суду на те, як реагуватимуть на його рішення вищі судові інстанції, знищує суть правосуддя, і за такого підходу потрібно буде визнати, що не лише судова правотворчість, але й загалом судова влада належить тільки вищим судам.

Надзвичайно важливою є думка Голови Верховного Суду В. Данішевської про те, що ситуація, за якої суддя, наприклад, першої інстанції, не погоджуючись із позицією ВС, приймає своє рішення всупереч цій позиції, ризикуючи наступним скасуванням свого рішення, є нормальною, такою, що відповідає Конституції, і навіть є необхідною. Без цього судова практика не зможе нормально розвиватися». У Висновку № 20 (2017) КРЄС «Про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону» наголошується, що суддя, який діє добросовісно та постійно відходить від сталої судової практики, надаючи обґрунтування, не повинен позбавлятися мотивації розвивати судову практику. Це не може призводити до

дисциплінарних санкцій (п. 39). Звичайно, від таких випадків слід відрізняти випадки, коли суддя у різних справах замість послідовного дотримання певної правової позиції (хоча б і такої, що суперечить позиції ВС) довільно змінює її – таке імовірніше свідчить або про низьку кваліфікацію, або про вплив на діяльність судді корупційних чинників і прийняття ним свідомо неправосудних рішень. За такі дії суддів слід притягувати до відповідальності. Якщо ж суддя, погоджуючись із правовою позицією ВС, приймає своє рішення відповідно до такої позиції, то він робить це не через обов'язковість рішення ВС, а тому, що позиція ВС, на думку судді, базується на законі та відповідає принципам розумності та справедливості [20].

Будь-яка оцінка повинна бути спрямована на збереження і підвищення якості роботи суддів, а значить – і судових органів в цілому, а також на забезпечення «всебічного дотримання суддівської незалежності». Таким чином, оцінку роботи суддів слід розглядати не як інструмент поліцейського нагляду над суддями, а, навпаки, як засіб стимулювання суддів до підвищення якості своєї роботи, що позначиться на системі в цілому [44].

Пов'язаність судової правотворчості із реалізацією функцій судової влади як її ознака є більше зрозумілою. Саме ієрархією функцій судової влади пояснюється вторинний характер судової правотворчості, яка виступає додатковим результатом правосуддя, оскільки не є, по суті, самостійною формою судової діяльності і не може бути відокремлене від головної функції – відправлення правосуддя. Також важливо, що судова правотворчість реалізується в цій же процедурній формі. Відповідно, судова правотворчість відрізняється від правотворчості, здійснюваної законодавчим (представницьким) органом влади, вже в силу того, що правотворчість для законодавця є незалежною і основною функцією.

Судова правотворчість має похідний характер, оскільки, по-перше, вона на відміну від правотворчості органів законодавчої влади, не є основною функцією суду; по-друге, здійснюється шляхом часткового

перегляду вже існуючих норм права, виданими органами законодавчої і виконавчої влади.

Отже важливою ознакою судової правотворчості є її вторинний характер, оскільки у першу чергу суди покликані застосовувати право, поновлювати порушені права, забезпечувати справедливість і панування права у суспільстві. Проте якщо усе це виявляється неможливим через недосконалість правового регулювання, судді та суди «активують» функцію своєрідного «правотворця» у чітко зрозумілих межах.

З попереднього пункту логічно виходить наступна ознака – судова правотворчість завжди детермінована характером конкретних справ, що вирішуються. Правова позиція суду завжди більш конкретна й обумовлена сутністю вирішуваної справи на відміну від законодавчих правових норм, які завжди формулюються (або хоча б мають формулюватися) максимально загально, щоб становити нормативну основу для безлічі можливих реальних ситуацій. А. Кауфманн зазначав, якщо закон є всезагальною нормою для багатьох випадків, то право, навпаки, вирішує дійсну ситуацію тут і зараз [58, с. 171]. Право у вигляді судової правотворчості повністю такому підходу відповідає.

Судова правотворчість регламентована комплексом вже існуючих правових норм і не є, в цьому контексті, результатом прояву суб'єктивної суддівської волі. Отже, правові позиції, що виробляються в такий спосіб, не можуть суперечити чинним нормативно-правовим актам і повинні їм відповідати без зміни або скасування їх змісту (зрозуміло, за винятком актів Конституційного Суду України про визнання правових актів неконституційними повністю або в окремій частині). Таким чином, судова правотворчість завжди обмежена певними законно встановленими межами, тобто межами формальної законності.

Судова правотворчість характеризується відсутністю відповідного ініціювання з боку суду, тобто суд до певного моменту пасивний. Іншими словами, судова правотворчість ініціюється через судовий розсуд,

результатом якого є нове тлумачення існуючих правових норм, яке згодом може набути загальнообов'язкового характеру. Проте такий судовий розсуд завжди обумовлений справою, яка знаходиться у провадженні. Ініціатива завжди виходить від сторін, що беруть участь у справі, які за допомогою судової правотворчості прагнуть до вирішення конфлікту, причому незалежно від меж урегульованості спору нормативно-правовим актом. В умовах неясності закону, його прогальності суд і буде змушений творити право. Відповідно, судова правотворчість не може мати плановий, системний характер, а, навпаки, є непостійною, несистематичною.

Тісно пов'язаною є наступна ознака – об'єктивний характер судового розсуду, обумовлений рядом причин, в тому числі наявними прогалинами в законі і в праві. Поруч із цим, об'єктивність судового розсуду імпліцитно передбачається гіпотезою норми права, ступінь визначеності якої впливає на обсяг свободи суду при встановленні фактичних обставин і змісту правової норми.

Суттєвою ознакою судової правотворчості є також комплекс специфічних способів її здійснення, до яких можна віднести інтерпретацію, конкретизацію оціночних понять і термінів, застосування аналогії закону і аналогії права, судовий нормоконтроль (редагування діючих нормативних правових актів або окремих приписів за умови їх протиріччя акту більшої юридичної сили). Таким чином, судова правотворчість охоплює не тільки створення, зміну та скасування правової норми (правової позиції, правоположення), але і її тлумачення і уточнення.

Згідно з положеннями статті 8 Кодексу адміністративного судочинства України суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого, зокрема, людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Забороняється відмова в розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності,

суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини [61].

Зрозуміло, що найкращий спосіб заповнення прогалин, зокрема, з огляду на принципи правової визначеності та правомірних очікувань є прийняття відповідних законів про внесення змін або видання нових, більш якісних та деталізованих нормативних актів (підзаконних).

У той же час, рішення суду у випадках, коли застосовується аналогія, містять положення, які суттєво збагачують юридичну практику і можуть бути основою для розвитку законодавства [78; 79].

Тут доречним буде зупинитися на правоконкретизації як різновиді судової правотворчості, основні ознаки якої пропонує М. Горбань у межах свого дисертаційного дослідження: правоконкретизація є юридично значимою діяльністю компетентного суб'єкта; є необхідною передумовою реалізації нормативно-правового припису; її метою є відображення точності і повноти змісту принципу, норми права та досягнення її максимальної правової визначеності; здійснюється шляхом звуження чи розширення змісту понять принципу, норми права; здійснюється шляхом виявлення особливих ознак багатовимірної реальності соціальної ситуації, типових для фактичних обставин; її результат фіксується у правотворчих, правозастосовчих та правотлумачних актах. До факультативних можна віднести наступні ознаки: необхідність у цій діяльності виникає лише за наявності відносин: загальне – конкретне, загальне – особливе – одиничне; спрямована на переведення із належного (загальнообов'язкове правило поведінки) у дійсне (реалізація норми права); спрямована на з'ясування змістовної граничності, вичерпності норми права. На основі цих ознак авторкою дано визначення правоконкретизації як юридично значимої діяльності компетентного суб'єкта, спрямованої на відображення точності та повноти змісту принципів, норм права, досягнення їх максимальної правової визначеності для створення необхідних передумов реалізації нормативно-правового припису, в якому вони об'єктивовані [30, с. 58–59].

Здається, низка перерахованих однак може бути шляхом методу дедукції поширена на судову правотворчість у цілому.

Вже порушене вище питання про специфічне коло суб'єктів судової правотворчості, потребує на уточнення в контексті ознак судової правотворчості, з точки зору визначення суддів в якості носіїв саме професійної правосвідомості, яке є однією з детермінант діяльності по здійсненню правосуддя.

Т. Міхайліна у докторській дисертації, присвяченій правосвідомості, доходить низки висновків відносно правосвідомості у правотворчості та правозастосуванні. Так, конверсія правосвідомості правотворця у систему правових норм полягає у тому, що всі її позитивні та негативні форми знаходять вияв у таких якостях права, як його якість, доступність та ефективність. Значення правосвідомості у правовій герменевтиці вчена характеризує тим, що акценти правоінтерпретаційної діяльності та ризики викривленого сприйняття змісту права зміщуються залежно від виду правоінтерпретаційної діяльності (офіційна та неофіційна), її суб'єкта та адресата», а роль правосвідомості у «підвищенні ефективності правозастосування полягає у тому, що розсуд суб'єкта правозастосування, який реалізується через дискреційні повноваження, є синтезованим продуктом правосвідомості суб'єкта, якому вони надані. Розширення меж дискреційних повноважень та допустима свобода правозастосувача в демократичних країнах є прямо пропорційними рівню та формам правосвідомості суб'єктів правозастосування [102, с. 44]. Тобто, враховуючи вимоги, які висуваються державою та суспільством до суддів, можна впевнено стверджувати, що їх рівень правосвідомості дозволяє очікувати на позитивний результат їхньої професійної діяльності, як у правозастосуванні, так і від реалізації певних правомочностей нормотворця.

Положення окремих актів судової діяльності відповідають всім ознаками права: вони нормативні, є формально визначеними і гарантовані державою. Результатом судової правотворчості є створення нового джерела

права. У той же час на відміну від інших джерел (наприклад, законів), актів судової правотворчості мають особливий, менш формалізований порядок набуття чинності. Після їх прийняття в остаточній формі, вони не потребують подальшого схвалення.

Акти судової правотворчості займають в системі джерел права особливе місце: з одного боку, вони підпорядковані закону і тому не можуть його змінювати або скасовувати, з іншого боку, можуть уточнювати зміст закону, що представляється рівнозначним зміні самого закону. Звуження або розширення буквального змісту правової норми фактично є створенням нової правової норми.

Судову правотворчість можна класифікувати за різними підставами: за суб'єктом, видом суду, що приймає відповідний акт, і його місця в судовій системі, за юрисдикцією (компетенцією), за рівнем суду в судовій системі та ін. Найбільш адекватно відображає специфіку судової правотворчості в Україні класифікація залежно від особливостей форми і змісту прийнятого акту.

Судова правотворчість в Україні має різні форми:

1) прийняття судами нормативно-правових актів, що забезпечують їх функціонування і взаємодію з іншими органами (наприклад, різного роду регламенти Конституційного, Верховного Судів);

2) нормативне тлумачення Конституції України Конституційним Судом України;

3) акти Конституційного Суду про визнання неконституційними правових актів, мають особливий статус серед актів судової правотворчості в силу того, що вони розглядають питання скасування нормативно-правових актів в частині або в цілому («негативна» правотворчість);

4) роз'яснення, що містяться в постановах Пленуму Верховного Суду, наближаються за своїм характером до нормативного правового акту;

5) прийняття судами рішень нормативного характеру, які не є прецедентами, оскільки вони приймаються за відсутності прогалин в

позитивному праві і заздалегідь нормативні, наприклад, рішення, що містять норми про визнання нечинними нормативних правових актів, що суперечать закону, об'єктивно впливають на систему позитивного права;

6) нормативні документи, прийняті судами для забезпечення власної діяльності, є самостійною формою судової правотворчості;

7) квазі-прецедентне право – ті судові акти, які містять варіант розгляду неординарної ситуації і, як наслідок, певний варіант тлумачення (викладення) існуючих норм права;

8) «прецедентні» акти (акти прецедентного характеру) – акти, які виступають елементом, складовим *jurisprudence constante*, тобто низки узгоджених рішень [199, с. 566].

Сама по собі можливість класифікувати ряд явищ в рамках більшого за обсягом представляється наслідком того, що обговорюване правове явище набуло властивості системності та комплексності, тобто є підстави вважати, що судова правотворчість цілком оформилася і перейшла в стадію якісних перетворень.

Прагнення до правової визначеності передбачає неприпустимість прийняття у схожих спрах максимально несхожих судових рішень, і є своєрідним механізмом обмеження (самообмеження) судової гілки влади. Отже вироблення правових позицій вищими судами і дотримання їх нижчими на сьогодні здається найбільш ефективним засобом забезпечення єдності судової практики.

Окремо варто зупинитися на єдності судової практики. Здається, популяризація цього принципу може призвести до викривлення його сутності і підмінити мету, яка повинна забезпечуватися системою судових інстанцій, – однаковість судової практики, а не верховенство права (а отже єдності судової практики як інституційного принципу верховенства права).

У Висновку № 20 (2017) Консультативної ради європейських суддів «Про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону» підкреслюється, що однакове та уніфіковане застосування закону

обумовлює загальнообов'язковість закону, рівність перед законом та правову визначеність (п. 1). Втім, КРЄС також звертає увагу, що, з іншого боку, потреба в забезпеченні єдиного застосування закону не має ані призводити до негнучкості такого закону й до необґрунтованих обмежень у відповідному розвитку законодавства, ані ставити під сумнів принцип суддівської незалежності (п. 1). Також на думку КРЄС найбільш потужним інструментом досягнення єдності судової практики є судовий прецедент [145].

Відповідає цьому позиція Р. Майданика, що створення норм права прецедентними рішеннями повинно забезпечувати досягнення необхідного ступеня правової визначеності, одна з умов якої полягає в наявності чітких правил встановлення норми, яку містить прецедентне рішення [84, с. 46].

Здавалося б, формула проста: треба досягнути єдності судової практики, тобто змусити суди однаково застосовувати правові норми (або ж думати однаково?) – й верховенство права, справедливість, рівність не змусять на себе чекати. Проте усе далеко не так просто. Н. Глинська зазначає, що єдине застосування закону судами означає те, що цей закон є придатним для застосовування. Тому надзвичайно важливо, наголошує професорка, ще до прийняття закону оцінити його на предмет придатності його застосування на практиці, а також перевірити *a posteriori*, чи буде його застосування ефективним [26, с. 93]. Інакше кажучи, якість закону не може оцінюватися у відриві від практики його застосування. А звідси єдність практики – це один із показників високоякісного закону у світлі його відповідності сучасним правовим стандартам правової визначеності – закон має бути якомога чіткішим, передбачуваним та послідовним. Отже, неякісна правова база є першим аспектом, який не дозволяє судовій практиці бути максимально єдиною, а рішенням судів – передбачуваними у більшості випадків. І тут судова практика скоріше є тим засобом «підстрахувати» законодавця, звісно, за умови високих стандартів, яким має відповідати судова діяльність.

Як влучно зазначено у Висновку КРЄС, суди зможуть краще забезпечувати єдине застосування закону, якщо закони є логічні, узгоджені, належним чином написані, мають зрозумілі формулювання, уникають зайвої двозначності та не мають внутрішніх суперечностей (п. 44). У той час, як суперечності в судовій практиці є іноді наслідком неоднозначно сформульованих законів, що не дозволяє судам дійти єдиного та загальноприйнятого тлумачення (п. 46) [145].

У контексті якості закону та його визначеності КРЄС у Висновку № 20 (2017) із посиланням на рішення ЄСПЛ у справі «Борісенко та Єреванян Базальт лтд проти Вірменії» (*Borisenko and Yerevanyan Bazalt Ltd v. Armenia*, № 18297/08) звернув увагу, що хоча визначеність є надзвичайно бажаною, вона може також призвести до надмірної негнучкості, а закон мусить не відставати від обставин, що змінюються. КРЄС також підкреслила (п. 24) важливість існування механізмів, здатних виправляти непослідовності практики суду. Такі інструменти можуть включати, наприклад, звернення до великих палат або більших колегій, коли практика стає неоднаковою або коли можливим є скасування попереднього прецеденту. Тому, звичайно, ані континентальний прецедент, ані англосаксонський, ані авторитетний прецедент не дає можливості забезпечити повної правової визначеності, стовідсоткової передбачуваності судових рішень. Завжди зберігається можливість того, що у певній справі суд відступить від попереднього прецеденту і вирішить справу інакше, ніж можна було б очікувати виходячи з попередньої судової практики.

Втім, підсумовує В. Данішевська, не слід і намагатися досягти повної правової визначеності, тому що така визначеність стала б на заваді розвитку права. Дійсно, існує діалектична суперечність між правовою визначеністю і розвитком права. Насправді є потреба у певному розумному ступені правової визначеності, не більше. Із цим завданням справляються обидві доктрини прецеденту [20].

КРЕС у Висновку № 20 (2017) наголошує, що суддя, який діє добросовісно та постійно відходить від сталої судової практики, надаючи обґрунтування, не повинен позбавлятися мотивації розвивати судову практику (п. 39).

Отже, однаковість судової практики як підстава для скасування, коригування судових актів не завжди відповідає суті діяльності суду, який прийняв рішення, як і суті діяльності судових інстанцій, що коригують ці судові рішення. Коли судова практика єдина, але не «якісна», і з'являється рішення, яке в відхилення від «неправової» судової практики обирає правове вирішення питання, не варто підганяти судові акти під відповідність однаковості.

Психограма судді також має бути досліджена як особлива ознака судової правотворчості. А. Ф. Коні стверджував, що «вивчення судочинства в тій його частині, яка належить до суддівської діяльності, повинно мати своїм предметом не тільки якості та умови цієї діяльності, але і поведінку судді по відношенню до осіб, з якими він приходить у зіткнення в процесі своєї діяльності» [69, с. 34]. Взагалі, не будучи психологом, А. Коні зробив значний внесок у розвиток судової психології, що визнають науковці сучасності [202, с. 9].

Психограма судді – перелік професійно значущих психологічних властивостей та якостей, наявність яких дозволяє судді ефективно вирішувати професійні завдання. Психограма є частиною професіограми.

В. Шепітько, фахівець у психології судової діяльності, зазначає, що психології розрізняють професіографію – технологію вивчення вимог, що ставляться професією до особистісних якостей, психологічних здібностей і можливостей індивіда. Професіографія сприяє оптимізації і підвищенню ефективності тієї чи іншої професійної роботи. Професіографія передбачає розробку професіограм – системи психологічних якостей, умінь та навичок, які є необхідними для успішного виконання професійної діяльності. Саме за

допомогою професіограми повинні визначитися професійна придатність і здійснюватися добір кандидатів на певні посади [202, с. 41–42].

Ю. Ірхін вдавався до детального аналізу психологічних засад відбору суддів і з'ясував, що у юридичній психології вирізняють професіографію судової діяльності – технологію вивчення вимог, що ставляться професією до знань, умінь, навичок, особистісних якостей, індивідуально-психологічних особливостей і можливостей судді. Професіографія сприяє оптимізації і підвищенню ефективності професійної роботи суддів судів загальної юрисдикції, вона передбачає розробку професіограм – інформаційної моделі професії, яка включає в себе систему психологічних якостей, умінь та навичок, необхідних для успішного виконання професійної діяльності та створення умов для захисту судами прав і свобод людини у нашій державі на належному рівні. Саме за допомогою і на основі професіограми доцільно визначати професійну придатність і здійснювати добір кандидатів на посаду професійного судді та здійснювати їх професійну підготовку в період входження в посаду, проте нині в науці юридичної психології не вистачає науково обґрунтованих професіограм і психограм суддів [54, с. 34].

В. Васильєв виокремлює п'ять основних сторін професіограми судді: соціальну, реконструктивну, комунікативну, організаційну і достовірну [16, с. 176]. Соціальна сторона характеризує професійну спрямованість особистості судді, що виражається, зокрема, в постійному підвищенні свого теоретичного рівня та вдосконалення професійної майстерності, в прагненні до торжества справедливості, встановлення істини, в почутті власної гідності, професійної гордості та ін. ... Комунікативна сторона проявляється в спілкуванні з людьми в ході судового процесу, головним організатором якого і виступає суддя. При цьому реалізуються такі особисті якості судді, як чуйність, емоційна стійкість, вміння слухати і розмовляти і ін. [16, с. 176].

Також у цьому контексті варто зауважити, що яким би професіоналом і знавцем законодавства не був суддя, його задача полягає не у дослівному

цитуванні нормативно-правових актів, а у доступному їх відтворенні: суддя, спілкуючись у процесі, повинен зважати на те, що переважна більшість учасників не мають фахових юридичних знань. Учасниками процесу можуть бути діти, літні люди чи люди з особливими потребами, які потребуватимуть застосування суддею особливих комунікаційних навичок [41, с. 96].

Фахівці у сфері психології визнають, що з психологічної точки зору професія судді є найбільш складною серед юридичних професій. Це пов'язано з необхідністю приймати важливі і відповідальні рішення, визначати долі інших людей, їхню винність чи невинність у вчиненні злочинів. Тому суддя повинен мати високу відповідальність за свої вчинки і дії [202, с. 39]. Здається, цей нюанс, безпосередній вплив на долі людей, є визначальним для визнання можливості суддів творити право (в певних межах, про які вже йшлося). Тому що, як здається, приймати неправові закони перед абстрактним «обличчям» невизначеного кола осіб дещо простіше, ніж формулювати правоположення, дивлячись безпосередньо в очі осіб, чия доля від цього залежить.

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» закріплює вимогу про необхідність перевірки особистих морально-психологічних якостей кандидата на посаду судді (стаття 73 ч.1) [147]. Слід зауважити про відсутність в Законі чітко визначеного переліку суддівських компетенцій, якими має володіти кандидат на посаду судді. У той же час, Закон визначає перелік компетенцій для проведення кваліфікаційного оцінювання діючих суддів. Кваліфікаційне оцінювання проводиться Вищою кваліфікаційною комісією суддів України і полягає у визначенні професійного рівня судді. Завданнями кваліфікаційного оцінювання є: 1) перевірка здатності судді здійснювати правосуддя у суді відповідного рівня; 2) підтвердження професійного рівня судді для обрання на посаду судді безстроково. Кваліфікаційне оцінювання здійснюється прозоро на основі об'єктивних

критеріїв з урахуванням заслуг, кваліфікації та сумлінності судді, його вмінь та ефективності роботи, якісних і кількісних показників роботи судді.

Критеріями кваліфікаційного оцінювання є: професійна компетентність (знання права, здатність проводити судові засідання та ухвалювати рішення), особиста компетентність (здатність виконувати обсяг роботи, самоорганізованість), соціальна компетентність (урівноваженість, стресова стійкість, комунікативність) та здатність підвищувати свій фаховий рівень і здійснювати правосуддя у суді відповідного рівня [136].

Частина 3 статті 85 Закону про судоустрій також встановлює, що для цілей формування суддівського досьє (досьє кандидата на посаду судді) Вища кваліфікаційна комісія суддів України може ухвалити рішення про запровадження та проведення інших тестувань з метою перевірки особистих морально-психологічних якостей, загальних здібностей, а також про застосування інших засобів встановлення відповідності судді (кандидата на посаду судді) критеріям кваліфікаційного оцінювання [147]. При цьому ці відомості на рівні із даними про стан здоров'я не входять до переліку відкритих, тобто доступних для публічного ознайомлення.

Психологічна складова є важливою для будь-якої професії, особливо типу «людина – людина», і варто чітко розуміти, які саме властивості особистості є необхідними для конкретної діяльності, а які є з нею взаємовиключними. До речі, запровадження таких вимог для суддів є, як здається, їхньою перевагою над іншими посадовими особами законодавчої та виконавчої влади, адже для останніх детальної професійно- та психограми не закріплено. Хіба що розмита вимога про необмежену дієздатність, яка, фактично, презюмується.

Психограма судді – карта професійно важливих психологічних якостей особистості [43].

У психологічній літературі під професійно важливими якостями прийнято розуміти будь-які якості суб'єкта, які є необхідними або проявляються в процесі діяльності і забезпечують ефективність її виконання

за параметрами продуктивності, якості праці та надійності [36, с. 54]. З цієї точки зору професійно важливими якостями можуть виступати властивості нервової системи, властивості психічних процесів, особистісні особливості, характеристики спрямованості, знання та переконання. У контексті нашого викладу під професійно важливими якостями ми будемо розуміти професійні здібності і характеристики особистості, що забезпечують ефективне виконання діяльності [193, с. 220].

В Україні професіограмі та психорамі судді ще приділяється недостатньо уваги. В офіційних джерелах даних про зміст професіограми бракує, у той час, як в інших державах можна на офіційних сайтах судових органів знайти відповідну інформацію, наприклад, Радою суддів Липецької області була затверджена розроблена психологічною службою Професіограма судді «для постановки конкретних практичних завдань по оптимізації і підвищенню ефективності професійної діяльності суддів» [151]. І хоча зміст саме наведеної професіограми є дуже спірним (наприклад, незрозуміло, на підставі чого особа із колітом або артритом визнана такою, що не відповідає посаді судді, проте це питання не для поточного дослідження, а для вивчення фахівцями у відповідній країні), сама ідея здається правильною.

У нашій державі відсутня необхідна нормативна база для розробки відповідних документів офіційного характеру, проте в рамках проекту USAID «Справедливе правосуддя» у 2016 році був опублікований Проект професіограми судді, однією зі складових якої є і психограма. До ключових професійних якостей судді І. Данилюк, І. Козицька відносять:

Комунікативні якості особистості судді;

Когнітивні якості (пізнавальні психічні процеси) особистості судді;

Емотивні якості особистості судді;

Мотиваційно-вольові якості особистості судді;

Моральні риси особистості судді;

Інші важливі професійні якості особистості судді [43].

Є сенс стисло розглянути наведені групи якостей судді. Комунікативні якості особистості судді розглядаються через наступні ключові особливості особистості: комунікативні особливості, організаційні особливості, управлінські особливості.

Наведені вміння або якості проявляються в процесі наступних активностей: суддя демонструє активне та пасивне слухання, надає чіткі та зрозумілі формулювання у стислому викладі, неупереджено веде ділову бесіду і переговори, інтерв'ю, дискусії, ґрунтовно доносить до слухача свої думки і запитання, чітко формулює і пояснює правові основи прийнятого рішення, демонструє навички керування складними, конфліктними ситуаціями, керує ходом судового розгляду в рамках процесуального закону, контролює судові засідання за допомогою справедливого і ефективного управління і реагування тощо [43].

Доктор психологічних наук О. Бондаренко вважає, що кожний суддя втілює в життя ідеї, закладені в законі. Одночасно він виховує значну кількість людей. Досвідченого суддю відрізняє висока відповідальність за свою діяльність і за прийняті рішення, принциповість. Суддя постійно знаходиться в центрі уваги всіх учасників судового процесу. Усі його зауваження і навіть жести піддаються постійному контролю й оцінці присутніх, тому досвідченого суддю відрізняє неупередженість і витримка [13]. Отже, вищенаведені комунікативні вміння суді підвищують рівень правосвідомості учасників процесу, підвищують авторитет судової гілки влади та довіру до неї. Про це свідчить і більш високий рівень довіри до суду серед тих, хто стикався із представниками суддівського корпусу, будучи учасником процесу, порівняно із тими, хто до суду не звертався, про це детальніше йтиметься у наступному розділі дисертаційної роботи.

Когнітивні якості особистості судді розглядаються через наступні психічні процеси: особливості сприймання, уваги, пам'яті, особливості переробки інформації (формально-логічне та творче мислення).

Судді належить відповідальна місія подолання колізій між нормами права. У процесі їх тлумачення він повинен використовувати весь арсенал своєї правової та загальнокультурної ерудиції, особистий досвід і сформувалося в процесі життєдіяльності моральну свідомість для того, щоб прийняти рішення не тільки на основі закону, а й особистого розсуду (суддівської правотворчості), що не зазіхає на повноваження законодавця. Отже, професія судді передбачає поєднання встановленої законом процедури і творче начало, спрямованого на підвищення рівня морального потенціалу правосуддя як прояв культури, виражений в законі [43].

З огляду на психограму це виявляється у наступних вміннях: концентрує увагу, розподіляє і переключає увагу в складних і динамічних ситуаціях судового процесу, свідомо спрямовує себе на точне і повне застосування законодавства і процесуальних норм (довільна пам'ять), запам'ятовує деталі справи (мимовільна пам'ять), розуміє суть основних взаємозв'язків, властивих проблемі, здійснює відбір з великого обсягу тієї інформації, яка необхідна для вирішення завдання, приймає рішення на основі суперечливої інформації, знаходить нові та нестандартні рішення, виявляє декілька шляхів і обирає найбільш ефективний [43, с. 60].

Емотивні якості особистості судді розглядаються через наступні ключові особливості особистості: урівноваженість, стресова стійкість, самоконтроль, терпимість. До мотиваційно-вольових якостей особистості судді експерти USAID відносять наступні ключові особливості особистості: «відповідальність, стійкість та узгодженість провідних мотивів діяльності, принциповість, рішучість, працьовитість» [43, с. 60].

Так, наприклад, суддя залишається неупередженим, керує власними реакціями та емоціями, власними почуттями, зберігає зібраність в умовах, що стимулюють збудження, демонструє здатність не піддаватися впливу авторитетних осіб чи попередньої інформації, вмє узгоджувати власні дії з діями інших, демонструє впевненість та оперативність при розгляді справ,

виконує значне робоче навантаження. Хіба ці якості не свідчать на користь придатності судді компетентно творити право у необхідних випадках?

Особливо цікавими у контексті даного дослідження є моральні риси особистості судді, які розглядаються через наступні ключові особливості особистості: орієнтація на справедливість, чесність, порядність, сформована ціннісно-смилова сфера особистості, неупередженість особистості. Так, суддя дотримується Кодексу суддівської етики, справедливо і неупереджено ставиться до всіх учасників процесу, залишається і виглядає неупередженим перед сторонами процесу, незалежно від того, чи є вони приватними особами, представниками професії чи представниками громадських організацій, об'єктивно та неупереджено оцінює свідчення [43, с.61].

Навіть за наявності належної законодавчої бази для вирішення соціального конфлікту суддя перебуває в ситуації вибору варіанта з декількох правових альтернатив, і характер такого вибору визначається не тільки знанням юридичних механізмів тлумачення закону, але і етичним переконанням судді, моральними пріоритетами, що склалися у нього. Тому в реалізації суддею своїх повноважень закономірно присутні його особисті оцінки та уявлення, які нерідко стають визначальними факторами прийняття рішень. Це здається надзвичайно важливим саме у контексті відстоювання ідеї про судову правотворчість, адже ті високі вимоги до етичних та моральних складових психограми судді, його професійно важливих якостей, є якнайкращим доказом суддівської компетентності, а отже і здатності заповнювати прогалини або долати конкуренцію норм чи їхню неконституційність (виключно шляхом прямої дії норм Конституції України).

Прагнення більшості суддів до професійного зростання, особиста гідність та самоповага, прагнення поглиблювати власні знання, про що свідчать сучасна тенденція представників суддівського корпусу пробувати

себе на науковому терені, також свідчать на користь можливості визнання їх суб'єктами правотворчості.

Окремо варто зупинитися на тих особистісних якостях, наявність або відсутність яких ускладнює професійну діяльність судді:

Наявність хронічних психічних захворювань.

Наявність розладів у роботі пізнавальних психічних процесів.

Відсутність орієнтації на прийнятті морально-етичні норми (відсутність здатності здійснювати правосуддя незалежно, безсторонньо, об'єктивно, неупереджено, справедливо; порядність, чесність).

Відсутність таких особистісних якостей або навичок як: організаційні та самоорганізаційні навички, рішучість, впевненість та оперативність при розгляді справ, працьовитість, логічність, аналітичний склад та критичність мислення.

Наявність психотизму, нейротизму [43, с.62].

Здається, аналізувати наведені моменти буде зайвим. Проте чи можуть «похвалитися» таким вимогливим професійним відбором законодавці або урядовці? Певно, серед громадян вже давно поширені стереотипи та саркастичні оцінки складу парламенту, особливо останньої каденції, з огляду на попередню професійну належність частки «пропрезидентської» партії більшості. Отже, і довіра до них є меншою, ніж до представників суддівського корпусу, які вже протягом п'яти років є максимально незалежними від інших гілок влади та особисто Глави держави. Здається, це неминуче має розширювати обсяг суддівського «внутрішнього переконання» аж до нормотворчості.

Ю. Ірхін вважає, що психологічна готовність до діяльності, освіченість, порядність і професійність суддів є найкращою гарантією незалежності та неупередженості суду. Професійний відбір та підготовка суддів передбачає не тільки чіткий підбір найбільш підготовлених і професійно придатних осіб на ці посади, а й вироблення своєрідних критеріїв відповідальності [54, с. 34].

Водночас, не можна не зупинитися на негативних нюансах психології судової діяльності.

Перше, це підступність володіння владою. Ставлення особи до застосування владного повноваження є різним. Психологічна сутність застосування владних повноважень передбачає існування двох негативних тенденцій: 1) надмірне розпорядженні своїми владними повноваженнями; 2) нерішучість відносно їхнього застосування.

В юридичній літературі справедливо зазначається, що державно-владні повноваження надані судді не для задоволення своїх особистих потреб, а для справедливого вирішення спору про право. Суддя не може використовувати надані йому статусом правові можливості виключно на свій суб'єктивний розсуд, залежно від особистого інтересу. Водночас суддя не може взагалі від них відмовлятися, якщо при цьому не відмовляється від посади судді, відповідного статусу носія судової влади (Л. Москвич) [105, с. 85].

Друге, це дефіцит часу, який виявляється в суворому часовому режимі судового розгляду, існуванні чітких процесуальних етапів руху кримінальної (або іншої) справи та процесуальних строків. Саме час визначає певний ритм діяльності і тому психологічно впливає на особистість судді. Судова діяльність чітко обмежується часовими межами, що викликає психологічне напруження. В. Шепитько до дефіциту часу відносить три чинники: кількість і характер злочинів, правопорушень, інших конфліктів, які мало піддаються заздалегідь встановлюваному обліку, звідси – нерівномірна кількість кримінальних та інших справ, що перебувають у провадженні судді в різні періоди; правова регламентація термінів судової діяльності, яка обмежує дії судді і може викликати значні психологічні перевантаження; особистісні якості судді, що належать до самоорганізації його діяльності [202, с. 78]. Дійсно, усім відомою є важлива вимога про дотримання розумних строків судового розгляду, встановлене зокрема Конвенцією та практикою ЄСПЛ. Проте абсолютно очевидно, що

далеко не у кожній справі суддя «творитиме право» (цейтнот у діяльності парламенту ж є поняттям перманентним). А з іншого боку, недоліки у логіці судді, викликані поспіхом, дійсно можуть мати місце, попередженню чого має сприяти принцип колегіальності. Здається, це хіба що не єдиний аргумент на користь визнання правотворчих здатностей суддів саме вищих ланок.

Інстанційність судових органів у судовій системі впливає на обсяг допустимої нормотворчості. Оскільки основною функцією судової влади є здійснення правосуддя і, як уже зазначалося, на початкових стадіях судова правотворча діяльність зводиться до мінімуму, то суди першої ланки можуть найменше впливати на правотворчу функцію держави, а суди найвищої ланки мають найбільше повноважень у цій сфері. Більше того, в правових статусах судів найвищих інстанцій закладені можливості і обмеження щодо узагальнення судової практики і, відповідно, звуження чи розширення правотворчої судової діяльності. Натомість конституційним судам надається право перевіряти відповідність нормативно-правових актів основним законам [152, с. 41].

Отже, дуже вагомим етапом оцінювання суддів є психологічне тестування згідно із Положенням про порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення, затвердженого рішенням Комісії від 3 листопада 2016 року № 143/зп-16, у редакції рішення Комісії від 13 лютого 2018 року № 20/зп-18 [136].

Протягом тестування оцінюються такі морально-психологічні якості кандидатів: загальні здібності, тобто особливості мислення, інтелектуальні здібності, загальна неузгодженість в системі особистості, акцентуації, психопатичні риси характеру, рівень невротизації, емотивності тощо (методика ММРІ-2), відкритість досвіду, сумлінність, екстраверсія, доброзичливість та нейротизм (тест ВРQ-2) і, в решті-решт, доброчесність (тесту HCS Integrity Check). Тобто запроваджені в Україні методики

оцінювання відповідають існуючим стандартам психограми судді, викладеним вище. Це дозволяє вкотре стверджувати про належний рівень як професійної, так і особистої характеристики представників суддівського корпусу, а отже їхнє право здійснювати не лише застосування, але й конкретизацію та розробку правил поведінки для широкого кола осіб. Те, що відрізняє українських служителів Феміди від колег з країн загального права – виборний характер посад останніх, проте, здається, в Україні це питання не на часі, якнайменше на даному етапі становлення рівня правосвідомості та правової культури українського суспільства.

Здається, саме такі нюанси професіограми та психограми суддів є підставою для нормотворчої здатності суддів, зокрема у контексті визнання правової «ваги» або юридичної значущості правоположень, або, мовою англо-американської системи, «*ratio decidendi*».

Як пояснює О. Святоцький в інтерв'ю газеті «Голос України», *Ratio decidendi* (з лат. – підстава для вирішення) – це основна частина рішення суду, що є нормою прецедентного права. Міститься в мотивувальній частині і є стандартом, поясненням, чому саме так було вирішено конкретну справу [169].

Дж. Стоун ще у 1959 році вдавався до дослідження підстав *Ratio decidendi*. говорячи, що для нових проблем нам довелося розібрати те, що вже передбачалося цими основоположними принципами, щоб вирішити миттєвий випадок, ми повинні застосувати ці конкретні основні принципи» [222, с. 597].

Р. Майданик досліджував прецедент в українській правовій системі, і зазначав, що «норма права, або правовий принцип, що використано при винесенні рішення, міститься в мотивувальній частині (*ratio decidendi*) судового рішення, яка становить його нормативну складову і є прецедентом у вузькому значенні слова. Нормативна частина прецеденту містить відповідь на правове питання (питання права), що постало в процесі

вирішення конкретної справи у випадку прогалини чи нечіткості в правовому регулюванні» [84, с. 46].

Ознаки визначають сутність і значення судового прецеденту сформувалися у результаті зближення англо-саксонської та романо-германської правових систем у другій половині XX ст. Р. Майданик узагальнює ознаки прецеденту:

1) визнання прецеденту джерелом права (первинним для англо-саксонського права і вторинним для країн романо-германської правової сім'ї);

2) загальнообов'язковий характер прецеденту як для нижчих судів, так і для всіх інших державних органів і посадових осіб;

3) відносна зв'язаність вищих судових інстанцій своїми рішеннями;

4) нормативний характер судових прецедентів;

5) писаний характер прецеденту;

7) вторинний характер порівняно із законом;

8) спрямованість прецедентів зокрема на заповнення прогалин та усунення неоднозначностей у законодавстві;

9) казуїстичність прецеденту, створення його на підставі вирішення конкретних, поодиноких казусів, випадків;

10) множинність, певна неузгодженість та невпорядкованість прецедентів. Так, судовий прецедент, як правовий засіб, не є ідеальним, має свої певні негативні явища. Але якщо перефразувати слова відомого англійського політика Вінстона Черчилля стосовно демократії – «ця форма правління є найгіршою від усіх інших, але кращої людство ще не придумало. Так само і стосовно судового прецеденту можна висловитися, що кращого засобу чи інструменту правового регулювання правовідносин у суспільстві і державі людство ще не віднайшло» [169].

Відродження в останні роки інтересу правознавців як в академічних колах, так і в сфері професійного суддівського співтовариства до осмислення, дослідження та інтерпретації суті судового рішення і його

місця в системі джерел права підтверджує, на думку М. Марченко, що саме суд як найбільш кваліфікований в юридичному плані і як найбільш динамічний у порівнянні з традиційним законодавцем орган здатний своїми загальними за характером рішеннями компенсувати об'єктивні недоліки закону [95, с. 351–355].

Щоб зрозуміти, що собою являє *ratio decidendi*, як судовий прецедент «створює» норму права і яке його значення в правотворчій і правозастосовній діяльності, слід розглянути традиційну структуру мотивованого судового рішення. Кожне рішення суду (в тому числі англійського) складається з наступних основних частин.

1. Встановлення істотних фактів справи, прямих і похідних. Похідним встановленням фактів є висновки судді, які будуються на підставі прямих, або безпосередньо сприймаються фактів.

2. Виклад правових принципів, які можна застосувати до правових питань, що виникають з конкретних обставин.

3. Висновок, заснований на з'єднанні двох перших дій [111].

Кожен суддя при винесенні мотивованого рішення розглядає обставини справи, аргументи сторін, обговорює відповідні питання права. Для самих сторін і зацікавлених осіб саме третій елемент судового рішення – висновки суду по заявленому вимогу – є основною частиною рішення, так як остаточно визначає їх права й обов'язки щодо підстав позову. Саме висновки суду дають сторонам можливість уникнути повторного розгляду спору. Однак з точки зору доктрини прецеденту найбільш істотним елементом у вирішенні є виклад правових принципів, які можна застосувати до правових питань, що впливають з конкретних обставин справи. Це і є *ratio decidendi*. Саме правова аргументація судді і утворює прецедент. Р. Кросс визначає *ratio decidendi* як будь-яку норму права, що прямо або побічно трактується суддею в якості необхідного кроку в досягненні рішення, включаючи хід його міркувань або обов'язкову частину його вказівки присяжним [111].

У переліку критеріїв верховенства права Венеційської комісії (*Rule of Law Checklist*) йдеться, що «вагомою гарантією об'єктивного, неупередженого й справедливого здійснення суддею правосуддя є його особистісна незалежність, яку визначають не лише Конституція та закон, а й особистість самого судді – рівень його компетентності, моральні якості тощо».

Вияв цього аспекту суддівської незалежності полягає в наступному:

- суддя має здійснювати правосуддя незалежно від власних політичних поглядів і переконань, які не можна заборонити жодними законами (на відміну від заборони приналежності до політичних партій);
- підкорення судді закону, ухваленому відповідно до демократичної процедури, *не означає формального дотримання його букви*, ігнорування загальних принципів права та інших його цінностей, відображених у Конституції, актах міжнародного права та міжнародній судовій практиці, тобто передбачає наявність у судді широкого юридичного світогляду;
- для судді є обов'язковим аргументувати ухвалене ним рішення приписами закону, *загальними принципами права, іншими його цінностями та звіряти рішення з відповідною усталеною судовою практикою*;
- надмірна «нестандартність» судді при ухваленні власних рішень може призводити до порушення одного з важливих принципів судочинства, згідно з яким для однакових справ доконечним є ухвалення однакових рішень, що є неодмінною умовою єдності судової практики й ефективності судочинства;
- будь-яку свою участь у позасудовій професійній юридичній діяльності, зокрема в різних експертних установах та інститутах, суддя має оцінювати так, щоб це не суперечило незалежному виконанню головної судової функції – здійсненню об'єктивного, неупередженого й справедливого правосуддя. Сказане свідчить про те, що незалежність суду

й суддів визначають не лише досконалість законодавчої бази, яка відповідає сучасним загальносвітовим та європейським цінностям і стандартам, що на них базується судоустрій і судочинство, а й ступінь розвиненості громадянського суспільства, рівень правничої культури в представників законодавчої та виконавчої влади і самого суддівського корпусу [220].

Здається, більшість перерахованих складників верховенства права у частині доступу до правосуддя доводить, що саме психограма судді (у самому загальному сенсі «наявність у судді широкого юридичного світогляду») є підставою довіри до судової влади й презумпції правомірності *ratio decidendi*.

Ratio decidendi можна визнати як те саме правоположення, правову або юридичну позицію, про які йшлося раніше, тобто це та частина судового рішення (мотивувальної частини), на якій започатковано вирішення спору.

Саме так трактує теорію судового прецеденту Р. Майданик, який, на думку професора, є формою судової правотворчості, що ґрунтується на судовому рішенні, точніше на мотивувальній частині суду, де формулюються суддівські стандарти-пояснення, чому саме так вирішена справа, які за своїм характером є новими правоположеннями або правовими позиціями, що стають обов'язковими при прийнятті аналогічних рішень [84, с. 46].

Два інших елемента судового рішення не становлять прецеденту. Але не всі «правоположення», сформульовані суддею в ході обговорення, будуть *ratio decidendi*, а виключно розцінені суддею в якості безпосередньо необхідних для свого рішення. Решта відносяться до *obiter dictum* (попутно сказаного). Коли відповідно до англійської доктрини *stare decisis* суддя зобов'язаний слідувати прецеденту, він застосовує *ratio decidendi* цього прецеденту, навіть якщо він повністю не згоден з ним. Тій частині рішення, яка є *dictum*, теж завжди слідує, але вона має силу прецеденту лише переконливої дії. На практиці *dicta* більшою мірою переконливості часто не

відрізняються від висловлювань, які можна прийняти за *ratio decidendi* [111].

Виведення «правоположення» з фактів, викладених судом в певному порядку після їх розгляду, становить характерну особливість процесу обговорення *ratio decidendi*. З цієї точки зору обраний судом порядок можна вважати висновком з силогізму, де згруповані факти складають малу посилку, а передбачуване на їх основі «правоположення» – велику, а висновок цього дедуктивного міркування – рішення суду по конкретній справі. Проте застосування до обставин справи норми права в рамках дедуктивного умовиводу представляє певні складності, тому що існують труднощі перевірки силогізму, заснованого на застосуванні правової норми, за допомогою аналізу, тобто спричинить заперечення укладення заперечення тієї чи іншої посилки [111].

Отже, *ratio decidendi* передбачає не лише володіння суддею нормативною базою, а й спроможність робити умовиводи з силогізмів, дотримуючись правил формальної логіки, розуміючи сутність істинності. Здається, що поширення визнання у багатьох країнах усталеної судової практики, прецедентного права свідчить про довіру до представників суддівського корпусу, і така максимальна компетентність суб'єкту нормотворчості безумовно є визначальною характеристикою, ознакою судової правотворчості.

Таким чином на підставі аналізу існуючих у науковій площині підходів до виокремлення ознак судової правотворчості зроблено висновок, що більшість з них мало чим відрізняються від ознак правотворчості у цілому (як то вказівка на специфічний суб'єкт судової правотворчості – суддю або суд – є не більш ніж частковим прикладом ознаки організаційної спрямованості правотворчості). З огляду на це уточнено перелік ознак судової правотворчості шляхом виокремлення більш конкретних й специфічних ознак, які дозволяють розкрити її сутність, а отже сприяють

утвердженню у суспільній правосвідомості «правильного» розуміння цього феномену та його юридичних наслідків.

Однією з провідних ознак судової правотворчості є її вторинний (субсидіарний) характер, невід’ємна її характеристика, що пояснюється ієрархією функцій судової влади, серед яких першочерговими є правозастосування, поновлення порушених прав, забезпечення справедливості, і полягає в «активації» суддями функції правотворця у чітко зрозумілих межах, якщо у інакший спосіб забезпечення справедливого правосуддя виявляється неможливим.

До інших важливих ознак судової правотворчості належать: її детермінованість характером конкретних справ, що вирішуються (правова позиція суду завжди більш конкретна на відміну від законодавчих правових норм); відсутність відповідного ініціювання з боку суду, тобто суд до певного моменту пасивний; об’єктивний характер судового розсуду, обумовлений рядом причин, в тому числі наявними прогалинами в законі і в праві; множинність способів її здійснення, до яких можна віднести інтерпретацію, конкретизацію оціночних понять і термінів, застосування аналогії закону і аналогії права, судовий нормоконтроль; специфічний суб’єкт саме у сенсі гідного рівня правосвідомості суддів, який дозволяє очікувати на позитивний результат їхньої професійної діяльності, як у правозастосуванні, так і від реалізації певних правомочностей нормотворця; прагнення до правової визначеності, єдності судової практики, проте не всупереч розвитку судової практики; особливі максимально різноманітні форми судової правотворчості.

Судова правотворчість у країнах континентального типу правової системи є різновидом тлумачення права (або ж роз’яснення права), на яке потребує процес застосування права. Коли приписи закону не є однозначними, потребують на уточнення, суд змушений виходити за межі його буквального сприйняття (зокрема, коли в законі містяться оціночні поняття чи невичерпні переліки, тощо). Тобто суддя не стільки вибирає

норму права, а обирає один з варіантів її тлумачення, що, здається, є проявом судової правотворчості.

1.3. Судова правотворчість у системі джерел права та правовій системі України

Розвиток правової системи України триває, обрана незалежною Україною модель континентальної правової системи зазнає змін, зростає роль альтернативних джерел права на тлі конвергенції різних правових систем. Водночас право сучасної України переживає період входження в європейський правовий простір, міжнародний правопорядок також зазнає трансформацій, поглиблюються світові глобалізаційні процеси. З огляду на такі тенденції проблематика зовнішніх форм права, їх диференціації та узгодження всередині системи джерел права потребує на теоретико-методологічне опрацювання.

У зарубіжній і вітчизняній юридичній науці питанням джерел права, їх класифікації та систематизації приділено достатню увагу, зокрема, у працях Ж.-Л. Бержеля, В. Буткевича, Р. Давіда, К. Кармазіної, Р. Леже, Л. Луць, М. Марченка, К. Осаке, Н. Пархоменко, А. Саїдова, Р. Тополевського та ін. Проте значно суттєвішою на сьогодні здається проблема зіставлення та узгодження систем джерел права та законодавства з огляду на необхідність їх взаємоузгодження, уточнення юридичної сили складових, диференціацію сфер застосування [67].

Надзвичайно знаковою і показовою подією у сфері конституційного будівництва нашої держави є внесення змін до Конституції України щодо правосуддя, які набули чинності 30 вересня 2016 року. Зазнала оновлення зокрема стаття 129 Конституції, яка в попередній редакції встановлювала, що «судді під час здійснення правосуддя керуються лише *законом*». Вказана норма поступилася місцем законодавчій конструкції, яка закликає суддів керуватися *верховенством права*, і це, здається, хоча б на засадничому,

базовому рівні має сприяти переорієнтації усілякої державної діяльності саме на забезпечення прав людини та інтересів громадянського суспільства в цілому. Водночас це не означає, що закон перестав бути обов'язковим для суддів, як і для інших правозастосовних органів, і його можна ігнорувати. Означений підхід спрямований на розширення арсеналу правозахисних засобів з метою досягнення справедливості та запобігання застосуванню неправових законів.

Отже, роль законодавства залишається провідною, натомість посилюється значення і так звана в науці «питома вага» альтернативних джерел права. За словами М. Савчина, сьогодні спостерігається плюралізм джерел конституційного права, оскільки це пов'язано із конвергенцією національних правових систем, гетерогенністю самого конституційного права, яке знає різні правові засоби формування юридичних конструкцій, правил і процедур [167, с. 10]. Варто погодитися також з юснатуралістським підходом, висловленим стосовно досліджуваного питання А. Зайцем, що джерело конституційного права не можна пов'язувати у дусі позитивізму лише із волею суверена. Суверен при творенні правових норм також є пов'язаний правом [49, с. 58]. Отже, як доводиться у науковій статті автора поточного дослідження, поняття джерел права не вичерпується нормативно-правовими актами, виданими компетентними особами держави, ця категорія є значно ширшою і складніше структурованою [67].

В основу класифікації джерел права можуть покладатися різноманітні критерії (юридична сила, соціальна значущість, ступінь поширеності серед інших джерел права), але абсолютно справедливою здається позиція О. Мурашина, що найбільш прийнятним є використання саме системного підходу, який орієнтує на вивчення та пізнання всієї сукупності складних та ієрархічних зв'язків між ними, виявлення шляхів їх систематизації і побудови цілісної, логічно завершеної системи джерел права. Таку систему автор називає «необхідною передумовою для виконання функцій та забезпечення правопорядку у державі, адже регулятивна та стабілізуюча

роль права можлива тільки за умови існування чіткої системи джерел права. Не розрізнена сукупність актів різних органів і суб'єктів, а системно організований «нормативний масив» має перебувати в полі зору і вчених, і практиків [106, с. 61].

Н. Пархоменко зазначає, що як складноорганізована система, система юридичних джерел права має певні властивості, а саме: складається з багатьох різнорідних частин – підсистем джерел права; має здатність до змін унаслідок впливу, як з боку інших підсистем правової системи, так і з боку нормоутворених джерел права; у процесі функціонування завдяки системним зв'язкам виявляються нові принципи правоположення, які прямо не закріплені в юридичних джерелах права; охоплює ієрархічну та горизонтальну (галузеву) структуру; характеризується внутрішньою узгодженістю [116, с. 183].

З цього можна зробити висновок, що система права є поліструктурним явищем, а система законодавства як сукупність нормативно-правових актів є однією з підсистем системи джерел права, поруч із якою існує багато інших різнорідних частин. При цьому варто підкреслити, що елементи системи джерел права існують не відокремлено, а будуються на підставі певних принципів, які дозволяють системі джерел права мати цілісний вигляд [67].

На думку Н. Пархоменко можна виокремити такі принципи побудови системи джерел права: структурність, системність, ієрархічність, і саме на підставі цих принципів формуються, діють та удосконалюються її підсистеми: нормативно-правових актів, нормативно-правових договорів, правових прецедентів, правових звичаїв та правових принципів [127, с. 617–618].

З названих принципів особливу значущість має саме ієрархічність, адже це принцип побудови системи джерел права в межах правової системи, що зумовлюється змістом та обсягом повноважень суб'єктів правотворчості, є вираженням різної юридичної сили окремих видів джерел

права і пов'язаною з цим субординацією джерел права в їх цілісній системі [129, с. 9, 96]. Така позиція дозволяє говорити про те, що ефективність законодавства прямо залежить від рівня реалізації принципу верховенства закону як засобу взаємоузгодження правових актів між собою за умови верховенства Конституції України.

Не повністю погоджується із цим М. Савчин, який вважає, що у системі джерел конституційного права також спостерігається синергетика, яка зумовлена тим, що не можна зводити співвідношення видів цих джерел права до їх ієрархії. Синергія джерел конституційного права полягає в тому, – стверджує автор, – що за комплексним критерієм головним джерелом конституційного права визнається власне конституція, яка засновує ієрархію нормативно-правових актів, які регулюють конституційні правовідносини, в якості джерел конституційного права. Похідними від конституції автор називає усталену судову практику (зокрема, юриспруденцію конституційних судів або конституційних рад), міжнародно-правові акти та загальновизнані принципи міжнародного права, доктрину та звичаї [167, с.16].

Здається, що сприйняття системи джерел права як цілісного організму без виявлення її вертикальної побудови, ієрархії, підпорядкованості різних джерел один одному, може призвести до поглиблення суспільних суперечностей, провокації суспільних конфліктів, розірвання системоутворюючих зв'язків, через що система джерел права розпадається на низку слабопов'язаних між собою уламків, позбувається своєї особливої функції, дестабілізує суспільство, гальмує соціальний розвиток [184, с. 81]. І навпаки, чітке усвідомлення суб'єктами правовідносин принципів правозастосування, передбачуваність обрання правових приписів, що діють в конкретній ситуації, сприятиме розвитку суспільства на основі верховенства права, динаміці відкритої правової системи, що і забезпечуватиме її цілісність [67].

Таким чином, сучасний стан доктринального вивчення питання про джерела (форми) права дає підстави для розуміння системи джерел права як складної неоднорідної організації з багатьох складників, що характеризуються вертикальним та горизонтальним типом співвідношення, отже є складно організованою і охоплює низку підсистем (по аналогії з підгалуззями у системі права).

За термінологією В. Клабана, система законодавства, тобто закони і підзаконні нормативно-правові акти України, у системі джерел права утворюють нормативно-актну її підсистему. При цьому існує думка, що серед різних видів джерел конституційного права, які відтворюють багаторівневу систему конституційного права, для України на сьогодні актуальною є система чинного конституційного законодавства, стрижнем якої є, безсумнівно, Конституція України [59, с. 25]

Нормативно-актна підсистема, напевно, є однією з найзрозуміліших для сприйняття континентальною правосвідомістю, характеризується чіткою загальновизнаною ієрархією – починаючи з Конституції як основного Закону, віддаючи друг сходинку міжнародним договорам (як зазначає К. Кармазіна, вони не можуть мати вищої юридичної сили щодо відповідних підзаконних актів України [57, с. 103]), після них – закони (кодекси), підзаконні акти, локальні акти. Крім того, навіть серед нормативно-правових актів однієї юридичної сили є правила вирішення колізій та конкуренції (наприклад, спеціальний характер або пізніша дата прийняття). Натомість В. Клабан констатує нестабільність системи законодавства, зниження її авторитетності, підвищення інфляції законодавчих приписів. На думку автора, престиж та авторитетність законів знижує, зокрема, величезна кількість підзаконних нормативно-правових актів, які часто містять дублетні положення, прогалини та інші деформації, а інколи їх приймають не для конкретизації змісту закону, а для самостійного регулювання суспільних відносин, що суперечить їхній юридичній природі та меті і значущості в системі нормативно-правових

актів України [59, с. 27]. Можна погодитися, що нормативно-актна підсистема насправді несистематизована, переобтяжена різноманітними формами нормативно-правових актів, взаємодія яких ускладнюється відсутністю спеціального Закону про нормативно-правові акти.

Конституційний Суд України характеризує закони як акти встановленої конституцією законодавчої влади, що «зумовлює їх субординацію відносно Конституції України» [162], «Конституція України як головне джерело національної правової системи є... базою поточного законодавства, яке конкретизує закріплені в Основному Законі положення» [161]. Також Суд сформулював висновок, що у «правовій державі існує сувора ієрархія нормативних актів, відповідно до якої постанови та інші рішення органів виконавчої влади мають підзаконний характер і не повинні викривляти сутність і зміст законів» [163].

Цікавою з цього приводу є також практика Європейського суду з прав людини. Як було зазначено у справі «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства, комісія і Суд встановили дві основні вимоги, які забезпечують дотримання законності: по-перше, «закон» повинен бути достатньо доступним, по-друге, норму не можна розглядати як «закон» до тих пір, поки вона не отримує відповідних чітких формулювань для того, щоб громадяни могли узгоджувати з нею свою поведінку [168]. Тобто, для визнання дій або заходів з боку держави, що були «вжиті згідно із законом» в термінах Конвенції, вони мають бути одночасно доступними та передбачуваними [29, с.65]. На жаль, сучасний стан українського законодавства, не забезпечує передбачуваності та правової визначеності нормативно-правових актів, що його складають [67]. Здається, якщо не всі, то хоча б низка з перерахованих та інших проблем могла б бути вирішеною за допомогою прийняття Закону України «Про нормативно-правові акти».

У статті, яка більш детально вивчає систему джерел сучасного українського права, автор демонструє, що у сучасній правовій науці питання запровадження в Україні судового прецеденту як джерела права

стає дедалі більш популярним, проте погляди вчених неоднозначні: більшість сучасних учених, загалом вважаючи це недоцільним чи неприпустимим, визнають збільшення його проявів у вітчизняній правовій системі. Однак тут варто говорити не про власне судовий прецедент, запозичений із системи англо-американського права, а про прояви суддівської правотворчості в межах романо-германської правової системи [67].

Як сформулювала у своєму виступі доктор юридичних наук Л. Луць на науково-практичному семінарі «Проблеми розвитку судової практики та перспективи становлення судового прецеденту в Україні», ще у 2005 році, потреба у створенні судових прецедентів, які б доповнювали діючі закони, на даний час в Україні існує. Це б дозволило надати гнучкості системі джерел права, престижності закону (за рахунок його стійкості, незмінюваності протягом більш тривалого часу); «розвантажити» суб'єкта законотворення. Нормативно-правовими прецедентами (джерелами права) могли б стати рішення Конституційного Суду України та Верховного Суду, які винесені в результаті розгляду конкретної справи, в ході якої виявлено прогалину в діючому законодавстві і виникла потреба у створенні додаткової або конкретизуючої норми [81, с. 15].

В Україні формами суддівської правотворчості здебільшого визнаються видані Пленумом Верховного Суду «інтерпретаційні акти, які містять нормативні приписи» [56, с. 6], а також рішення Конституційного Суду України щодо визнання правових актів неконституційними та офіційного тлумачення Конституції України та практика Європейського суду з прав людини, що визнана в Україні джерелом права. Як вже було обґрунтовано вище, даний підхід здається дещо застарілим, адже завдяки поступовому сприйняттю практики Конституційного Суду України та Європейського суду як джерел права, дозволило прецедентним проява прокласти собі шлях до правової реальності України через правосвідомість науковців, практиків, у меншій мірі – пересічних громадян. А. Стрижак

зазначив, що правові позиції Конституційного Суду України можуть і повинні застосовуватися як прецеденти де-факто [180, с. 16].

Отже, повністю відштовхувати ідею розширення системи джерел права України за рахунок прецедентного права було б безглуздо. Краще погодитися із даною тезою і відшукати модель узгодження нових, ще не звичних нашої правосвідомості джерел із традиційними підсистемами, зокрема, системою законодавства. Наприклад, С. Шевчук називає певним еквівалентом англосаксонської доктрини дії прецедентного права (*stare decisis*) у країнах романо-германської правової сім'ї концепцію «усталеної судової практики» (*jurisprudence constante*), за якою «низка раніше прийнятих та узгоджених судових рішень розглядається як переконливий доказ правильного тлумачення правової норми [199, с. 566]. Здається за доцільне визнати у якості переконливого доказу вірного тлумачення і застосування норми права юридичні (правові) позиції Верховного Суду, Конституційного Суду України та Європейського суду з прав людини, які дають поштовх прийняттю відповідних передбачуваних судових рішень, а отже слугують забезпеченню єдності судової практики, але не обмежуватися цим і врегулювати окремі аспекти судової правотворчості інших ланок судової системи.

Здається, поступове визнання країнами континентального права судової правотворчості є символом та свідченням наближення, конвергенції правових систем у світі, і ця тенденція є схвальною.

Наприклад, щодо прецеденту у Франції було висловлено думку: «У Франції немає офіційної обов'язковості попередніх судових рішень. Можна навіть стверджувати, що існує протилежне правило: забороняється слідувати за прецедентом лише тому, що він є прецедентом» [209].

Стаття 455 Цивільно-процесуального кодексу Франції вимагає від судів пояснення мотивів своїх рішень та постановлення судового рішення, заснованого виключно на прецеденті, незаконним [109]. Незважаючи на відсутність обов'язкових «прецедентів», рішення вищих судів у

французькій судовій системі, безумовно, мають силу для нижчих судів, рішення яких можуть бути оскаржені до тих самих судів. Ці нижчі суди повинні провести власний аналіз справ, які вони подаються їм у світлі діючого законодавства, але вони вирішують справи, знаючи, що вищий суд може їх скасувати, якщо вони вирішать таким чином, що не суперечить попереднім рішенням вищого суду. Таким чином, рішення вищих судів можуть надавати «авторитетний аргумент» нижчим судам щодо тлумачення прийнятого закону, хоча нижчий суд не має юридичного зобов'язання слідувати цьому аргументу. Цей спосіб надання прецеденту важливої ролі, хоча і не дозволяє йому пов'язувати суди, був описаний як створення «фактичного зобов'язання» слідувати за прецедентами, що впливає з ієрархії в судовій системі. Французькі суди зобов'язані слідувати лише офіційним джерелам права – Конституції, Європейському законодавству, статутам та кодексам, – хоча навіть у судах часто цитуються прецеденти, щоб пояснити, як тлумачити та застосовувати ці джерела. Таким чином, ці справи, що тлумачать статuti, багато в чому стали фактичним джерелом права для нижчих судів, оскільки вони представляють прийняте тлумачення статутів.

Незважаючи на відсутність обов'язкових «прецедентів», рішення вищих судів в італійській судовій системі, безумовно, мають великий вплив і є переконливими для нижчих судів, рішення яких можуть бути оскаржені до тих самих судів. Ці нижчі суди можуть зайняти іншу позицію з правового питання; однак, від них очікується адекватне пояснення причин нехтування рішенням вищого суду, якщо вони вирішать не виконувати попередні рішення.

Однак стаття 1 (6) Цивільного Кодексу визнає, що юриспруденція судів слугує доповненням правового порядку доктриною, яка постійно може встановлюватися Верховним Судом у своєму тлумаченні законодавства, звичаї та загальні принципи права [214].

Зрозуміло, що без судового тлумачення не може бути реалізації правових норм, «не надати суду право тлумачити означало б відібрати у нього можливість застосовувати закон» [38, с. 7; 195]. Як правильно зауважує М. Сірий, судове тлумачення є обов'язковою складовою діяльності судів усіх рівнів. Але якщо місцеві суди вирішують питання як факту, так і права, то суди вищі, касаційні розглядають питання правильності розуміння та застосування правових норм. Тлумачення касаційної інстанції, що відбувається в порядку касаційного перегляду судових рішень, завжди передбачає дві мети, а саме: визначення правової основи для вирішення конкретної справи і, водночас, визначення для судової практики шляхів вирішення подібних правових питань [173, с. 8].

Визначення судами змісту фундаментальних прав і свобод у процесі їх захисту стало можливим завдяки рецепції ціннісного типу права як результату антиформалістської (антипозитивістської) європейської правової революції, що відбулася у другій половині XX століття. Тоді ці права людини й основні свободи були закріплені не лише у нормах Конвенції та конституцій європейських країн, а й отримали найвищу юридичну силу, пряму дію та гарантію безпосереднього звернення до суду з метою їх захисту [200, с. 125].

Причому в судовій діяльності розрізняють тлумачення та заповнення прогалин. Тлумачення надає правовому тексту певного значення, тоді як під час заповнення прогалин текст «розтягується» за аналогією, тобто поширюється для вирішення проблем за попередньої відсутності норми. Важко провести чітку межу між тлумаченням та суддівською правотворчістю, оскільки в обох випадках присутній творчий елемент вибору та створення шляхом цього тлумачення нової правової реальності. [199, с.103].

Конституція Індії надає повноваження законодавчому органу приймати закон, в той час як судова влада має право перевірити конституційність закону, прийнятого законодавчим органом. Суди також

вирішують питання про права та обов'язки громадян і далі тлумачать положення Конституції та інших статутів [223, с. 114].

Через ці процеси суди створюють нові права для громадян. Цією вправою судова влада вносить доповнення до чинного законодавства країни. Стверджується, що, роблячи це, судді фактично приймають закон. Є два погляди на це питання. Перша група правознавців говорить, що судді не приймають закон, а просто декларують існуючий закон. Друга група юристів говорить, що судді дійсно приймають закон.

Юристи, як Едвард Кокс та Метью Хейл (*Edward Coke and Mathew Hale*), вважають, що судді не приймають закон. За їх словами, судові рішення не є джерелом права, але вони є просто доказом того, що є законом. Судді не є правозахисниками, але вони відкривають закон. У той же час правознавці на зразок Дайсі, Грей, Салмонд (*Dicey, Gray, Salmond*) вважають, що судді приймають закон. Вони дотримуються думки, що судді, тлумачачи закон, прийнятий законодавчими органами, вносять свій внесок у існуючий закон. Значна частина англійського закону – це суддівське право [216].

Наведені вище аргументи здаються взаємодоповнюючими. Можна зробити висновок, що судді не приймають закон так, як це роблять законодавчі органи. Судді працюють над певним правовим матеріалом, прийнятим законодавчим органом як закон. Декларуючи закон, судді тлумачать «законодавство», про яке йде мова, і грають творчу роль. Цією творчою роллю судді зробили вагомий внесок у розвиток права.

В індійському контексті колишні судді Верховного суду Індії *P.N. Bhagwati* та *Krishna Iyer* розширили значення та сферу застосування різних положень Конституції шляхом їх творчого тлумачення юридичного тексту. Верховний Суд теж у ролі активіста створив багато нових прав, таких як: право на приватне життя, право на проживання у забрудненому середовищі, право на існування тощо [216].

Право на освіту отримало значний імпульс протягом останнього десятиліття в результаті злагоджених зусиль багатьох груп та відомств задля того, щоб усі діти в Індії отримували хоча б мінімальну освіту, незалежно від їхнього соціально-економічного статусу та їхньої здатності платити за освіту, в ситуації постійного зубожіння та стирання основних потреб. Певним чином, право на освіту – це кульмінація зусиль, зроблених можливим судовим шляхом тлумачення та поправок до Конституції [223].

Ці нові права були створені лише шляхом тлумачення статті 21 (Право на життя) Конституції Індії. Ці права, розроблені судами, ні в якому сенсі не є меншими за закони, прийняті законодавчими органами. Тому можна зробити висновок, що судові прецеденти є важливими джерелами права в сучасному суспільстві, і судді відіграють значну роль у законотворчості [216, с. 115].

З метою зміцнення стабільності правопорядку судова практика намагається уточнювати норми, сформульовані найбільш загальним чином. Крім того, суди здійснюють контроль над тим, як нижчі суди тлумачать норми. У цих умовах норма, створена законодавцем, – це не більше ніж ядро, навколо якого обертаються вторинні правові норми (створені судами у процесі тлумачення)». Як підкреслює з цього приводу німецький науковець О. Германн, «є всі підстави вважати, що законодавець, використавши формули без уточнення їх точного змісту, тим самим надав повноваження на вільний (суддівський) додатковий пошук у межах закону. Цей вільний пошук потребує від суддів самостійних ціннісних суджень, що не можуть бути виведені з позитивного права» [213, с.106–107].

Причому в літературі слушно зазначається, що для наявності судової правотворчості недостатньо простого посилання на формальні джерела права (закон, кодекс, міжнародний договір) або «простого нормозастосування» (застосування чітких та однозначних для розуміння норм права), позаяк суд має здійснювати для цього розширене тлумачення,

або виявляє з первинних норм права їх додатковий зміст, який прямо не передбачений у текстах нормативно-правових актів [84, с. 46].

У розвиненій правовій системі, коли суддя вирішує справу, він прагне, по-перше, досягти справедливості у конкретній ситуації, і, по-друге, досягти її відповідно до закону – тобто на підставах та в порядку, передбаченому законом. Потрібно визнати, стверджує Р. Паунд, що сувора теорія минулого століття заперечувала першу пропозицію, задумуючи, що судова функція починається і закінчується застосуванням до встановленої сукупності фактів жорстко визначеної юридичної формули, яка остаточно прописана як така або точно виведена з авторизованих передумов. На щастя, навіть у розпал правління цієї теорії ми не практикували те, що проповідували. Суди не могли забути, що вони здійснюють правосуддя, і найбільше, що могла зробити така теорія, це заважати судовому інстинкту шукати справедливого результату. Праці наших адвокатських асоціацій та мемуари наших суддів, написані адвокатами, повні доказів того, як непрофесіонал та адвокат висловлюються сильному судді, який знав, як використовувати заповіді закону для просування справедливості у конкретній справі [217, с. 940].

Актуальність досліджуваних питань підтверджується постійним інтересом науковців та практиків, який дає підстави для організації численних конференцій та круглих столів на відповідну тематику. До наведених вище прикладів подібних заходів можна додати ще один, який відбувся 4–25 листопада 2016 року у м. Києві, а саме міжнародну конференцію «Судова правотворчість у механізмі забезпечення принципу верховенства права в умовах реформування правосуддя», проведену Верховним Судом України спільно з Національною академією правових наук України, Київським Національним університетом імені Тараса Шевченка у співробітництві з німецьким фондом міжнародного правового співробітництва (IRZ), проектом Координатора проектів ОБСЄ в Україні «Гарантування дотримання прав людини при здійсненні правосуддя» за фінансової підтримки уряду Канади, проектом РЄ «Підтримка

впровадженню судової реформи в Україні», спільним проектом ЄС/РЄ «Консолідація розробки реформ у сфері юстиції в Україні», проектом ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні» та консультативною місією Європейського Союзу (КМЄС) в Україні» [27].

Президент Національної академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор Олександр Петришин у своєму виступі «Судова практика як джерело права» зосередив увагу на важливості ролі судової практики та судового прецеденту у процесі розвитку сучасного громадянського суспільства в Україні та зазначив, що Верховний Суд України відіграє визначну роль у забезпеченні єдності судової практики, яка фактично стає джерелом права України. Про проблематику сучасних підходів до розширення системи джерел права у своїй доповіді поінформувала доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу теорії держави і права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України Наталія Оніщенко, яка розкрила сучасні підходи до розширення системи джерел права та зазначила, що основним критерієм у підході до визначення джерел права лежить концепція забезпечення прав людини у суспільному розумінні [27]. Остання теза здається надзвичайно влучною, актуальною та своєчасною.

Варто підкреслити, що вразливість позиції про обмеження судової правотворчості в Україні практикою вищих судових органів є підступною не лише з точки зору позбавлення судів нижчих ланок нормотворчої здатності, але й помилковим розповсюдженням джерельної природи на усі акти вищих судів. Проте практика вищих судових органів є джерелом права лише тоді, коли в судовому акті: закріплені положення, що роз'яснюють специфіку застосування нормативних актів; вироблені нові правові правила матеріального і/або процесуального характеру; дано тлумачення правової норми; сформульовано правову позицію, якою подолано прогалину, дефект або колізію в нормативно-правовому акті [176, с. 3].

Також авторка зазначає, що у правовій системі України нормотворча функція органів судової влади офіційно не закріплена, проте вищі судові органи поряд з тлумаченням правових норм і їх застосуванням фактично здійснюють нормотворчу функцію. Розглянуто судову нормотворчість як вироблення вищими судовими органами загальних норм правового регулювання, тлумачення норм в процесі своєї діяльності із закріпленням цих результатів в судовому акті [176, с. 3].

Окремої уваги з точки зору судової нормотворчості та місця у системі джерел права потребує питання правової природи Постанов Пленуму Верховного Суду України. Триваючі дискусії стосовно визнання їх джерелом права не мають суттєвого значення для практики, адже кожен представник суддівського корпусу прекрасно усвідомлює, роз'яснення Верховного Суду враховуються, і тут навряд чи варто сперечатися.

Права Н. Слотвінська, коли зазначає, що авторитет і значення роз'яснень Верховного Суду, прийнятих у формі постанов Пленуму, були завжди значними у весь період існування Суду, оскільки поодинокі рішення суду обходилося без підкріплення своєї позиції посиланням на відповідні постанови Пленуму Верховного Суду СРСР, чи УРСР, чи України. Протягом всієї своєї історії залишається в теорії дискусійним питання про визнання постанов Пленуму Верховного Суду джерелами права [176, с. 9]. Проте вченою у дисертації надані поетапні спростування всіх основних наукових аргументів проти такого визнання, на його захист яскраво свідчить сама практика Верховного Суду, адже «за певних часів пануючої законодавчої запущеності, Пленум фактично поповнював прогалини в праві шляхом керівних вказівок (роз'яснень), які при подальшій кодифікації законодавства були повністю чи частково запозичені законодавцем. Роз'яснення, які містяться в постановах Пленуму Верховного Суду, не є судовими прецедентами в класичному варіанті загального права. Однак, той факт, що постанови Пленуму не є судовими прецедентами, не свідчить в свою чергу, що вони не є джерелами права, в яких містяться нові

правоположення. Такі нові правоположення, що вироблені судовою практикою, узагальнені на пленарних засіданнях і викладені в постановах Пленуму як у джерелах права містяться в таких двох групах постанов: а) створення прецеденту тлумачення норм права шляхом різних видів конкретизації; б) усунення прогалин у тих галузях права, де допускається використання аналогії права та/чи аналогії закону [176, с. 9–10]. Отже, бачимо знову використання словосполучення «прецедент тлумачення права», який, здається на сучасному етапі найбільшою мірою придатний для характеристики стану судової правотворчості в Україні, про що йтиметься трохи згодом.

Не можна також не зазирнути наперед, і у цьому контексті знову цікавість становлять наукові гіпотези Н. Слотвінської, яка дослідила основні тенденції розвитку судової практики як джерела права в Україні, і наголошує, що роль і значення судової практики не повинні зводитися лише до забезпечення однакового застосування судами положень законодавства. Верховний Суд має і може здійснити активний вплив на зміст законодавства, оскільки в положеннях і роз'ясненнях судової практики деталізуються недоліки нормативно-правових актів, і водночас, знаходять свій прояв оптимальні варіанти їх подолання. У разі розбіжностей в правових позиціях вищих спеціалізованих судів і ВСУ, викладених в їх рекомендаційних роз'ясненнях, судам відповідної юрисдикції належить враховувати правові позиції Пленуму ВСУ. З метою підвищення ефективності впливу судової практики на вирішення проблем застосування положень цивільного, господарського, адміністративного та кримінального законодавства, доцільно прийняти відповідну постанову Верховного Суду, поклавши в її основу правові позиції як Верховного Суду України так і Вищих спеціалізованих судів України [176, с. 10].

Отже, можна погодитися, що акти вищих судових органів в сучасній Україні є важливим засобом врегулювання правовідносин, що характеризується наявністю ознак прецедентного права. Але судова

практика вищих судових органів є джерелом права не завжди. Так само, як не лише вищі судові органи мають змогу «творити право», здається, у певних межах і порівняно менших масштабах цю здатність треба визнати за судами усіх рівнів. Дефіцит часу як негативна тенденція судової правотворчості, описана у попередніх пунктах, зокрема спричинена навантаженням на суддів (над чим можна і треба працювати з метою вирішення цієї проблеми) та вимогою про дотримання розумних строків судового розгляду, встановлена Конвенцією та практикою ЄСПЛ (якої треба безумовно дотримуватися), це хіба що не єдиний аргумент на користь визнання правотворчих здатностей суддів саме вищих ланок з огляду на їх колегіальну структуру, яка має допомогти подолати похибки у логічних операціях судді, спричинені саме поспіхом. Проте це не означає повне виключення нормотворчої здатності суддів усіх ланок у вигляді правоконкретизації.

Особливість судової практики як джерела права, створеної вищими судовими органами, визначається її прецедентним характером, спрямованим на регулювання суспільних відносин.

Не можна не враховувати певні особливості норм прецедентного права, зокрема, притаманний їм «низький рівень системності та високий ступінь нормативності». Б. Малишев детально з'ясував, що процесу безпосереднього застосування норми прецедентного права передують дві дії: а) пошук прецеденту (найчастіше кількох) вирішення спору за схожими обставинами; б) виокремлення норми з тексту прецеденту. Застосування норми прецедентного права відрізняється від застосування норми закону за «напрямом» здійснення всіх операцій. Вплив норми закону на спірну ситуацію має вертикальний характер, оскільки норма містить абстрактний припис із побічною вказівкою на коло відносин та суб'єктів, які підпадають під її дію, таким чином, її диспозиція поширюється на досить невизначену сферу конкретних ситуацій. Натомість прецедентна норма має горизонтальний характер взаємозв'язків з об'єктом свого регулювання,

оскільки останнє здійснюється за принципом «від прецеденту до прецеденту». Приписи прецедентного права не лише базуються на спірних ситуаціях, а й виникають у результаті їх судового вирішення. Тому прецедент не тільки містить норму права, а пропонує ще і приклад її застосування до конкретних фактів та обставин [90].

Е. Уембо запропонував знаменитий метод інверсії для визначення того, яке з даних положень є *ratio decidendi*, стверджуючи, що *ratio decidendi* – загальне правило, без якого будь-яка справа було б вирішена по-іншому. Суть даного методу полягає в тому, що спочатку суддя повинен ретельно сформулювати передбачуване правоположення, потім підмінити це положення його реверсивним (протилежним) значенням, потім постаратися зрозуміти, чи міг суд, прийнявши це нове положення, винести таке ж рішення. Якщо відповідь буде позитивною, то тоді, як би не було точно сформульовано початкове правоположення, справа не буде прецедентом, а при негативній відповіді – буде. Коли прецедент відноситься тільки до одного питання права, *ratio decidendi* має бути загальною нормою, без якої справа вирішувалося б інакше. Правоположення, яке не є *ratio decidendi* за методом Уембо, буде вважатися *dictum*. Отже, за методом Уембо *ratio decidendi* є тим правоположенням, що, як вважає суд, має бути необхідним для прийнятого ним рішення. Але на практиці визначити, яке ж правоположення суд вважав за необхідне для свого рішення, дуже складно. У цьому полягає негативний момент даного методу. Цінність же його полягає в тому, що він представляє надійний спосіб зрозуміти, що не є *ratio decidendi* [111].

Таким чином, при вирішенні конкретних справ судді завжди обговорюють *ratio decidendi* вирішених справ, аналогічних даних справ. Вони зобов'язані слідувати прецеденту, що міститься в попередніх справах, якщо знайдуть ці справи аналогічними. Але коли говорять «суд зобов'язаний слідувати прецеденту» або «суд зв'язаний рішенням», то в даному контексті під «прецедентом» і «рішенням» розуміється *ratio decidendi*. Та обставина,

що словами «прецедент», «висновок суду», «рішення» користуються для вираження поняття *ratio decidendi* прецеденту, приводить часом до змішання понять *ratio decidendi* і *res judicata*, тобто до плутанини між результатом рішення з позиції подальшого судового процесу за участю інших сторін і у результаті прийняття рішень для учасників даної справи [111].

М. Магрело амбітно занаचाє, що стверджувати, що судовий прецедент має хоча б найменші шанси утвердитись (найближчим часом) в правових реаліях України, все одно що заявляти, що діяльність британських судових органів характеризується постійним прийняттям протилежних рішень в аналогічних справах. Не може політична система, в якій судову владу навряд чи можна розглядати як єдину консолідовану силу, а законодавство – позбавленим суперечностей та різночитань, органічно увібрати в себе принципово сторонній їй інститут судового прецеденту [82, с. 65]. «Не може правова система, за якої суди не творять право, а застосовують його (саме цим є тлумачення правових норм), причому настільки неузгоджено, сприйняти такий невластивий їй цементуючий елемент як судовий прецедент, не змінивши при цьому щонайменше своєї суті – перевтілення із нормативної системи законодавчих актів на систему судового правотворення. Відтак існує потреба оцінювати реально українські перспективи у відношенні судового прецеденту і радше сконцентруватися на уніфікації судової практики, яка не є тим самим, що прецедент» [82, с. 65–66].

Хоча загалом перераховані проблеми дійсно притаманні судовій системі України (можна сподіватися, що частково ситуація покращилася завдяки реформам у сфері правосуддя, зокрема, конституційній 2016 року), але чи не здається дивним твердження про те, що «не може правова система, за якої суди не творять право, а застосовують його (саме цим є тлумачення правових норм), ... сприйняти ... невластивий їй ... елемент як судовий прецедент». Сперечатися із цим важко, адже не може дитина, яка не

говорить, використовувати складнопідрядні речення, їй ще належить опанувати склади, слова, словосполучення. Але згодом дійде черга і до речень. Так і з прецедентним правом в Україні. Якщо розпочати із визнання судової правотворчості, переконливого прецеденту або прецеденту тлумачення права, поступово можна буде розширювати межі судової участі у нормотворчості. Тому не здається за можливе підтримати іще одну тезу М. Магрело, що «використання спорідненої термінології для позначення різних за своєю суттю явищ – прецеденту (класичного) і того, що ним не є (переконливого прецеденту) є підступним, і подібне «жонглювання» термінологією може завести в глухий кут, зокрема коли автори на основі необов'язковості «переконливого прецеденту» (а отже на основі необов'язковості альтернативних джерел права) роблять висновок про необов'язковість прецеденту як такого чи радше про необов'язковість судової практики міжнародної судової установи, юрисдикція якої визнана державою, для її національних судів» [82, с. 62]. Навпаки, законодавче визнання практики ЄСПЛ джерелом права в Україні і дало змогу «підняти голову» прихильникам теорії поширення прецедентного права або конвергенції правових систем світу і дійсно, констатуємо, що поступово ця ідея укорінилася в доктринальних джерелах й відтворюється, хоча поки що фрагментарно, у законодавстві. На використання практики ЄСПЛ, зокрема національними судами загальної юрисдикції та Конституційним Судом України, це аж ніяк не вплинуло. Аналіз судової практики, зокрема адміністративної юстиції, демонструє, що рідке рішення не містить посилання на правову позицію Європейського суду.

Доречно зауважити, що на думку професора Л. Дешко, в Європі, де в більшості держав існує романо-германська правова система, питання застосування рішень Суду вирішено наступним чином: практика Європейського суду з прав людини є своєрідним тлумаченням норм, виділенням суті положень Конвенції, що полегшує безпосереднє її застосування. Інакше кажучи, справи Суду офіційно не вважаються

прецедентами, але є єдиним джерелом динамічного тлумачення Конвенції [42, с. 77]. В. Кононенко також вдається до використання терміну «джерело тлумачення права» [70].

Відтак, робить висновок Л. Дешко, якщо судовий прецедент розглядати як джерело права, прецедент тлумачення права можна назвати джерелом тлумачення права. Так, стосовно діяльності Суду, можна вести мову про створення ним не правових прецедентів, що містять норми права, а прецедентів тлумачення. Варто підкреслити, що Суд у своїй практиці дотримується не самого прецеденту як такого, він ставить відповідні правові питання та відповідає на них у процесі тлумачення Конвенції [42].

Зазначена неоднорідність поглядів спричинила твердження Є. Шишкіної, що так зване право Суду являє собою дещо середнє між прецедентним правом у його традиційному розумінні та стало сформованою на континенті традицією щодо судової практики як визначеною, однаковою, послідовною, усталеною позицією судів з тих чи інших питань правозастосовчої діяльності. Тобто рішення Європейського суду з прав людини можна розглядати як нібито новий вид джерела права, який «випадає» зі стандартної класифікації джерел права, до якої впродовж століть звикли правники, – прецедент (англійський стандарт) і кодифікована норма [203, с. 103].

Цікавою є позиція, згідно якої Європейський суд з прав людини здійснює своєрідну конкретизацію правових положень Конвенції, застосовуваних судом і називає результат такої конкретизації деклараторною теорією судового прецеденту [55, с. 77]. Напевно, своєрідним компромісом, спробою «подружити» країни з різними правовими системами, для яких однаково обов'язковою є практика Європейського суду з прав людини, це характеристика правових позицій Суду як переконливого прецеденту, що притаманний і англо-американській, і романо-германській правовим сім'ям.

Варто пояснити вищенаведену тезу про обов'язковість рішень ЄСПЛ для України, при чому не просто обов'язковість у конкретній справі, а їх джерельний характер.

Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, підписану від імені України 9 листопада 1995 року, Перший протокол, протоколи № 4 і № 7 до Конвенції, підписані від імені України 19 грудня 1996 року, та протоколи № 2 і № 11 до Конвенції, підписані від імені України 9 листопада 1995 року у м. Страсбурзі, ратифіковано Верховною Радою України 17 липня 1997 року [144]. Згідно із ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», національні суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. Під практикою Суду при цьому згідно із статтею 1 розуміється «практика Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини» [130], тобто не лише рішення у справах проти України, а усі рішення.

Також необхідно враховувати, що Конвенція є міжнародним договором України, тобто частиною національного законодавства. Проте, як гласить Віденська конвенція про право міжнародних договорів, до якої Україна приєдналася у 1986 році, міжнародні договори повинні сумлінно дотримуватися державами-учасниками, які не мають права посилається на своє внутрішнє законодавство як на обставину, яка перешкоджає їх належному виконанню [22].

С. Шевчук вважає, що європейське прецедентне право з прав людини слугує додатковим джерелом права при застосуванні та тлумаченні конституційних норм про права людини, які співпадають з основними правами, що закріплені у нормах Європейської Конвенції з прав людини та основних свобод 1950 року. Тобто Особа, яка звертається до Європейського суду з прав людини не зобов'язана посилається на цю Конвенцію у національних судах, якщо вона посилається на положення національного

законодавства аналогічного змісту, як правило – на відповідні конституційні норми про основні права та свободи [196].

Також слід враховувати, що на державу покладено зобов'язання виконання остаточних Рішень ЄСПЛ у справах, в яких держава є стороною (ч. 1 ст. 46 Конвенції), що додатково закріплене у ст. 2 Закону: «рішення є обов'язковим для виконання Україною відповідно до ст. 46 Конвенції» (при цьому під поняттям «рішення» цей Закон розуміє рішення проти України). Таким чином, рішення Суду, які набули статусу остаточних відповідно до ст. 44 Конвенції, з приводу тлумачення і застосування положень Конвенції та протоколів до неї в частині змісту та обсягу визначених в них прав і свобод, що важливо, і тут права М. Магрело, що в усіх справах, а не лише у справах проти України, а точніше сказати власне «право Конвенції», є одночасно джерелом міжнародних зобов'язань України та джерелом її національного законодавства [82, с. 63].

Отже комплексно аналізуючи положення Європейської Конвенції, Віденської конвенції, внутрішнє законодавство України, можна зробити однозначний висновок про обов'язковість правових позицій ЄСПЛ для національних судів в Україні.

Проте, варто наголосити, що юрисдикційні позиції ЄСПЛ варто сприймати як обов'язкові для застосування, але це не робить її прецедентом у класичному розумінні. Як і юридичні позиції Конституційного Суду України, вони є джерелами права, квазі-прецедентами. Здається, найбільш правильним було б сприймати це як свідчення, що українська правова реальність вже сприйняла існування прецеденту тлумачення права і усталеної судової практики, що можна вважати проміжним етапом більш інтенсивного поширення прецедентного права, поступового розширення меж судової участі у нормотворчості.

Для посилення аргументації стосовно інтеграції судової нормотворчості до правової системи України варто звернутись до Проекту Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо

процесуального забезпечення судової реформи) (реєстр. № 6448 від 16 травня 2017 року), поданий народним депутатом України Одарченком Ю.В. [150].

Проект Закону передбачав внесення змін до чотирьох процесуальних кодексів, а також до процесуальних положень Кодексу України про адміністративні правопорушення. Зокрема, у цивільному, адміністративному, господарському та кримінальному процесі пропонувалося запровадження застосування судового прецеденту.

У Пояснювальній записці до законопроекту зазначалося: «Фактично судові рішення в Україні вже 7 років має роль джерела права. Постанова Верховного Суду України юридично є обов'язковою для застосування всіма судами під час розгляду аналогічних справ. Рішення судів касаційної інстанції також мають значний вплив на судову практику, оскільки суперечність між різними рішеннями суду касаційної інстанції є підставою для їх перегляду у Верховному Суді України. Таким чином суди першої та апеляційної інстанції хоча, формально, мають право винести рішення, яке не відповідає практиці касаційного суду, але розуміють, що навіть якщо це їх рішення буде залишене у касаційному суді без змін, воно стане предметом розгляду у Верховному Суді України» [150].

Суб'єкт законодавчої ініціативи пропонував формалізувати правила застосування судового прецеденту наступним чином: Позиція великої палати Верховного Суду буде обов'язковою для судів всіх рівнів при розгляді справ із аналогічними обставинами справи, а також при застосуванні норми, висновок про значення яких надала велика палата Верховного Суду. Рішення касаційного суду відповідної спеціалізації буде мати прецедентне значення для всіх судів цієї спеціалізації, якщо тільки воно не суперечить правовій позиції Великої палати Верховного Суду. Рішення касаційного суду застосовується також судами інших спеціалізацій, але лише за умови, що воно не суперечить рішенням касаційного суду відповідної спеціалізації. Пропонується на даній стадії не надавати силу

прецеденту рішенням апеляційних судів. Проте у майбутньому цілком імовірно, що вже на рівні апеляції буде забезпечуватися єдність застосування законодавства судами першої інстанції. У таких умовах з'явиться можливість значно розвантажити суди касаційної інстанції, змістивши їх функцію із перевірки правильності застосування норм матеріального права на забезпечення єдності практики між різними апеляційними округами. Проте на даний час судова практика буде формуватися на рівні касаційних судів, а суперечності між їх рішеннями усуватиме Велика палата [150].

Проте у висновку Комітету з питань правової політики та правосуддя (засідання 16 листопада 2017 року (протокол № 65)) зазначено: «Разом з тим, 03 жовтня 2017 року Верховною Радою України прийнято Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», яким викладено у новій редакції Господарський процесуальний кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс України, Кодекс адміністративного судочинства України. Отже, оскільки зазначеним Законом вищевказані процесуальні кодекси викладені в нових редакціях, Комітет вважає, що Законопроект втратив свою актуальність» [150]. На цій підставі проект закону і був знятий з розгляду.

За відсутності систематизованого акту, який хоча б визнавав судову правотворчість, а краще – уточнював сфери, форми, умови її застосування, актуальним для доктрини є визначення та закріплення меж судової участі у правотворчій функції держави. Першим критерієм, який дає можливість окреслити величину і граничні показники судового втручання у правотворчість, М. Прохоренко визначає сам суб'єкт – судову владу, зокрема її правовий статус в конкретно визначеній правовій системі. Судова влада перебуває найближче до реальних соціальних відносин, до яких необхідно застосувати нормативно-правові приписи, вона перебуває на

стику абстрактного і конкретного, де можливо виявити недосконалість законодавчих розпоряджень, а відтак і неможливість здійснення належного правосуддя. Право не існує в готовому вигляді в законі, з якого його можна безпосередньо отримати. Суддя пов'язаний законом. Проте закон має бути співвіднесений з визнаними у даному суспільстві принципами справедливості і з природою речей, тобто справедливістю у конкретній ситуації. Якщо законом враховуються можливі життєві обставини, то правосуддям – певні конкретні фактичні життєві обставини. У результаті відбувається наповнення належного моментом сущого та збагачення сущого належним [152, с. 42]. Отже, правовий статус судової влади має включати не тільки права і обов'язки суду щодо здійснення правосуддя, а й включати елементи впливу на правотворчу функцію держави задля досягнення справедливості в судовому порядку при судовому вирішенні конфліктів у суспільстві.

У літературі пропонується, і з цим варто погодитись, що в якості меж здійснення судової влади в сфері правотворчої діяльності суду треба розглядати мораль і право. Обґрунтована необхідність покласти на судову владу функцію не тільки вирішення суспільно-правових конфліктів на основі правового закону, а й контроль за збалансуванням у ньому моралі «необхідного альтруїзму» з правом «дозволеним егоїзмом» особи у суспільних правовідносинах як передумову стабільності правопорядку, розвитку суспільних відносин тощо.

Підбиваючи підсумки за пунктом, слід визначити систему законодавства України як одну з підсистем системи джерел права. Зберігаючи провідну роль у регулюванні суспільних відносин, законодавство ефективно співіснує з іншими джерелами права, і вже важко заперечувати збільшення питомої ваги нормативного договору, доктрини, а також певних проявів прецедентного права. Така тенденція здається позитивною за умови, що додаткові (субсидіарні) джерела права базуються на основному характері нормативно-правових актів, служать додатковим

юридичним аргументом при прийнятті рішень у випадку виявлення прогалин у поточному законодавстві і спрямовані на забезпечення правової визначеності, передбачуваності застосування норм права, реалізацію принципу верховенства права, забезпеченню панування права у суспільстві.

Величезний масив дискусійних питань стосовно судової правотворчості спричинений відсутністю нормативного визнання правотворчої компетенції судових органів, у чому вбачається неспівпадіння між юридичною та фактичною ситуацією. Отже на сьогодні доктрина має розв'язувати цілу низку проблемних питань, зокрема яка саме частка судової практики є джерелом права, де закінчується нормотворча спроможність судових органів різного рівня тощо.

Доведено, що українська правова реальність вже сприйняла існування прецеденту тлумачення права і усталеної судової практики, що запропоновано вважати проміжним етапом більш інтенсивного поширення прецедентного права, поступового розширення меж судової участі у нормотворчості. На підставі нетотожності судової практики та судової правотворчості запропоновано визнати джерельний характер судової правотворчості як можливості і водночас обов'язку суду створювати право у певних випадках з огляду на пряму дію норм Конституції України, необхідність подолання прогалин тощо.

Висновки до Розділу I

У розділі I «Теоретико-методологічні засади судової правотворчості» продемонстровано, що переважна частина існуючих у науковій площині формулювань поняття судової правотворчості використовують спосіб визначення через найближче родове поняття – «правотворчість», і запропоновано відмовитися від даного підходу з огляду на низку причин. По-перше, сам термін «правотворчість» не є абсолютно однозначним і загальноприйнятим, по-друге, діфінієндум судова правотворчість не є інтегративним терміном, що повністю охоплюється двома словами, які його складають, а може дещо виходити за межі їх традиційного сприйняття (судова правотворчість не поглинається як видове поняття родовим поняттям «правотворчість»). Враховуючи наведені зауваження, сформульовано визначення поняття судової правотворчості із дотриманням правил формальної логіки як особливого роду діяльності (судової діяльності), що реалізується компетентним судом в особі професійного судді або складом суддів, з розроблення правоконкретизуючих правових позицій, який характеризується вторинним характером й виступає невід’ємною складовою правозастосовної або інтерпретаційної діяльності відповідно до конституційних та законодавчих повноважень з метою здійснення правосуддя виключно на підставі та у відповідності до принципу верховенства права.

Продемонстровано недоцільність розуміння поняття «судова практика» як сукупності лише певних конкретизуючих законодавство «правоположень», що не виправдано звужує його обсяг, з огляду на можливість існування суперечливої або неоднозначної судової практики. Тому судова практика не завжди є відтворенням правоположень, проте це певний досвід правозастосування, який може набути характеру усталеної судової практики або просто лишитися неоднозначним результатом розгляду судами певної категорії справ.

Зроблено висновок щодо поступового відтворення у правовій матерії проявів прецедентного права, послаблення позицій юридичного догматизму, зміни підходів й трансформації сприйняття функцій правових явищ, правових засобів та фрагментів правової дійсності, зокрема щодо визнання феноменів прецеденту тлумачення права, усталеної судової практики, доктрини верховенства права. Правотворчий потенціал судової влади віднесено до незримих компонентів, які забезпечують логічну цілісність правової матерії.

Визначено співвідношення понять «судова практика», «судова правотворчість (нормотворчість)», «судовий прецедент», уточнено положення щодо того, що джерелом права може виступати як суто судовий прецедент (що у «чистому» вигляді відсутній в правовій системі України, проте українська правова реальність вже сприйняла існування прецеденту тлумачення права), так і усталена судова практика (*jurisprudence constante*). Обґрунтовано нетотожність судової практики та судової правотворчості і на цій підставі запропоновано визнати джерельний характер судової правотворчості як можливості і водночас обов'язку суду створювати право у певних випадках з огляду на пряму дію норм Конституції України, необхідність подолання прогалин тощо.

Здійснено аналіз припустимості судової правотворчості у контексті розподілу влади, й, використовуючи правила гегелівської діалектичної тріади, на підставі тези («Судова влада не має перебирати на себе правотворчу функцію») й антитези («Судова влада як єдина укомплектована професійними правниками гілка влади, повинна здійснювати правотворчу функцію») зроблено спробу досягнути синтезу й сформульовано твердження, що судова влада повинна компетентно застосовувати інструменти ефективного подолання прогалин і колізій там, де законодавець не впорався із своїм призначенням.

Відсутність суперечності між принципом розподілу влади та правотворчими можливостями судової влади обґрунтовано з огляду на те,

що, по-перше, з-поміж усіх гілок влади лише судова відрізняється суб'єктним складом виключно з професійних юристів; по-друге, правотворчість (окрім законотворчості у вузькому сенсі) не є виключною прерогативою парламенту, а притаманна й органам виконавчої влади; по-третє, судді порівняно із законодавцями та урядовцями здаються найменше заполітизованими, не в останню чергу завдяки заходам щодо забезпечення незалежності судової влади.

На підставі аналізу існуючих у науковій площині підходів до виокремлення ознак судової правотворчості зроблено висновок, що більшість з них мало чим відрізняються від ознак правотворчості у цілому (як то вказівка на специфічний суб'єкт судової правотворчості – суддю або суд – є не більш ніж частковим прикладом ознаки організаційної спрямованості правотворчості). З огляду на це уточнено перелік ознак судової правотворчості шляхом виокремлення більш конкретних й специфічних ознак, які дозволяють розкрити її сутність, а отже сприяють утвердженню у суспільній правосвідомості «правильного» розуміння цього феномену та його юридичних наслідків (вторинний характер, особлива мета, психограма судді як доказ припустимості *ratio decidendi*).

Уточнено положення щодо вторинного (субсидіарного) характеру судової правотворчості як невід'ємної її характеристики, що пояснюється ієрархією функцій судової влади, серед яких першочерговими є правозастосування, поновлення порушених прав, забезпечення справедливості, і полягає в «активації» суддями функції правотворця у чітко зрозумілих межах, якщо у інакший спосіб забезпечення справедливого правосуддя виявляється неможливим.

Обґрунтовано неприпустимість сприйняття інстанційності та можливості оскарження судового рішення як прагнення звужити суддівський розсуд у правозастосовній практиці, що диктується в звичній парадигмі позитивізму. З'ясовано необхідність трансформації суспільного сприйняття будь-якого коригування судового акту нижчестоящего суду

вищим судом як свідчення негативної якості цього судового акту, й того, що судді може бути пред'явлений докір в неправильному вирішенні справи. Продемонстровано, що неминуче орієнтування суду на те, як реагуватимуть на його рішення вищі судові інстанції, знищує суть правосуддя, і за такого підходу потрібно буде визнати, що судова влада належить тільки вищим судам.

Розширено аргументацію неприпустимості мати за мету, яка повинна забезпечуватися системою судових інстанцій, однаковість судової практики, а не верховенство права (не заперечуючи значимості саме єдності судової практики як інституційного принципу верховенства права). З огляду на це доведено, що однаковість судової практики як підстава для скасування, коригування судових актів не завжди відповідає суті діяльності суду, який прийняв рішення, як і суті діяльності судових інстанцій, що коригують ці судові рішення. Обґрунтовано, що коли судова практика єдина, але не «якісна», і з'являється рішення, яке в відхилення від «неправової» судової практики обирає правове вирішення питання, не варто підганяти судові акти під відповідність однаковості.

РОЗДІЛ 2

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ТА СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ: ВІД РЕАЛІЗАЦІЇ ДО УТВЕРДЖЕННЯ

2.1. Принцип верховенства права: конституційна формула, нормативний зміст, доктринальні підходи до розуміння

Як справедливо зазначає професор Д. Белов, необхідність теоретико-правового осмислення інтенсивних процесів державотворення, що відбуваються в сучасній Україні, змушують звернутися до аналізу змісту та сутності цілої системи фундаментальних категорій, які застосовуються в сучасному конституціоналізмі [10, с. 24].

З моменту прийняття Конституції України, яка проголосила принцип верховенства права, розпочався процес активного становлення як відповідної доктрини, так і накопичення практики її реалізації (взагалі вперше словосполучення «верховенство права» було офіційно застосовано у Конституційному Договорі між Президентом України та Верховною Радою України «Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України від 8 червня 1995 року» [142]). Повністю правий М. Козюбра, говорячи, що Україна не залишилася осторонь тієї безпрецедентної підтримки верховенства права, яка спостерігається нині у всьому світі. Верховенство права стало одним з найактуальніших предметів наукового дискурсу, без нього не обходиться жодна програма численних політичних партій, термін «верховенство права» широко використовується в законодавчій практиці, в рішеннях Конституційного Суду України. Проте зовнішні показники підтримки верховенства права, на жаль, далеко не завжди відповідають реальному стану втілення його вимог у повсякденну практику [63, с. 30].

Популярним став ідеал верховенства права й у практичній площині. На його підставі ухвалювалися резонансні рішення щодо «третього туру» на президентських виборах, його забезпечення визначалося в якості мети численних реформ, врешті-решт, верховенство права «витіснило» законність з кола конституційних засад судочинства й призвело до кількісного зростання посилань на верховенство права та його складові у практиці судів загальної юрисдикції. Пряма вказівка на дію принципу верховенства права міститься в кодифікованих актах, а саме: ст. 8 Кодексу адміністративного судочинства України, ст. 5 Господарського кодексу України та інших. Проте у даних нормативно-правових актах, як і в Конституції України, відсутнє тлумачення принципу верховенства права.

Щодо наукової розробки, простіше, напевно, було б сказати, хто з провідних вчених-теоретиків та конституціоналістів не зачіпав окреслену тематику у своїх працях. Не бажаючи зневажити вагомість доробку кожного науковця, хто намагався посприяти з'ясуванню сутності та змісту верховенства права, варто у першу чергу перерахувати авторів, що присвятили верховенству права та правовій державі фундаментальні праці, це, зокрема, С. Головатий [28], Р. Гринюк [34], А. Селіванов [170], С. Серьогін [172]. Не можна також вкотре не згадати М.І. Козюбру, численні праці якого (зокрема стосовно верховенства права і правової державності) протягом тривалого часу сприяли відмові від вузьконормативного сприйняття права і переходу до концепції розширеного розуміння права.

На жаль, численні наукові гіпотези корифеїв правової науки не внесли загальної згоди щодо розуміння принципу верховенства права, не посприяло цьому й намагання роз'яснити поняття «верховенство права» Конституційним Судом України у Рішенні якого від 2 листопада 2004 року. Це, з одного боку, призвело до узгодження різних поглядів завдяки обранню інтегративного підходу, який полягає у відмові від пошуку єдино вірного визначення (трактування) верховенства права, а полягає у визнанні ситуативності змістовної інтерпретації поняття верховенства права,

традиційно уникаючи такого його дефінування, яке можна було б поширити на всі без винятку життєві обставини (як це відтворено у практиці Європейського суду з прав людини) [66, с. 36].

З іншого боку, заплутаність і різноманітність трактовок верховенства права аж ніяк не сприяють його утвердженню й віддзеркаленню у суспільній правосвідомості, тому актуальними залишаються наукові пошуки новітніх підходів, що дозволяють пролити світло на саму сутність цього принципу, завдяки, зокрема, його дослідженню у поєднанні з іншими правовими феноменами, серед яких не остання роль відводиться правосуддю загалом й його правотворчому потенціалу зокрема. Так, метою Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, затвердженої Указом Президента України № 276/2015 від 20.05.2015 р., проголошувалося визначення пріоритетів реформування системи судоустрою задля практичної реалізації *принципу верховенства права* та забезпечення функціонування судової влади, що відповідає суспільним очікуванням щодо незалежного та справедливого суду.

Тому необхідним є уточнення загальнотеоретичної характеристики принципу верховенства права як засади справедливого правосуддя й одночасно наслідку його реалізації, у тому числі завдяки легітимізації судової правоконкретизації.

Як вже зазначалося, тематика верховенства права цікавила і продовжує цікавити науковців, що дозволило збагатити правову доктрину України низкою ґрунтовних публікацій. Зокрема, питання співвідношення принципів верховенства права і законності вивчав Д. Савенко [166], соціально-економічні права в контексті верховенства права – В. Лемак [76], верховенство права як конституційний принцип – С. Максимов [86], верховенство права і розподіл влади в Україні – І. Крилова [75], європейські доктрини верховенства права – А. Пухтецька [153], принцип верховенства права як умову розвитку сучасного українського конституціоналізму – Т. Багрій [6], проблеми верховенства права в сучасній Україні – Р. Падалка

[114], реалізацію принципу верховенства права – О. Потильчак [123], верховенство права в контексті доктрини природного права – І. Малютін, принцип верховенства права в судовій практиці України – О. Уварова [187], верховенство права як принци сучасної держави – В. Копча [72] та інші.

Хоча Конституція України і не закріплює конкретного визначення верховенства права, можна припустити, що в інших її нормах деталізуються сутність та зміст цього принципу. Так, у Висновку Венеційської Комісії було дано «високу оцінку української Конституції як документів в цілому – передусім за те, що в її тексті було «добре втілено принципи верховенства права». Комісія також віднесла до «важливих принципів верховенства права» окремі положення розділу VIII Конституції «Правосуддя», зокрема стосовно: того, що правосуддя здійснюється виключно судами (стаття 124); незалежності та недоторканності суддів (стаття 126); незалежності суддів та стосовно основних засад судочинства (стаття 129)» [5, с. 54].

У іншій частині документа йшлося про «важливі елементи верховенства права», які знайшли належне відображення у розділі I Конституції (Загальні засади). До цих «важливих елементів» верховенства права було віднесено, зокрема, те, що: Конституцію наділено вищою юридичною силою, її положення є нормами прямої дії, а отже – закони й усі інші правні акти мають ухвалюватися на її основі та відповідати їй (стаття 8); визнано принцип поділу влади й те, що органи законодавчої, виконавчої і судової влади мають здійснювати свої повноваження в межах, визначених Конституцією, та відповідно до законів (стаття 6); принцип законності знайшов своє чітке вираження у статті 19; конституційні положення стосовно прав і свобод людини можуть судами застосовуватися безпосередньо (частина третя статті 8) [28, с. 1386–1387].

Отже в цьому документі йшлося не про один, а про множину принципів верховенства права й про сукупність «важливих елементів верховенства права». І цей підхід, інтегративний або інтегральний у різних джерелах, є сьогодні найбільш поширеним. Сам Європейський суд з прав

людини пішов шляхом виявлення тих важливих елементів, які становлять саму сутність верховенства права, а не шляхом спроби сформулювати конкретне і вичерпне визначення цього поняття. На думку С. Головатого, такий практичний результат діяльності Суду слід сприймати не як ваду, а радше як перевагу – не тільки з погляду самого розуміння верховенства права, а й з погляду можливостей його реального утвердження як в окремому суспільстві, так і в рамках європейської спільноти загалом. Практика Європейського Суду переконливо доводить, що принцип верховенства права лежить в основі всієї Конвенції, яка є «живим документом», і з огляду на це «її слід тлумачити у світлі сучасних умов та у світлі ідей, що переважають у демократичному суспільстві сьогодні [5, с. 55; 28, с. 1171].

Водночас, варто погодитися із П. Рабіновичем, який зауважує, що «інтегральний» підхід не позбавлений певних проблемних моментів. «Адже, – пояснює автор, – за умови його застосування верховенство права як самостійний юридичний принцип начеби втрачає свій власний, самодостатній смисл, перетворюючись лише на просту сукупність «важливих елементів», конкретний перелік яких не може бути вичерпним» [127, с. 302].

Практикою ЄСПЛ доведено існування нерозривного зв'язку між принципом верховенства права і правами людини. Дані інструменти наднаціонального утвердження верховенства права зайняли позицію однозначного сприйняття невіддільності прав людини та верховенства права. Як стверджує М. Козюбра, однією з вирішальних складових (критеріїв) верховенства права є забезпечення верховенства Конституції. Хоч ці поняття не є повністю ідентичними, помилково розглядати верховенство Основного Закону як щось відокремлене від верховенства права, тим більше протиставляти їх одне одному [63, с. 30]. Вдалим та наочним здається обґрунтування аналогічного підходу, надане у дисертаційній роботі О. Багрій: «Якщо розглядати права і свободи людини

як основний елемент принципу верховенства права, важливої значущості набуває факт закріплення системи прав і свобод людини і громадянина на такому рівні, коли вся система поточного законодавства розгортається як засіб забезпечення та охорони цих прав. Фактично на сьогодні цю функцію фіксації системи прав людини у внутрішньодержавному законодавстві виконують саме конституції» [5, с. 56].

Надзвичайно важливим тривалий час було (і, не зважаючи на нерідко лунаючу критику, залишається) Рішення Конституційного Суду України про призначення судом більш м'якого покарання від 2 листопада 2004 року. Найважливішими здаються наступні тези:

- Верховенство права – це панування права у суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо.

- Право *не обмежується лише законодавством* як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, які об'єднуються якістю, що відповідає *ідеології справедливості*, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України

- Справедливість – одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права.

- У сфері реалізації права справедливість проявляється, зокрема, у рівності всіх перед законом, відповідності злочину і покарання, цілях законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення.

- Справедливе застосування норм права – є передусім недискримінаційний підхід, неупередженість [160].

У зв'язку з прийняттям Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 року № 1402-VIII саме Верховний Суд має формувати єдині орієнтири та єдині підходи при вирішенні справ, щоб громадяни могли передбачувати наслідки своєї діяльності, захищати свої права всіма

засобами, що не суперечать закону, зокрема і в судах. Такі єдині підходи ґрунтуються на фундаментальних правових цінностях та принципах, які пронизують усю національну правову систему та є фундаментом законодавства і судової практики. З точки зору звичайного громадянина вони є своєрідними маркерами, ціннісними орієнтирами щодо правомірності власної поведінки та діяльності органів публічної влади. У цій системі координат важливе місце посідає Конституція, яка є загальним мірилом обмеження свавілля влади та гарантій прав і свобод людини [177, с. 13].

Тому суди мають завжди відстоювати ідею верховенства Конституції України, уникаючи застосування неконституційних законів, а також застосовуючи норми Конституції України як норми прямої дії. Тут є певна проблема, відсутність законодавчо визнаної можливості судів загальної юрисдикції виступати суб'єктом конституційного подання до Конституційного Суду напряду, а не через Верховний Суд (що суттєво затягує процес). Також суди мають втілювати у своїх рішеннях правові позиції Конституційного Суду України, із чим у нашій державі не все гладко. Водночас саме Конституційний Суд є єдиним гарантом верховенства Основного закону, про важливість забезпечення якого, зокрема у контексті утвердження верховенства права, вже йшлося, а також КСУ вдалося розробити доволі ґрунтовні та якісні правові позиції, присвячені верховенству права та окремим його складовим.

Наприклад, Конституційний Суд України у Рішенні від 29 червня 2010 року одним із елементів верховенства права називає принцип правової визначеності, пояснюючи, що зміст принципу верховенства права не вичерпується основоположними правами та свободами людини і громадянина, їхнім закріпленням та реалізацією [158], а у Рішенні від 22 вересня 2005 року у справі про постійне користування земельними ділянками розкриває поняття вказаного принципу як вимоги визначеності, ясності і недвозначності правової норми, що дозволяє забезпечити її

однакове застосування й виключає необмеженість трактування у правозастосовній практиці, яке б неминуче призводило до сваволі [159].

У царині наук адміністративно-правового циклу, як правило, принцип верховенства права уявляється як конституційна формула, що міститься у положеннях ст. 3 Конституції України. Зокрема, у Словнику термінів з адміністративного права зазначається, що верховенство права – це базовий, основний принцип адміністративного права, сутність якого полягає у підпорядкованості держави загалом, діяльності публічної адміністрації зокрема соціально-природним, основоположним правам людини, визнанні її пріоритету перед іншими соціальними нормами в разі невідповідності останніх таким правам. Верховенство права варто відмежовувати від суміжного принципу – верховенства закону, оскільки останній означає «панування правового закону», є за змістом більш конкретизованим, верховенство права передбачає акцент на пануванні соціально-природного права. Конституційну формулу принципу верховенства права як основний його зміст розглядає Р. Мельник. Зокрема, вчений вказує, що аналіз відповідних положень Основного Закону (ст. 3), безперечно, дає змогу погодитися з тими науковцями, які вважають, що ці положення є фактично складовими елементами «принципу верховенства права», який сприяє формуванню нового, порівняно з радянськими часами, стандарту взаємовідносин між державою (і загалом публічною владою) і людиною, який вже тривалий час панує в розвинених країнах світу [97, с. 236]. Отже людиноцентризм, визнання людини найвищою цінністю та проголошення людської гідності як окремого об'єкту правовідносин та державного гарантування начебто не є окремим, а охоплюється верховенством права.

Погоджується із цим і М. Козюбра, вважаючи, що десятки нормативних конструкцій висвітлюють тлумачення інтегрального принципу верховенства права, однак він передбачає інтерпретацію верховенства права через його складові, що охоплює ст. 3 Конституції

України, у якій закріплено обов'язок держави щодо поваги до прав людини [65, с. 69].

М. Братасюк та О. Росоляк стверджують, що верховенство права як мегапринцип включає в себе змістовно такі принципи та положення, як: авторитетність суду, незалежність його, принцип його доступності, принцип правової визначеності, що передбачає правову якість закону, принцип пропорційності, відповідно до якого в нормотворчості та правозастосовній діяльності необхідно дотримуватися балансу приватного інтересу та суспільного, принцип передбачуваності, принцип субсидіарності тощо. Отже, верховенство права можна трактувати як панування права українського народу, втіленого та вираженого чинною Конституцією України як волеустановленим актом нашого народу. Очевидно, важливою в плані верховенства права є ідея первинності і визначальності людини і народу та їх права стосовно державної влади з її писаним, державним правом [14, с. 14].

Принцип верховенства права (англ. *the rule of law*) має давні витоки. Термін «верховенство права» вперше вжив у 17 сторіччі англійський публіцист та ідеолог буржуазії Д. Гарінгтон. Вже загальновідомо, що вперше була введена у активний науковий і практичний обіг концепція верховенства права англійським професором Албертом Ван Дайсі наприкінці ХІХ ст., невід'ємним складником якої поруч із нерушимістю прав і свобод людини та рівністю всіх перед законом була протидія свавільній владі, необхідність виключення можливості державних органів діяти інакше, ніж на підставі повноважень, визначених приписами права. Тлумачення принципу у роботі вченого «Вступ до науки конституційного права», полягало, зокрема, у тому, що для досягнення максимального ефекту від застосування ідеї верховенства права необхідно розрізняти три близькі за своєю суттю концепції:

1) панування права: людина може бути притягнута до відповідальності в разі прямого порушення закону, у передбаченому законом порядку та в суді загальної юрисдикції;

2) верховенство права: кожна людина, незалежно від посади і становища в суспільстві, рівна перед законом;

3) панування духу законності: відповідність змісту Конституції принципу верховенства права на основі загальних конституційних принципів (право на особисту свободу, на публічні збори), які є результатом судових рішень, що визначають права індивідів у окремих справах, розглянутих судами [28, с. 547]. А. Дайсі виходив з природи англійського загального права, основою якого протягом усієї англійської історії слугував принцип «верховенства розуму».

У створенні й утвердженні правової доктрини верховенства права значне місце посідають політико-правові доробки таких мислителів як Т. Гоббс, Г. Гроцій, І. Кант, Дж. Локк, Ш.Л. Монтеск'є, Б. Спіноза та інші. Доктрина «верховенства права» передбачала необхідність підпорядкування «позитивного» (встановленого чи санкціонованого державою) права «непозитивному», тобто встановленому Богом, а пізніше, після обґрунтування Ж.-Ж. Руссо теорії народного суверенітету, – народом (природні права людини, потреби людського ества, вимоги розуму, мораль тощо). На практиці ж дія принципу верховенства права означає, що держава та її інститути повинні визнати пріоритет прав людини і підпорядкувати останнім свою діяльність [112].

М. Буроменський зазначає: «Використання Конституцією виразу «верховенство права» не обмежене національними рамками» [15, с. 89]

Ідея узагальнити практику застосування принципу верховенства права та визначити певні критерії виникла давно. У березні 2011 року ВК у своїй доповіді окреслила спільні риси в таких поняттях, як «*the Rule of Law*» (англ.), «*Rechtsstaat*» (нім.) та «*État de droit*» (франц.). Додатком до неї стала перша версія контрольного переліку питань для оцінювання стану

верховенства права в окремо взятій державі. Рік по тому на іншій конференції було вирішено, що ВК має опрацювати цей перелік. Й 10 березня 2016 р. було ухвалено *Rule of Law Checklist* [220].

Венеційська Комісія у своїй доповіді зазначала, що, «попри розбіжності в поглядах, існує консенсус щодо стрижневих елементів поняття *the Rule of Law*, а також стосовно понять *Rechtsstaat* та *État de droit*, а самі елементи є не лише формальними, а й також субстантивними чи матеріальними (*materieller Rechstaatsbegriff*). Такими стрижневими елементами є: (1) законність – включно з прозорою, підзвітною та демократичною процедурою запровадження приписів права; (2) юридична визначеність; (3) заборона свавільності; (4) доступ до правосуддя в незалежних і безсторонніх судах – включно із судовим контролем щодо адміністративних актів; (5) поважання людських прав; і (6) недискримінація та рівність перед законом» [101].

У 2017 році було презентовано документ Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанської комісії) *Rule of Law Checklist*, перекладений українською. Презентацію організувала програма *USAID* «Нове правосуддя» спільно з Радою з питань судової реформи та офісом Ради Європи в Україні. Член Венеціанської комісії від України Сергій Головатий зазначив, що це перший переклад українською, бо оригінальний документ складено офіційними мовами комісії: англійською, французькою та російською.

До українського варіанта увійшли, крім самого тексту, ще глосарій та коментар. Щоправда, там зазначено, що «цей неофіційний переклад публікується за домовленістю з Радою Європи, але відповідальність за його зміст несе виключно перекладач». Останній до роботи підійшов творчо й переклав назву документа як «Мірило правовладдя» [18], що, відверто кажучи, здається помилковим. Не лише наукова громадськість має розумітися на тих питаннях, що стосуються феномену верховенства права, а кожен член суспільства. Очевидно, що на теперішній час українське

суспільство далеко від усвідомлення сутності верховенства права, бракує і загальнопоширеного розуміння відмінності між правом та законом, тому запровадження ще й нового терміну «правовладдя» заплутає пересічних громадян дедалі більше. Власне, зустрівши назву документу «Мірило правовладдя», далеко не кожний юрист здогадається, що йдеться про той самий Контрольний перелік критеріїв верховенства права, що ж казати про решту осіб. Здається, замість поширення у суспільній свідомості постулатів верховенства права, такий підхід робить зазначений перелік привілеєм обраних.

Призначення Контрольного переліку полягає в тім, аби на основі усіх цих фактів і досягнень витворити й запровадити інструмент оцінювання верховенства права в конкретній країні з огляду на її конституційну та юридичну структури, чинне законодавство й наявну судову практику. Ціль переліку – уможливити об’єктивне, ретельне, прозоре й рівнозначне оцінювання [101]. Більш детально критерії оцінки верховенства права будуть розглянуті у подальших пунктах дисертаційної роботи.

Продовжуючи цю думку щодо верховенства права, варто вкотре зауважити, що це складна багатоаспектна категорія, доктрина «відкритого типу», яка немає чіткого вичерпного визначення, яка розкривається через інституційні принципи, кількість та розуміння яких постійно доповнюється, у першу чергу ЄСПЛ.

Здається, основне, що варто усім з’ясувати стосовно сутності верховенства права, це його абсолютна відмінність від законності, що звертає до букви закону, а не його духу; до букви закону, а не до якогось іншого його глузду, не до глибокого його правового змісту, який суд як правозастосувач кожен раз повинен виявляти, тому що він не має права застосовувати будь-який закон. Це впливає не тільки і не стільки з конституційних норм саме про правосуддя, як із тих розділів, які орієнтують розвиток держави на правову державність, на визнання і забезпечення в якості вищої цінності людини, її прав і свобод. Ось тут якраз і полягає

головна сполучна ланка між ідеями верховенства права та якісного правосуддя, виходячи суті функції, яку суди покликані здійснювати.

У дисертації Р. Падалки, присвяченій верховенству права як основоположному принципу держави запропоновано дефініцію поняття «верховенство права», під яким слід розуміти панування права в суспільстві, де державна влада здійснюється в межах закону, а суд, який є незалежним від інших органів державної влади, приймає законні і справедливі рішення, де пріоритет надається правам та інтересам особи; прояв справедливості, гуманізму та добра; явище, яке породжує демократію та стає основною передумовою створення правової держави [114, с 23–24]. Уже не вперше можна прослідкувати зв'язок верховенства права із правосуддям у різних його проявах, в залежності від концепції, відстоюваної тим чи іншим вченим. Авторська концепція взаємообумовленості даних понять буде запропонована у поточному розділі дисертаційної роботи (пункт 2.3.).

Принцип верховенства права, зазначає Ю. Шемшученко, – це принцип головним чином природного права як сукупності ідеальних, духовних і найвищою мірою справедливих уявлень про право. Але в державі реально діє не ідеальне, а позитивне право, виражене у законах та інших його джерелах. Воно є результатом державної правотворчої діяльності [201, с. 76].

Під природним правом розуміють сукупність об'єктивних соціальних цінностей і потреб людського буття (свободу, рівність, справедливість тощо), а також універсальних норм і принципів, які лежать в основі всіх правових систем світової цивілізації [188, с. 175]. Явище, наголошує П. Рабінович, що виникає незалежно від держави, має загальносоціальну природу, є загальносоціальним феноменом. Тому природне (загальносоціальне) право – це певні можливості учасників суспільного життя, які об'єктивно зумовлюються рівнем розвитку суспільства і мають бути загальними та рівними для всіх однойменних суб'єктів. Залежно від

виду носіїв цих можливостей вчений розрізняє права людини, права соціальних спільнот та права людства [155, с. 9].

На думку С. Максимова, під природним правом зазвичай маються на увазі ідеальні першооснови права. Поняття «природне право» покликане виявити глибинну сутність права, а його «ідеальність» виявляється в тому, що воно: по-перше, існує у свідомості (правосвідомості) як її установка (хоча і знаходить вираження у формах поведінки); по-друге, є ідеалом тобто очищеною від випадковостей формою належного у стосунках між людьми. Крім того, природне право визначає вихідні принципи, на підставі яких приймаються чинні правові норми і відбувається їхня критична оцінка, яка необхідна для того, щоб людина не стала заручником встановленого «позитивного» правопорядку [87, с. 376].

Л. Макаренко стверджує, що принцип верховенства права в дії – це свідчення велетенської роботи історії, культури, економіки, політики, моралі тощо. Це – робота багатьох верств суспільства, яке закономірно підійшло до цього етапу розвитку. Цей принцип у дії означає бажання, вольове прагнення, вміння людей жити в умовах свободи, шанувати її, продуктивно, тобто творчо, використовувати. Таке життя передбачає шанобливе ставлення до іншого, до його індивідуальності, до його самості, гідності, права реалізувати себе повноцінно, – це усвідомлення свого обов'язку шанувати іншого, бо його свобода – це передумова моєї свободи і навпаки. Отже, принцип верховенства права в дії – це результат особистісних зусиль кожного [85, с. 227].

Цікавою є думка, висловлена К. Горобцем, що тенденційними стають спроби представити верховенство права з позицій його ціннісної характеристики, коли його зміст не зводиться до системи принципів та правил, хай навіть найвищого рівня узагальненості та апіорності. Спроба поєднати в одне ціле аксіологічне та нормативне бачення верховенства права створює методологічну проблему нового рівня, вирішення якої

можливе лише у площині сучасних інтегративних концепцій праворозуміння [33, с. 207].

Серед змін, що відбуваються у сфері права з огляду на глобалізацію, І. Жаровська та Р. Шай називають глобалізаційний простір відкидає антиціннісні явища класичної світобудови, трансформуючи всю політичну та правову реальність. Проявляється також антропо-правовий зміст, тобто заради людини як соціальної істоти здійснюються трансформації та модернізаційні зміни. Людина виступає автентичним інтерпретатором нового політико-владного і правового характеру світобуття на основі новітнього ідеологічного сприйняття і глибинного соціокультурного досвіду державотворення [46, с. 289].

Таким чином, верховенство права існує не лише в межах правової нормативності, а й поза ними, тобто включається до побудови та розвитку ціннісної структури правової реальності, а тому не є винятково принципом позитивного права. По-перше, в рамках позитивного права верховенство права складно розуміти як принцип, оскільки це нівелює подвійну ціннісно-нормативну природу цього феномену: зведення верховенства права до системи нормативів по суті суперечить ідеї розмежування права та закону, а тому втрачається сенс у виокремленні верховенства права як самостійного явища, відмінного від верховенства закону. Верховенство закону, на відміну від верховенства права, існує виключно в рамках нормативності, що виражає його функціональне призначення в правовій системі. По-друге, як зауважує Р. Дворкін, верховенство права не обмежується «формальними приписами законодавства та оперує ними лише тією мірою, якою такі формальні приписи дають можливість досягти основних цілей правової системи. На відміну від формального підходу, який уникає надання ціннісної кваліфікації, принцип верховенства права ґрунтується на моральному баченні належної правової системи та оцінює правові норми з точки зору того, наскільки вони дозволяють досягти поставлених перед системою цілей [211, с. 45]. Саме у функціональному призначенні

верховенства права виражається інший аспект його буття – ціннісний. Ціннісний аспект буття верховенства права виявляється у тому, що «його зміст виводиться за межі нормативних приписів, зокрема, виражаючись в правозастосуванні та будучи: 1) основою правової системи для забезпечення справедливості, розумності, пропорційності, рівності, правової визначеності тощо позитивного права; 2) своєрідним «проводженням» нормативного змісту фундаментальних прав і свобод, що закріплені в нормативних конституційних текстах [194, с. 56].

Саме виходячи з таких позицій, верховенство права нерідко називають головною правовою цінністю [17, с. 145–153]. Правові цінності – це власне правові феномени, що визначають зміст, мету та сутність права, лежать в його основі та виступають засобами пояснення правової реальності (звідси – інтерес до верховенства права як пізнавального конструкту, що у перспективі може стати основою для нової концепції праворозуміння) [33, с. 210–211].

Отже, можна стверджувати, що верховенство права встановлює зв'язки між системою правових нормативів (нормосферою права) та системою правових цінностей (аксіосферою права). У верховенстві права фактично існують та мисляться ті правові ідеали, які уособлюють в собі правові цінності. Так, для Європейського суду з прав людиноверховенство права безпосередньо пов'язане з тими правовими цінностями, які покликані забезпечувати потреби та інтереси суб'єктів права: права людини, правосуддя, законність, ситуативність тощо [76, с. 37–38]. У цьому контексті правові цінності завжди залишаються як вимоги постійного удосконалення нормативної складової правової сфери, адже якщо система правових нормативів неспроможна забезпечити реалізацію ключових правових цінностей, то вона має бути змінена. Реалізація правових цінностей у нормативній складовій права – природна мета верховенства права, без якої воно втрачає будь-який сенс як ціннісний, так і нормативний. Верховенство права як шлях до гармонії між правовими цінностями та

правовою нормативністю має розглядатися не як кінцева формула суспільної досконалості, а як вказівка на ті дійсні шляхи та засоби правового розвитку, за допомогою яких може бути покращено будь-який можливий правопорядок [33, с. 211–212].

В основу правопорядку ЄС покладено, по-перше, фундаментальні принципи – «свободи, демократії, поваги прав людини і основних свобод, а також верховенства права», – що знайшло формальне закріплення у ст. 6 (колишній статті F) «Договору про Європейський Союз». Та, по-друге, новацію права ЄС, відповідно до якої закріплюється новий принцип – «верховенство права ЄС», – який «передбачає, що перевага права ЄС над колізійною національною нормою забезпечується однаково й ефективно, а також прямо і безпосередньо». Наведений приклад нового аспекту розуміння принципу верховенства права свідчить, зокрема, про високий авторитет ідеї верховенства права як ідеалу, спільного для європейських країн [154, с. 66].

Л. Макаренко наполягає, що тільки ставши на шлях культури й духовності, людина стає співтворцем права як втілення принципів свободи, справедливості, добра, загального блага, гуманізму тощо. Необхідно підкреслити, що принцип верховенства права має сенс лише у тому разі, якщо право розуміється як соціальний феномен, який має глибоке коріння в культурі, духовних традиціях і ментальності народу. Зокрема, правова культура є неодмінною умовою формування правової держави, її громадянського суспільства, здійснення суспільно-правової реформи, утвердження верховенства права в усіх сферах соціального буття, свободи, різноманітних способів і форм реалізації правового статусу особи [85, с. 228].

А. Пухтецька з'ясувала, що зарубіжні юристи та філософи сьогодні розділяють три основні підходи до сучасного тлумачення змісту принципу верховенства права: 1) формальний; 2) субстанційний (матеріально-правовий) та 3) функціональний. В основу цього поділу покладено критерії,

за якими може бути оцінено нормативне закріплення та можливості практичної реалізації принципу верховенства права [154, с. 67].

Формальний підхід ґрунтується на аналізі нормативного закріплення принципу верховенства права, в цілому, та аналізі окремих критеріїв дотримання принципу верховенства права. Зокрема, до таких критеріїв у європейських країнах відносяться: формальна незалежність та безсторонність судової гілки влади; офіційно встановлений порядок прийняття законів; відсутність законів, які застосовуються тільки до окремих груп, класів осіб; відсутність зворотної сили законів; положення про судовий нагляд за діяльністю уряду [154, с. 67–68].

Матеріально-правовий підхід керується моральними уявленнями про належну правову систему та вимірює верховенство права відповідно до того, наскільки вдало за отриманими оцінками певна система досягає цього ідеалу. Наприклад, відомий європейський дослідник Р. Феллон зауважує, що більшість сучасних концепцій верховенства права визначають три основні «цінності та цілі, яким має слугувати верховенство права: 1) захист від анархії та війни усіх проти усіх; 2) надання можливості людям планувати свою діяльність з розумною впевненістю, що вони можуть передбачити наперед наслідки різних дій (маються на увазі в першу чергу дії органів публічної влади); 3) гарантії від принаймні деяких видів саморозсуду (свавілля) державних посадовців [154, с. 68].

Щодо функціонального підходу, він подібний до матеріально-правового (сутнісного) визначення, але зосереджується головним чином на тому, наскільки ефективно право та правова система в цілому виконують певні функції, – наприклад, це заборона прийняття урядових рішень на власний розсуд та забезпечення передбачуваності юридичних рішень. Як ілюстрацію цього підходу можна навести такий приклад: суспільство, у якому наявна невелика або взагалі відсутня можливість прийняти рішення на власний розсуд, має високий рівень верховенства права, водночас як

суспільство, у якому більша частина рішень приймається на власний розсуд, має мінімальний рівень верховенства права [154, с. 68].

Абсолютно права А. Пухтецька, що не варто «обирати» один більш прийнятний для країни або типу праворозуміння підхід, усі три тенденції мають знаходити відтворення та втілення на теренах української правової дійсності. Кожен з них не є взаємовиключним, і містить важливі інституційні складові (контрольні критерії, аспекти, елементи) верховенства права, що корисні для формування правосвідомості кожного члена українського суспільства, як суддів, інших посадових осіб, так і пересічних громадян.

Зважаючи на різноманітність підходів, можна зазначити, що верховенство права – концепт, що відображає найбільш важливі аспекти демократичного способу життя. Конституційний Суд України трактує верховенство права як панування права в суспільстві. Оскільки право – це втілення у нормах, законах справедливості, рівності, свободи, це моральні норми та принципи, звичаї та традиції, то очевидно, що верховенство права – це панування в суспільстві відносин рівності, справедливості, свободи, моральних принципів, правових законів, які стверджують і виражають загальнолюдські цінності тощо. Отже, верховенство права в такому ракурсі – це аж ніяк не панування закону, оскільки: а) право існує не лише у формі закону, форм втілення та вираження права значно більше, і всі вони рівноцінні, оскільки несуть в собі ті ж самі правові смисли, мають той самий ціннісний вимір; б) закон може бути цілковитим запереченням права, його смислів, не мати правового змісту, не відповідати духові права, а отже – не бути взагалі правовим явищем [14, с. 13].

Отже верховенства права – це складна багатоаспектна категорія, доктрина «відкритого типу», яка немає чіткого вичерпного визначення, яка розкривається через інституційні принципи, кількість та розуміння яких постійно доповнюється, у першу чергу ЄСПЛ. Основне стосовно сутності верховенства права, це його абсолютна відмінність від законності,

верховенства закону як «диктатури закону», яка звертала правників, зокрема суддів, радянської та пострадянської епохи до букви закону, а не його духу.

2.2. Складові й критерії верховенства права та забезпечення ефективності їх реалізації судовою владою

Доведена вище відмінність верховенства права від законності, верховенства закону як «диктатури закону», яка звертала правників до букви закону, а не його духу до букви закону, а не до якогось іншого його глужду, не до глибокого його правового змісту, який суд як правозастосувач кожен раз повинен виявляти, тому що він не має права застосовувати будь-який закон. Це впливає не тільки і не стільки з конституційних норм саме про правосуддя, як із тих розділів, які орієнтують розвиток держави на правову державність, на визнання і забезпечення в якості вищої цінності людини, її прав і свобод. Ось тут якраз і полягає головна сполучна ланка між ідеями верховенства права та якісного правосуддя, виходячи із суті рішень судової влади, виходячи із суті функції – той, яку суди покликані здійснювати.

Закон може бути не правовим, про це зазначав Конституційний Суд України в рішенні про призначення судом більш м'якого покарання (02.11.2004). Сам закон, процедура його прийняття і багато іншого пов'язані з тим, що в законотворчих процедурах бере участь дуже велика кількість суб'єктів, що змушує прагнути досягнути якогось консенсусу з приводу змісту законів. При прийнятті законів має місце лобіювання тих чи інших інтересів. Законопроектна робота характеризується використанням таких процедур, де не забезпечується постійний професійний юридичний контроль за змістом норм. І, звісно, сам закон як будь-який нормативно-правовий акт, наділений такими характеристиками, які не дозволяють йому бути абсолютно однозначним, уникати прогалин та колізій. І все це також змушує суд в пошуках права, що застосовується, заповнювати ці неминучі

дефекти законодавця, які проявляються в результатах законотворчої процедури.

Представляється за доцільне, продовжуючи з'ясовувати зміст та сутність верховенства права, зосередитися на місці та ролі суду, а також судочинства, правосуддя та судової правотворчості, які відводяться вченими на шляху до його реалізації.

Р. Падалка, який у дефініції верховенства права згадує незалежний від інших органів держави суд, також робить висновок, що такі явища як «справедливість», «верховенство права» і «держава» тісно і нерозривно пов'язані між собою, витікають один з одного, так як справедливість, будучи морально-етичним поняттям, містить в собі уявлення про сутність людини і її невід'ємні права, вимоги відповідності між практичною роллю різних індивідів (соціальних груп) в житті суспільства та їх соціальним становищем, між їхніми правами і обов'язками, між працею і заохоченням, злочином і покаранням. Справедливість є тим базисним елементом, який покладений в основу права, так як норми моралі і норми права мають такий зв'язок, який неможливо розірвати. Мораль передує виникненню права і є початком його виникнення і розвитку. Тому без справедливості не може існувати право, а без права – справедливість, так як принцип верховенства права є вищим проявом справедливості. В свою чергу, держава, яка є вищою формою організації суспільства, являє собою останню ланку в цьому ланцюжку, оскільки фактично принцип верховенства права не може бути реалізований без державних органів, їх певних способів організації і діяльності та взаємодії з іншими суб'єктами [114, с. 23–24].

В. Копча вважає, що у концептуальному значенні верховенство права полягає в обмеженні свавілля публічної влади щодо суспільства й окремої особи. Окреслити межу такого свавілля може або безпосередньо суд, або правовий принцип чи правова норма, які потенційно можуть бути застосовані або реально застосовувані судом. Різні шляхи становлення системи верховенства права (суд через застосування прав людини

безпосередньо формує систему конституції – англійська традиція; її створює народ через здійснення установчої влади – європейська континентальна традиція) не мають принципового значення. У практичному значенні місце судів у системі публічної влади має засвідчувати не лише реальний розподіл влади, а й спроможність судової влади обмежувати дискреційні повноваження законодавчої та виконавчої влади й у такий спосіб гарантувати захист від свавілля. Це можливо лише за умови незалежності суду (і процедур правосуддя) від інших гілок влади. Такий підхід до тлумачення взаємозв'язку поділу влади (традиційно – елементу концепції правової держави) зближує концепцію верховенства права з концепцією матеріальної правової держави. Незалежне правосуддя є ключовим фактором у системі верховенства права (правової держави) з огляду на такі аргументи: а) верховенство права можливе лише в разі встановлення ефективного правопорядку, за якого першим критерієм ефективності є система правосуддя в широкому значенні (від ефективного розслідування до виконання судових рішень). Верховенство права є станом реалізованості правових норм і принципів, оскільки останні можуть виявити свій пріоритет лише за умови їх реалізації; б) верховенство права, незалежно від концептуальних підходів, найбільш концентровано втілено в інституційному захисті людської гідності та свободи [72, с. 207].

У Пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення верховенства права у захисті основних прав і свобод людини і громадянина» йдеться: «На сьогодні принцип верховенства права набув універсального характеру, втілюючись, завдяки відповідним механізмам та юридичним інструментам, на глобальному, регіональному та національному рівнях. Поняття «верховенства права» проявляється як головна ознака держави у конституціях Албанії, Андорри, Вірменії, Білорусі, Боснії та Герцеговини, Хорватії, Чехії, Естонії, Грузії, Угорщини, Молдови, Чорногорії, Румунії, Сербії, Словаччини, Словенії, Фінляндії, Німеччини, Мальти, Норвегії,

Португалії, Іспанії, Швеції, Швейцарії, Туреччини. Україна не стала винятком, уперше закріпивши принцип верховенства права в Основному Законі України як базовий, яким має керуватися суддя при здійсненні судочинства (частина перша статті 129)» [124].

У справах *Golder v. UK* (1975), *Philis v. Greece* (1991) ЄСПЛ зазначив: «Навряд чи можна досягнути верховенство права за відсутності можливості мати доступ до суду». У значній кількості рішень ВС можна спостерігати реалізацію цього принципу, коли судді, слідуючи існуючим законодавчим приписам, тлумачать норми таким чином, аби вони сприяли захисту прав людини» [186].

Якщо із складовим або інституційними принципами верховенства права не усе так просто, адже їх перелік не є остаточним, постійно оновлюється ЄСПЛ та доктриною, тим більше – беззупинно доповнюється доробками вчених, то критерії верховенства права, чітко визначені нормативно, допоможуть пролити світло на його сутність, особливо у частині, що стосується правосуддя.

Rule of Law Checklist було ухвалено Венеційською Комісією на 106-му пленарному засіданні (Венеція, 11-12 березня 2016 року) (CDL-AD (2016) 003). Цей контрольний перелік питань є комплексним деталізованим інструментом практичного оцінювання стану верховенства права (правовладдя), як у нормотворчій, так і нормозастосовчій діяльності. Ключова ідея документу полягає у тому, що, незважаючи на відмінності правових культур та національних юридичних систем, правовладдя передбачає наявність системи чітких приписів права, що гарантують кожному право на гідне, рівне та справедливе ставлення, а також право на оскарження до незалежного суду згідно справедливих процедур.

Кожен зі складників поділено на детальніші теоретичні компоненти, що їх згруповано в блоки питань, щоб розкрити сутність відповідного принципу. Надзвичайно важливим в українському перекладі контрольного переліку («Мірило правовладдя») є зауваження «оцінювання стану

верховенства права (правовладдя) має здійснюватися не у формі зовнішнього контролю, а це має бути неспинний процес щоденного застосування приписів права з усвідомленням сутності й змісту верховенства права (правовладдя) та його складників» [101].

У частині документу «Доступ до правосуддя» зазначається, що організація та діяльність суду ґрунтуються на низці досить різних за своїм змістом і обсягом принципів. Відправним, визначальним з-поміж них у сучасній державі є принцип незалежності суду й суддів. Він найточніше відображає ідею самостійності судової гілки влади в системі поділу влади. Незалежність судової влади має кілька аспектів: інституційний, функційний та особистісний (незалежність самих суддів). Що важливо – функційну незалежність суду й суддів визначає насамперед їх безсторонність, тобто право й обов'язок суду й суддів ухвалювати рішення самостійно, неупереджено, тільки на основі Конституції та закону, *керуючись принципом верховенства права (правовладдя)*.

Отже судовий розсуд або внутрішнє переконання судді можна вважати одним з компонентів верховенства права.

Варто розглянути критерії верховенства права у частині доступу до правосуддя із більш детальним аналізом тих із них, які стосуються судової правотворчості та близьких питань.

Першим блоком йдуть «Конституційні гарантії судівництва», які пропонується перевірити шляхом відповіді на наступні питання:

Чи відповідає нормативний акт принципам організації судової влади?

Чи забезпечує нормативний акт об'єктивність процедури утворення суддів?

Чи забезпечує нормативний акт об'єктивність процедури призначення суддів?

Чи визначено об'єктивні критерії призначення суддів юридично?

Чи забезпечує нормативний акт участь громадян у здійсненні правосуддя?

Чи не створює нормативний акт умови для порушення принципу безсторонності судочинства?

Чи пов'язані підстави притягнення судді до дисциплінарної або кримінальної відповідальності з серйозними порушеннями?

Чи передбачено попередню згоду органу суддівського самоврядування на притягнення судді до кримінальної відповідальності?

Чи є підстави для усунення з посади судді виключними?

Чи забезпечено незалежну діяльність Ради правосуддя?

Отже, наявність суду є одним із основних критеріїв існування демократичної держави, оскільки судова гілка влади в класичній системі стримувань і противаг є чи не найвідповідальнішою за утвердження принципу верховенства права (правовладдя) й забезпечення прав та свобод людини. Вона часто для людей є останньою інстанцією, до якої вони можуть звертатися з метою встановлення справедливості. Саме тому суд має бути доступним для громадян та інших людей, які законно перебувають на території держави, і вони мають обґрунтоване право сподіватися на те, що суд захистить їх від неправомірних посягань будь-яких суб'єктів [101].

Р. Майданик вважає, що саме рішення суду покликане знаходити та втілювати надпозитивне право, яке функціонує як корелятор писаного права, існує як правовий додаток над позитивними правовими актами і походить із джерела, яке має назву «конституційний правовий лад», як єдність букви та духу правових значень [84, с. 46].

Це також стосується випадку, коли писаний закон не слугує засобом вирішення суспільних проблем. У такому випадку суддя повинен запобігти свавіллю; його рішення має ґрунтуватися на раціональній та розумній аргументації і заповнювати цю прогалину відповідно до стандартів практичної розумності та загальних ідей справедливості, які сприймаються та поділяються суспільством [84, с. 46].

Дуже багато додасть судовій гілці влади її укомплектовування людьми, які, окрім наведених вище критеріїв, матимуть ще й високі моральні якості.

Про моральні якості представників суддівського корпусу йшлося у попередньому розділі роботи, що іще раз повертає нас до питання про необхідність розробки й запровадження на нормативному рівні професіограми та психограми судді. Такі чіткі та доступні для сприйняття вимоги, що свідчать про високий рівень усіх складових компетентності суддів, сприятимуть зростанню авторитету судової гілки влади і пояснюватиме посилення правотворчої ролі суду у сучасній правовій системі України, адже професіограму нардепів також можна сформувати, проте, враховуючи виборний характер цих посад, та чіткого переліку вимог до кандидатів, визначених Конституцією України, навряд чи ці вимоги будуть належним чином враховуватись. Таким чином, стикаємось із тим, що виборність парламенту, яка зазвичай позиціонується як фактор їхнього переважного права творити закони, може і навпаки бути обмежувальним щодо рівня їхньої компетентності.

Водночас фундаментом ефективного функціонування судової системи слід визнати чіткі конституційні гарантії судівництва, які мають створювати неодмінні передумови незалежності суддів, підтримки їхньої діяльності й охорони, а також запобіжники для суддів, що допомагало б їм і стимулювало б їх чесно та професійно здійснювати свою діяльність у сфері правосуддя.

Отже, логічно, що другим блоком йдуть гарантії незалежності суду. Які питання Венеційська комісія вважає тут ключовими:

Чи унеможлиблює нормативний акт будь-який зовнішній, зокрема політичний, тиск на судівництво?

Чи не впливає нормативний акт на незалежний спосіб призначення судді?

Чи не впливає нормативний акт на зміну граничного строку повноважень судді?

Чи не установлює нормативний акт можливість перегляду судового рішення в інший спосіб, ніж перегляд судом вищої інстанції?

Чи не порушує нормативний акт чітко визначених умов компетенції суду/судді?

Чи здійснюється розподіл справ між суддями на основі об'єктивних і прозорих критеріїв?

Чи виключено відсторонення судді від ведення справи, окрім випадків відводу й самовідводу?

Чи не перешкоджає функційний імунітет судді застосуванню до нього заходів у разі вчинення ним дисциплінарних проступків?

Чи забезпечено незалежне та легітимне обрання до Ради правосуддя представників суддів, адвокатів, громадськості?

Чи забезпечено достатню й справедливу винагороду судді?

Чи забезпечено законом антикорупційні заходи в системі правосуддя?

Безумовно, незалежність суду є однією з найважливіших (якщо не найважливішою) з його характеристик. Її наявність – це головна передумова існування демократичної держави, що визнає й упроваджує принцип верховенства права (правовладдя). Саме незалежність суду поряд із справедливістю суддів формує в суспільстві довіру до цієї гілки влади. Незалежність суду полягає в наявності системи гарантій судочинства, які унеможливлювали би вплив на суд як автономну гілку влади, на суддів як носіїв цієї влади та на весь процес здійснення правосуддя з боку будь-яких інших органів влади або інших суб'єктів. Водночас вплив інших органів влади може мати місце, але лише в системі стримувань і противаг та лише у чітко передбачений законом спосіб [101].

У Постанові Верховного Суду України «Про незалежність судової влади» від 13.06.2007р. № 8 зазначається, що гарантії незалежності і недоторканності суддів як носіїв судової влади та самостійності судів як судових органів визначено Конституцією та законами України [141]. Важливим здається момент, що наголос у даному документі зроблено не просто на незалежності судової влади, а на рівнозначності її з іншими гілками. Те, чого чекали хіба не з моменту розроблення самої ідеї розподілу

влади, коли судова взагалі не одразу була очевидно відділеною. Про незалежність судової влади багато говорили як на міжнародному, так і на національному рівнях, як у практичній площині (практика Конституційного Суду України перенасичена відповідними правовими позиціями), так і серед науковців, однак дана проблематика залишається актуальною і досі. Варто визнати, що багато на шляху до удосконалення ситуації, що склалася із незалежністю в Україні, привнесла конституційна реформа 2016 року. Але ще є низка питань, над якими варто працювати, оскільки саме незалежність судової влади є запорукою справедливого неупередженого правосуддя.

Таким чином, реалізація зазначених правових гарантій здійснення правосуддя є необхідною передумовою належного виконання судом своїх конституційних функцій із забезпечення дії принципу верховенства права, захисту прав і свобод людини та громадянина, утвердження і забезпечення яких є головним обов'язком держави (статті 3, 8, 55 Конституції України).

Додатковий критерій визначає сам процес здійснення правосуддя, і стосується того, що нормативний акт не має установлювати перегляд судового рішення інакше, ніж як у спосіб перегляду судом вищої інстанції. Світовий досвід указує на те, що в системі судочинства визначено стандартний спосіб перегляду судових рішень, який базується на наявності апеляційної та касаційної інстанцій, що покликані забезпечити справедливість і легітимність судових. Це означає, що нормативний акт не має установлювати будь-які інші способи перегляду судових рішень, аніж ті, що їх стандартно встановлено. Не дозволяється створювати додаткові квазісудові органи, які переглядали б ці рішення, обходячи установлену процедуру.

Третій блок носить назву «Справедливе судочинство» і передбачає з'ясування того, чи забезпечено: доступ до судочинства; рівні права в процесі здійснення правосуддя; гласність судового розгляду; змагальність судового процесу; право особи висловити свою позицію (*the right to be heard*); право на правничу допомогу; право на захист; можливість відводу

судді; розумні строки судового розгляду; право оскарження судових рішень [101, с 131].

Справедливість судочинства поряд із його незалежністю вважається чи не найважливішою його характеристикою, оскільки саме справедливого суду прагнуть пересічні громадяни, і саме через цю призму, насамперед, вони оцінюють якість здійснення правосуддя в державі. Водночас справедливість – надто неусталене і нечітке поняття, яке складно визначити конкретно: що в теорії, що й на практиці.

Метою справедливості є забезпечити такий стан у суспільстві, коли жоден з його членів не відчував би себе ображеним (суб'єктивна сторона справедливості) і розподіл доступних благ для членів суспільства (як і розподіл обов'язків) було би здійснено з максимальним урахуванням внесків кожного члена суспільства в його діяльність (об'єктивна сторона справедливості). На жаль, більш чітке визначення справедливості за допомогою арифметичних методів на теперішньому етапі розвитку технологій залишається нездійсненою справою. Так, враховуючи сучасні тенденції до автоматизації процесів, до її об'єкту неодноразово пропонувалося долучити й судочинство. Досить чимало аспектів цього процесу вдалося вирішити з допомогою автоматизації, однак донині ще жодній автоматизованій системі не під силу впровадити справедливе вирішення спорів [101, с. 132].

Приклади автоматизованих систем судочинства, які існують в світі, охоплюють лише арбітражні процеси й стосуються лише найпростіших справ, зокрема тих, де аспект справедливості можна ототожнити з аспектом рівності. Саме тому, щоб забезпечити справедливе судочинство, потрібні люди, які мають життєвий і професійний досвід, а також знають, що таке несправедливість, і саме тому слід зауважити, що справедливість рішення суду базується на критеріях, унікальних для кожної справи. Детальніше питання автоматизації прийняття рішень та залучення до цього штучного інтелекту буде розглянуте у наступному пункті роботи, проте наведені

аргументи, про участь людини-судді для забезпечення справедливого судочинства з огляду на унікальність кожної справи, здається черговим підтвердженням потреби у визнанні більш широкого судового розсуду та його вираження у вигляді нормотворчості (правоконкретизації).

Чи не найважливішим, є право на оскарження судових рішень. Це право є засадничим у системі судочинства і надає стороні можливість звернутися з питанням про перегляд рішення до суду вищої інстанції, який має повноваження скасувати рішення суду нижчої ланки. У такий спосіб забезпечується справедливість, оскільки є можливість скасувати або переглянути несправедливе рішення.

Четвертий блок присвячений судовому конституційному контролю і в контексті поточного дослідження цікавить наступними критеріями:

Чи врегульовано підстави й перелік осіб, що мають право звернення до Конституційного Суду?

Чи забезпечено принципи конституційного контролю, а саме: верховенство права (правовладдя), незалежність, колегіальність, гласність, обґрунтованість і обов'язковість ухвалених органом конституційного контролю рішень і висновків?

Чи переглядають органи державної влади свої нормативні акти, ураховуючи аргументи й рішення Конституційного Суду?

Чи усуває парламент прогалини та колізії, що їх виявив Конституційний Суд?

Чи переглядають суди загальної юрисдикції свої рішення з урахуванням юридичних позицій Конституційного Суду? [101, с.135-136].

Варто наголосити, що стосовно верховенства права і Конституційного Суду України, то конституційне правосуддя відіграє величезну роль саме в оволодінні всіма судами ідеєю верховенства права. Проте існує низка проблем. Рішення Конституційного Суду не приймаються з великою дуже радістю іншими судовими структурами, і, більш того, у багатьох випадках зустрічають певний опір, не приймаються ними.

Очевидно, тут все-таки повинна спрацьовувати ця друга частина, яка говорить, що суди пов'язані ідеєю верховенства права. До однієї з основних ідей, яка впливає з верховенства права, відноситься не просто здійснення юридичної процедури для вирішення будь-якого спірного питання за правилами, що існують для органів правосуддя, але здійснення цієї процедури компетентним судом. І, якщо така вимога існує, – здійснення правосуддя компетентним судом, – то ясно, що для виявлення конституційного сенсу норми немає поки у нас іншого суду, крім конституційної юрисдикції, і саме вона уповноважена на виявлення конституційного сенсу норми.

Тому, не маючи за мету аналізувати усі питання стосовно конституційної юрисдикції як такі, що виходять за межі предмету дослідження, варто зупинитися на останніх в переліку (проте не останніх за значенням) двох аспектах, а саме: обов'язок органів публічної влади, яких стосувалося рішення Конституційного Суду, переглядати свої рішення, нормативні акти, ураховуючи аргументи, що їх викладено в рішенні Конституційного Суду. Зокрема, це стосується парламенту та судів загальної юрисдикції. Цей аспект є одним із найважливіших, оскільки він покликаний забезпечити результативність діяльності органу конституційної юрисдикції. Це означає, що, оскільки Конституційний Суд при розгляді певної справи віднайшов певні приписи нормативного акту, які вказують на те, що якийсь із органів державної влади порушив конституційні норми, то таке порушення треба усунути. Понад те, у рішенні Конституційного Суду, як правило, зазначається не тільки, які саме норми конституції порушено, а і як саме Конституційний Суд рекомендує органам, від яких залежить зміна цих актів, здійснити це. Так само це стосується й судів загальної юрисдикції, яким не можна після винесення рішення Конституційним Судом із конкретного питання розглядати й тлумачити відповідні норми не так, як це зробив Конституційний Суд. Проте із виконанням рішень Конституційного Суду України протягом всього періоду його існування зберігаються суттєві

проблеми. Відсутній механізм виконання рішень, відсутня змога судів загальної юрисдикції звернутися безпосередньо до КСУ, не повністю прозорим здається механізм перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами у зв'язку із прийняттям рішень КСУ, не забезпечений дієвим механізмом аспект преюдиційності його актів. Усе це потребує на подальше наукове вивчення та нормативне коригування.

Блок п'ять стосується питання про виконуваність судових рішень. Для забезпечення дієвості принципу верховенства права (правовладдя) треба не лише, щоб суд був незалежним, судді – компетентними й чесними, а й також те, щоб судові рішення було виконано. Виконання судового рішення є останнім етапом відносин особи й судової системи – власне, тим, задля чого особа до неї й звертається. Судові рішення, що їх не виконано, нівелюють свою цінність як для людей, так і для системи державної влади, оскільки в такий спосіб утрачається баланс між різними гілками влади. Дві інші гілки влади мають завдання забезпечити не лише адекватні умови діяльності судової влади, а й виконуваність судових рішень. Законодавча влада має передбачити цей механізм у законах, а виконавча влада повинна на практиці забезпечити, щоб винесені судами рішення було виконано.

Щоб забезпечити цей аспект, нормативний акт має визначати такі критерії. По-перше, вимоги в законодавстві щодо ясності, чіткості й зрозумілості судового рішення мають бути належно викладеними. Це означає, що судові рішення має бути викладено без жодних завуальованих елементів, себто в такий спосіб, щоб будь-хто був спроможним зрозуміти, що саме вирішив суд, не звертаючись до фахівців, які б мали розтлумачити йому сутність ухваленого рішення. Чіткість же, зі свого боку, означає, що сутність рішення сприймається однозначно, без різночитань. Крім того, поняття чіткості передбачає можливість суб'єкта передбачати результати своїх дій, що є також важливою характеристикою верховенства права (правовладдя).

Крім цього критерію важливим також є безперешкодний доступ до судових рішень. Це забезпечується шляхом опублікування судових рішень у друкованій формі, а також у формі електронної бази даних, де містилися б судові рішення. Прикладом такої бази в Україні є Єдиний державний реєстр судових рішень. Судові рішення, що їх ухвалено судами, мають бути доступними для людей, кому належить мати можливість ознайомитися з тим, що саме суд вирішив у їхній справі, а також у справах інших людей або юридичних осіб [101, с. 140–141].

Окремим критерієм прописана повнота та досконалість виписаної юридичної процедури примусового виконання рішення. Важливим критерієм також є дієва процедура оскарження невиконання судового рішення. Як уже зазначалося в попередніх розділах, сама процедура оскарження судових рішень є важливим елементом сутності верховенства права (правовладдя). Ще більшої важливості вона набуває у випадку оскарження самої процедури невиконання судового рішення, оскільки вона, якщо її не здійснено, не відповідає вимогам принципу верховенства права (правовладдя).

Наступним критерієм є достатня регламентованість і забезпечення функціонування інституту відповідальності за невиконання судового рішення зобов'язаною особою. І останній критерій – це дієвість процедури притягнення до відповідальності держави в разі невиконання судового рішення.

Отже, іще раз важливо підкреслити: гарантією об'єктивного, неупередженого й справедливого здійснення суддею правосуддя є те, що підкорення судді закону, ухваленому відповідно до демократичної процедури, не означає формального дотримання його букви, ігнорування загальних принципів права та інших його цінностей, відображених у Конституції, актах міжнародного права та міжнародній судовій практиці, тобто передбачає наявність у судді широкого юридичного світогляду; а також обов'язок судді аргументувати ухвалене ним рішення приписами

закону, загальними принципами права, іншими його цінностями та звіряти рішення з відповідною усталеною судовою практикою. Ці тези свідчать на користь судової правотворчості як передумови (критерію) верховенства права.

Хотілося б зробити наголос на особливій ролі для утвердження «верховенство права» саме адміністративної юстиції. На думку Т. Морщакової, функція суду з перевірки права, що застосовується, на відповідність загальноправовим принципам, власне, тільки стала прокладати собі дорогу з тих пір, як була введена ідея судового контролю, який передбачає, в тому числі, наділення судів певною компетенцією по нормоконтролю в окремих процедурах, коли оскаржуються нормативні акти будь-яких органів, які мають право на їх видання [25]. Зрозуміло, що особлива роль тут відводиться саме адміністративним судам. Саме в Кодексі адміністративного судочинства було уперше серед процесуальних кодексів закріплено принцип верховенства права [105].

Кодекс адміністративного судочинства України у статті 6 «Верховенство права» визначає також низку важливих положень у контексті правотворчого потенціалу представників суддівського корпусу. Зокрема, «гарантування звернення до адміністративного суду для захисту прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України» (частина 3) [105]. Це положення знаходить своє продовження у наступній статті Кодексу, частина четверта статті 7 закріплює можливість (і водночас обов'язок) суду, якщо він доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, не застосовувати такий закон чи інший правовий акт, а застосовувати норми Конституції України як норми прямої дії.

Як зазначає Ж. Зіллер, концепції правової держави, законності та верховенства права розвивалися у різних країнах, проте, не будучи ідентичними, принцип законності, *Rechtstaatlichkeit* та *rule of law* разом передбачають підкорення адміністративному праву, а отже, судовому

контролю». У чому і полягає основа адміністративного права в усіх країнах Західної Європи у XX ст. [52].

Розуміння *принципу верховенства права* через тлумачення статті 6 Європейської Конвенції, за визначенням Європейського суду, набуває ще більшої ваги в контексті *адміністративного судочинства* при розгляді спору, результат якого має вирішальне значення для цивільних прав сторони спору: звертаючись по захист до найвищого адміністративного суду держави, заявник домагається не лише визнання оскаржуваного рішення недійсним, а й – передусім – усунення наслідків, породжених ним. За визначенням Суду, ефективний захист сторони цього виду судового розгляду і відновлення законності передбачають, що адміністративні органи влади зобов'язані підкоритися рішенням цього суду». У зв'язку з цим Суд зазначив, що «адміністративні органи влади – це єдиний елемент держави, підвладної верховенству права, і їхнє призначення, відповідно, збігається з потребою в належному забезпеченні справедливості»: «якщо адміністративні органи влади відмовляються підкорятися чи не підкоряються рішенням суду або навіть якщо вони зволікають з цим, то гарантії, якими володіє – відповідно до статті 6 – сторона упродовж власне судової стадії розгляду, втрачають своє призначення [32].

Порівнюючи інститут адміністративних судів із судами ординарної юрисдикції на прикладі історичного розвитку цього інституту у Франції, Суд був одностайним у тому, що «саме запровадження та існування адміністративних судів можна вітати як одне з найпомітніших досягнень держави, побудованої на верховенстві, зокрема через те, що визнання юрисдикції таких судів — виносити рішення стосовно актів адміністративних органів влади — відбулося не без боротьби». Навіть у наші часи, як зазначив Суд, багато чинників доводять, «наскільки нелегко було виконавчій владі погодитися з тим, щоб її акти були предметом нагляду з боку судів». Саме на це вказує і «той спосіб, у який формується кадровий склад цих судів», і «особливий статус суддів цих судів, який

різниться від статусу суддів судів звичайної юрисдикції», і «особливі риси функціонування системи адміністративної юстиції»[74].

Крім проаналізованого і вельми важливого для поточного дослідження документу Венеційської комісії, варто звернути увагу на іще один, менш популярний метод оцінки верховенства права в конкретній державі – Індекс верховенства права. Щорічно неурядовою міжнародною організацією *World Justice Project* проводиться оцінка дотримання принципів верховенства права із застосуванням комбінованого показника – Індексу верховенства права (*The Rule of Law Index*). В 2020 р. Україна посіла 72 місце в рейтингу країн, зміцнивши свої позиції на 6 сходинок. Проте, вона все ще перебуває у нижніх рядках рейтингу серед аутсайдерів Пакистану, Камбоджі, Зімбабве, Афганістану та Венесуели.

Індекс верховенства права Всесвітнього проекту правосуддя (WJP) 2020 є останньою доповіддю щорічної серії, що вимірює верховенство права на основі досвіду та уявлень широкої громадськості та юристів та експертів з різних країн світу у всьому світі.

Світовий проект правосуддя (WJP) розробив Індекс верховенства права WJP, щоб служити кількісним інструментом для вимірювання верховенства права на практиці. Методологія Індексу та всебічне визначення верховенства права є результатом інтенсивних консультацій та перевірки з науковцями, практиками та керівниками громад з понад 100 країн та юрисдикцій та 17 професійних дисциплін [221].

Оцінки та рейтинги восьми факторів та 44 субфакторів Індексу базуються на двох джерелах даних, зібраних WJP:

1. Загальне опитування населення (GPP), проведене провідними місцевими виборчими компаніями, з використанням репрезентативної вибірки з 10001 респондента в кожній країні та юрисдикції;

2. Анкети кваліфікованих респондентів (QRQ), що складаються із закритих питань, заповнених юристами, експертами та науковцями, що мають досвід цивільного та господарського права в країні; конституційне

право, громадянські свободи та кримінальне право; трудове законодавство; та охорони здоров'я.

У сукупності ці два джерела даних надають поточну оригінальну інформацію, що відображає досвід та уявлення широкої громадськості та юристів та експертів юристів у 128 країнах та юрисдикціях по всьому світу.

Верховенство права «зважається» з огляду на практику. Індекс вимірює дотримання верховенства права шляхом аналізу результатів державної політики, наприклад, чи мають люди доступ до судів або чи ефективно контролюється злочинність. Це на відміну від зусиль, зосереджених на письмовому правовому кодексі чи інституційних засобах, за допомогою яких суспільство може прагнути досягти таких результатів політики.

Всебічність і багатовимірність індексу полягає у тому, що хоча інші показники охоплюють окремі аспекти верховенства права, такі як відсутність корупції або прав людини, вони не дають повної картини стану верховенства права. Індекс верховенства права WJP – єдиний глобальний інструмент, який всебічно розглядає верховенство права [221].

Надзвичайно важливо, і це відповідає вищенаведеним міркуванням з приводу прав людини як наріжного каменю доктрини верховенства права, є так званий пункт «Перспектива простих людей». Він засвідчує, що Індекс верховенства права WJP ставить саме людей в основу. Він розглядає дотримання країною принципу верховенства права з точки зору простих людей та їх досвіду верховенства права у своїх суспільствах. Індекс вивчає практичні повсякденні ситуації, наприклад, чи можуть люди отримати доступ до державних послуг, і чи може суперечка між сусідами вирішуватися мирним та економічним шляхом незалежним суддею.

Нові дані на основі фактичного досвіду. Індекс – це єдиний комплексний набір показників верховенства права, який базується на первинних даних. Бали Індeksu будуються на основі оцінок жителів (1000 респондентів на країну або юрисдикцію) та місцевих юристів та експертів,

які забезпечують, щоб результати відображали умови, які переживають фактичні люди, включаючи жителів маргіналізованих верств суспільства.

Індекс був розроблений для застосування в країнах та юрисдикціях із значно різними соціальними, культурними, економічними та політичними системами. Жодне суспільство ніколи не досягло – не кажучи вже про стійке – досконалої реалізації верховенства права. Кожна країна стикається з постійною проблемою побудови та оновлення структур, установ та норм, які можуть підтримувати і підтримувати культуру верховенства права.

Проект World Justice Project визначає верховенство права як тривалу систему законів, установ, норм та зобов'язань громади, що забезпечує:

- Підзвітність – Уряд, а також приватні суб'єкти відповідають за законом.
- Справедливі закони – закони чіткі, розголошені та стабільні; наносяться рівномірно; та захищати основні права, включаючи безпеку людей та договору, майно та права людини.
- Відкритий уряд – процеси, за допомогою яких закони приймаються, застосовуються та виконуються, є доступними, справедливими та ефективними.
- Доступне та неупереджене вирішення суперечок – правосуддя своєчасно здійснюється компетентними, етичними та незалежними представниками та нейтралістами, які мають доступ, мають достатні ресурси та відображають склад громад, яким вони служать [221, с. 10].

Важливим в процесі даного дослідження є усвідомлення того, що система позитивного права, яка не дотримується основних прав людини, встановлених міжнародним правом, є в кращому випадку «верховенством закону» і не заслуговує на те, щоб називатися системою верховенства права. Оскільки існує безліч інших показників, які стосуються прав людини, і оскільки для Індексу було б неможливо оцінити дотримання всього спектру прав, цей фактор зосереджується на відносно скромному меню прав, які міцно встановлені Загальною декларацією ООН прав людини і найбільш

тісно пов'язані з проблемами верховенства права. Тут Україна на 49 місці. [221, с. 25].

Отже, індекс та місце країни в рейтингу визначається за такими критеріями: обмеження повноважень інститутів влади; відсутність корупції; прозорість інститутів влади/відкритість влади; захист основних; порядок і безпека; дотримання законодавства; цивільне правосуддя; кримінальне правосуддя. Це є свідченням того, що незалежно від типу правової системи і навіть рівня розвитку, усі країни мають керуватися спільними ідеалами та дотримуватися схожих вимог і заборон. Людина є визначальним пріоритетом всюди, корупція не може бути виправдана нічим, адже рано чи пізно як іржа роз'їсть основи демократичної правової держави і призведе до нерівності, зловживання владою, інших девіантних проявів з боку владних структур, а як наслідок, і суспільства.

Аналізуючи відповідний Звіт за 2020 рік, не можна не звернути увагу на відомості, представлені по кожній країні окремо. Щодо України, з восьми категорій (Обмеження державних повноважень; Відсутність корупції; Відкритий уряд; Основні права; Порядок і безпека; Правозастосування; Цивільне правосуддя; Кримінальне судочинство) найгірші показники можна побачити стосовно рівня корупції (110 місце з 128), правозастосування (100 місце з 128) й кримінального процесу (90 місце з 128).

Враховуючи методологію визначення індексу (як зазначалося, проект розглядає дотримання країною принципу верховенства права з точки зору простих людей та їх досвіду верховенства права у своїх суспільствах), варто зазначити, що не лише проблеми у означених сферах є вагомою перешкодою на шляху до утвердження верховенства права, але й довіра до відповідних органів з боку суспільства.

Основною метою реформи українського судочинства стало відновлення довіри суспільства до судової системи України з метою досягненню належного рівня реалізації принципу верховенства права та

забезпечення громадянам права на справедливий суд в Україні. Однак, як демонструють останні дослідження, 79% адвокатів, 65% прокурорів та 49% суддів вважають, що проведена судова реформа в сфері забезпечення організаційно-правових засад реалізації права на справедливий суд не є неефективною [124].

Тема довіри належить до ключових у взаємовідносинах між державою та громадянським суспільством, окремими соціальними інститутами, соціальними групами та громадянами. Оцінка довіри до суду визнана виміром верховенства права. Ще Анатолій Коні зазначав: «Там, де справедливість і правосуддя не зливаються в єдине поняття, де можливо повторити слова Бомарше, звернені до судового діяча: «Я розраховую на вашу справедливість, хоча ви і служитель правосуддя», – там громадський побут похитнутий в своїх моральних підставах [68].

Стаття 8 Загальної декларації прав людини 1948 року передбачає, що кожна людина має право на ефективне поновлення в правах компетентними національними судами у випадках порушення її основних прав, наданих їй конституцією або законом. Право на ефективний засіб захисту закріплено також у статті 2 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права [100] і в статті 13 Конвенції про захист прав людини та основних свобод [144].

Довіра до суду є умовою довіри до публічної влади загалом та окремих інститутів. О. Волянська, І. Підкуркова зазначають, що без визнання того, що в країні існує ефективний судовий захист від зловживань чи інших неналежних дій посадових осіб та державних органів, неможливо уявити сприйняття населенням державного устрою як демократичного урядування. Інституційна довіра населення до суду є основою його легітимності у демократичному суспільстві [24, с. 151].

Саме брак довіри до суду дозволяє декотрим вченим заперечувати існування в Україні прецедентної системи права, адже Україна ще не готова до визнання прецедентної системи права, оскільки для цього потрібен

певний рівень довіри до суду, якого бракує українцям. Але до цього треба прагнути [84, с. 42].

Проблема довіри до суду є чи не найболючішою для нашого суспільства. У 2012 році Комісар Ради Європи з прав людини висловив серйозне занепокоєння щодо тверджень про політичний тиск на судову владу в Україні (Рішення у справі «Олександр Волков проти України» (*Oleksandr Volkov v. Ukraine*), заява № 21722/11, пункт 80, ЄСПЛ 2013) [121].

Судова (конституційна) реформа, яка триває протягом останніх років, незважаючи на низку позитивних зрушень і результатів, саме у сфері довіри суспільства до судової влади не досягла бажаного результату: менше 1% громадян вважають її повністю успішною, а суди й надалі мають один із найнижчих рівнів довіри і підтримки серед усіх соціальних інституцій. Несправедливість у системі правосуддя вважають серйозною проблемою для України 89% громадян [208]. Навіть нещодавні події із Конституційним Судом та його резонансним рішенням демонструють, наскільки завідомо упереджене та засуджуюче ставлення мають члени українського суспільства до рішень та підвалин їхнього прийняття. Усе це актуалізує подальші наукові пошуки саме у сфері теорії держави і права задля застосування інструментарію, здатного не лише удосконалити правову базу діяльності правозастосовних органів, а й створити підґрунтя для адекватного сприйняття суспільством тих доробок та досягнень, яких крок за кроком досягає незалежна судова влада.

Дослідження оцінки довіри до судів як фактору довіри до публічної влади знаходиться в центрі уваги вітчизняних і зарубіжних вчених. До цих проблем зверталися М. Балак, Б. Барбер, М. Буроменський, М. Кінг, І. Лавриненко, В. Лебедєв, Н. Луманн, К. Моргнер, О. Сердюк, Т. Хабрієва та ін. Проте варто зважити можливість більш ефективного використання загальнотеоретичного інструментарію досягнення належного рівня довіри до суду поруч із існуючими доктринальними та законодавчими

напрацюваннями щодо галузевих й міжгалузевих, матеріальних та процесуальних засобів.

Отже на «порядку денному» стоїть питання розширення арсеналу традиційних механізмів відновлення довіри суспільства до державних інституцій, у першу чергу, судових, за допомогою більш глибоко загальнотеоретичного аналізу пов'язаних із цим питанням правових принципів та феноменів задля практичної реалізації принципу верховенства права та забезпечення ефективного функціонування судової влади.

Як зазначає д.ю.н. М. Білак, вирішення проблеми довіри лежить у площині побудови відносин особи і судової влади. І в цьому плані важливо подолати відчуття меншовартості особи як щодо судової, так і всієї публічної влади. Влада, яка здійснює повноваження свавільно, без належної підзвітності, втрачає свою легітимність. Люди прагнуть відновлення справедливості, яка досягається у тому числі через процесуальну справедливість [12].

Варто висловити думку, що абсолютна довіра до суду – утопія, і серед тих, хто виступав стороною у справі, здається, завжди буде суттєва частка осіб, що незадоволені підсумковим рішенням. Уявити хоча б ситуацію, за якої у справі про порушення правил безпеки дорожнього руху, що призвело до смерті особи, суд не вбачатиме вини підсудного, бо факти свідчать про дотримання швидкісного режиму, порушення ПДР безпосередньо загиблим тощо. Тим більше, якщо суд витлумачить недостатність фактичних обставин на користь підсудного. Чи вважатиме таке рішення справедливим, наприклад, мати чи жінка загиблого? Очевидно, ні, бо людині у подібних життєвих обставинах, у жалобі, просто психологічно необхідно звинуватити хоча б когось у своєму горі. І якщо суд не визнає вини підсудного, навіть за умови, що подібне рішення відповідатиме конституційним принципам та міжнародним стандартам, потерпіла сторона у своїй свідомості сформує концепцію несправедливості судді та усієї судової влади.

Так, Голова КСУ О. Тупицький зазначає: «У тих випадках, коли розглянута Судом справа пов'язана з відповідними соціальними очікуваннями (наприклад, стосується питань пенсійного забезпечення або інших форм соціального захисту) і Суд ухвалює рішення, так би мовити, «не на користь» громадян, виникає досить хвороблива реакція. Люди в різних формах виражають свою незгоду з позиціями КСУ і в цілому всю його роботу починають сприймати дуже критично» [185, с. 145].

У цьому контексті варто продемонструвати такий нюанс. Дослідження ставлення громадян України до судової влади, оцінки ними різних аспектів діяльності судів, проведене соціологічною службою Центру Разумкова спільно з Проектом Ради Європи «Підтримка впровадженню судової реформи в Україні» за підтримки Ради суддів України [50] засвідчило помітну різницю у ставленні до судової системи між населенням України в цілому та громадянами, які мають безпосередній нещодавній досвід спілкування з судами. Серед останньої групи переважає довіра до судової системи: баланс довіри до судової системи в цілому є позитивним, тобто число опитаних, які довіряють судам (47,0%) було вищим, ніж число тих, хто судовій системі не довіряє (41,4%). Отже, під час комунікації із представниками судової влади простежується позитивна динаміка довіри членів суспільства до них, і це здається важливим показником компетентності суддів та якості їхньої роботи.

Водночас такі дані спонукають спрямувати увагу науковців на подолання деформації правосвідомості тих осіб, які при оцінюванні органів правосуддя керуються виключно застарілими стереотипами радянських та пострадянських часів, а також розтиражованими ЗМІ (не завжди достовірними) фактами виявлення суддівської недоброчесності.

Варто простежити трансформації законодавчої бази, які протягом останніх років прямо чи опосередковано були спрямовані на реформування судової системи України. Так, на тлі подій, що відбувалися у нашій державі у 2014 році, з'явилися нові законодавчі акти так би мовити «специфічної»

природи, спрямовані на подолання розтлінних наслідків епохи президентства одіозного В. Януковича. Йдеться у першу чергу про Закон України «Про очищення влади», неоднозначність якого підтверджується, зокрема, тим, що внаслідок його застосування окремі групи громадян потрапили під дію закону «автоматично», і потерпілими стали доброчесні посадовці, як це визнав Європейський суд з прав людини, наприклад, у справі «Полях та інші проти України» (Заява № 58812/15 та 4 інші заяви), у якій було визнано порушення права на справедливий суд [121]. При цьому ЄСПЛ не визнавав неправомірною українську люстрацію як таку, а лише «констатував її надмірний обсяг».

Також 8 квітня 2014 року був прийнятий Закон України «Про відновлення довіри до судової влади в Україні» [131]. У пояснювальній записці до цього проекту Закону йшлося про «нагальну необхідність в прийнятті закону, спрямованого на відновлення довіри до судової влади в Україні, підвищення авторитету суддів, системне очищення суддівського корпусу від суддів, які порушують присягу» [125]. Метою цього законопроекту було визначено утвердження в суспільстві верховенства права та законності, відновлення довіри до судової системи України, але на підґрунті такої високої мети усього-навсього запроваджувався механізм тотальної перевірки суддів судів загальної юрисдикції для виявлення фактів, що свідчать про порушення суддею присяги судді, наявність підстав для притягнення суддів, які виносили рішення, спрямовані на обмеження права на участь у мирних зібраннях або у зв'язку з участю у мирних зібраннях, до дисциплінарної або кримінальної відповідальності.

Не заперечуючи доцільності таких заходів, все ж варто наголосити, що відновленню довіри «публічне побиття» представників органів державної влади якщо і слугуватиме, то недовго і недостатньо. Отже довіру до судової влади з боку суспільства треба відновлювати комплексно і поступово.

Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки, затверджена Указом Президента України № 276/2015 від 20.05.2015 р., унаслідок реалізації якої передбачалося, що «судова система України та суміжні правові інститути працюватимуть, керуючись принципом верховенства права, ефективно, продуктивно та скоординовано, стануть підзвітними громадянам України, вільними від будь-якого політичного впливу та відповідатимуть стандартам і передовим практикам Європейського Союзу».

Метою Стратегії проголошувалося визначення пріоритетів реформування системи судоустрою задля практичної реалізації принципу верховенства права та забезпечення функціонування судової влади, що відповідає суспільним очікуванням щодо незалежного та справедливого суду». Підвищення ступеня довіри суспільства до органів судової влади та суміжних правових інститутів виокремлено як одне з завдань Стратегії [146].

Водночас, цікаво, що до основних чинників вкрай низького рівня довіри до судів та суддів поряд із розповсюдженістю корупційних явищ у сфері правосуддя та збереженням факторів залежності суддів від виконавчої та законодавчої гілок влади першим пунктом визначено низький рівень правової культури та правової свідомості суспільства.

Чинником довіри до органів влади, особливо тим, які уповноважені здійснювати правозастосування, згідно із позицією А. Штанька, є правосвідомість [204, с. 149].

Вартий уваги науковий доробок Т. Міхайліної, згідно із яким синергетичну роль правосвідомості у правовій системі держави легко простежити, заглибившись в онтологічні та функціональні особливості всіх її уявних компонентів [103, с. 121]. З огляду на це, вчена характеризує правосвідомість як засіб, що дозволяє правовій нормі виконувати своє регулятивне призначення, адже без її відбиття у свідомості особи норма права залишиться лише словами на папері. І лише сприйнятий особою,

даний припис створює внутрішній імператив, який може суттєво варіюватися залежно від позитивного чи негативного його сприйняття, що у кінцевому результаті втілюється у фактичній правовій поведінці особи [103, с. 121].

У Висновку № 20, підготовленого Консультативною радою європейських суддів (КРЕС), йшлося зокрема, що неодноразове ухвалення судових рішень, які суперечать одне одному, може створити ситуацію юридичної невизначеності, що спричинить зменшення довіри до судової системи, у той час як ця довіра є важливим елементом держави, що керується принципом верховенства права» (рішення Європейського суду з прав людини у справі «Вінчіч та інші проти Сербії», заява № 44698/06). Єдине застосування законів обумовлює довіру громадськості до судів і покращує громадську думку стосовно справедливості та правосуддя [145].

Отже, невід'ємно пов'язаним із темою довіри до судової влади здається питання передбачуваності судових рішень і тісно пов'язаний із ним принцип правомірних очікувань.

У тексті доповіді Венеційської комісії підпункт «легітимні очікування» витлумачено так. Принцип легітимних очікувань є складовою загального принципу юридичної визначеності в праві Європейського Союзу, виведеного з національних систем права. Він так само виражає ідею, що органи публічної влади повинні дотримуватися не лише приписів актів права, а й своїх обіцянок та очікувань. Згідно з доктриною легітимних очікувань, ті, хто діє добросовісно на підставі права, не повинні відчувати краху надій щодо своїх легітимних очікувань. Утім нові ситуації можуть бути достатньою підставою для законодавчих змін, що спричиняють виникнення відчуття краху легітимних очікувань у виняткових випадках. Таку доктрину застосовують не лише до законодавства, а й до рішень індивідуального характеру, які ухвалюють органи публічної влади [101].

Конституційний Суд України одним із елементів верховенства права називає «принцип правової визначеності як вимогу визначеності, ясності і

недвозначності правової норми, що дозволяє забезпечити її однакове застосування й виключає необмеженість трактування у правозастосовній практиці, яке б неминуче призводило до сваволі (абзац другий підпункту 5.4 пункту 5 мотивувальної частини)» [159].

У практиці Європейського суду з прав людини багаторазово визнавалася недосконалість чинного законодавства України у зв'язку із недотриманням принципу правової визначеності. Так, у рішенні від 6 листопада 2008 року у справі «Єлоєв проти України» Суд вказав, що «практика, яка виникла у зв'язку із законодавчою прогалиною, сама по собі суперечить принципу юридичної визначеності, який імплікований Конвенцією і який становить один із основних елементів верховенства права» [45].

Отже, неухильне дотримання принципу верховенства права, зокрема принципу правової визначеності та вимог про єдність судової практики, розумну передбачуваність судових рішень, слугуватиме зміцненню авторитету судової влади та відновленню довіри до системи правосуддя, що, в свою чергу сприятиме «пануванню права у суспільстві», гарантуватиме кожному право на справедливий суд, допомагатиме підвищенню правосвідомості суспільства. Певною мірою замкнене коло, адже «утвердженню верховенства права має слугувати дотримання принципу верховенства права», але усвідомлюючи це, здається реальним дане коло розімкнути й перетворити на алгоритм, послідовність певних кроків і реформ, більшість з яких мають бути спрямовані на реформування саме судової системи.

Щодо правової визначеності та юридичної техніки. Окрім «розтиражованої» (абсолютно заслужено) науковою спільнотою проблематики забезпечення єдності судової практики, варто підняти тему якості законодавства й дотримання правил юридичної техніки (наразі йдеться про нормопроєктувальну техніку).

І. Биля-Сабадаш стверджує, що від рівня досконалості створення і реалізації нормативно-правових актів значною мірою залежить ефективність правового регулювання в цілому [11, с. 38].

Методичні рекомендації щодо оформлення проектів законів, розміщені на порталі Верховної Ради України, звертають увагу на мову закону, але дуже стисло. Розділ «Мова та термінологія законопроекту» лише рекомендує стисле викладення проекту простою літературною мовою, по можливості, короткими фразами, а також рекомендує уникати фрази з багатьма підрядними реченнями та звертає увагу на точність термінології [126].

Що ми маємо на практиці. Нормативно-правові акти, які є обов'язковими до виконання усіма членами суспільства, часто пишуться занадто формалізованою специфічною мовою, з переважанням складнопідрядних речень та різноманітних зворотів, не рідкістю є і порушення правил лексики, пунктуації, що призводить до варіативності розуміння змісту правових приписів, особливо серед осіб без юридичної освіти. Отже, пересічний громадянин, прочитавши та зрозумівши «по-своєму» норму права, передбачувано очікує на конкретне рішення, а натомість отримує подекуди зовсім протилежний результат. Ані рівень правосвідомості, ані рівень довіри до судової влади це не підвищує.

Відповідає цьому позиція І. Жаровської, яка вважає вироблення єдиних чітких та ефективних вимог та правил щодо підготовки текстів нормативно-правових актів передумовою вирішення проблеми підвищення ефективності доступності права і розглядає юридичну техніку в якості одного із засобів підвищення ефективності текстів нормативно-правових актів через систему правил та норм щодо техніко-правових аспектів викладу їх змісту, з точки зору їх чіткості, якості та доступності для учасників суспільних відносин. Також вчена формулює правила, з дотриманням яких має провадитися підвищення ефективності текстів нормативно-правових актів:

- чіткість, ясність, зрозумілість правових норм, які вміщуються у нормативно-правових актах, які б не допускали можливості їх неоднозначного тлумачення;
- побудова змісту нормативно-правових актів за принципом «від загальних положень до більш конкретних»;
- доступність та ясність правової термінології за допомогою загальнозрозумілих і доступних слів та словосполучень [47, с. 14–15].

Повністю заслуговує на підтримку також твердження І. Жаровської, що аналіз сучасного стану нормотворення дає підстави для висновку про необхідність розробки та прийняття окремого закону про нормативно-правові акти, де мають бути визначені основні норми та правила юридичної техніки які стосуються вимог до підготовки текстів нормативно-правових актів [47, с. 15].

Погоджується із цим Н. Артикуца, зазначаючи, що ігнорування правил законодавчої техніки, законів законодавчого стилю, недотримання елементарної логіки викладу, неузгодженість термінології та суперечливість правових норм у законодавчих актах не тільки негативно впливають на виконання вміщених у них правових приписів, а й формують зневагу до «букви закону» і навіть правовий нігілізм [4, с. 46].

У якості прикладу можна розглянути п.21.11 Правил дорожнього руху: «Забороняється перевозити дітей, зріст яких менше 145 см або тих, що не досягли 12-річного віку, – у транспортних засобах, обладнаних ремнями безпеки, без використання спеціальних засобів, що дають змогу пристебнути дитину за допомогою ременів безпеки, передбачених конструкцією цього транспортного засобу» [143].

Дана правова норма настільки невдало сформульована, що тільки здоровий глузд дозволяє відкинути таке її тлумачення, що взагалі заборонено перевозити дітей у транспорті, обладнаному ремнями безпеки. Одразу виникає інше питання – чи використання спеціальних засобів

перевезення дітей є не обов'язковим у транспорті без ременів безпеки. Врешті решт відкинувши і таке тлумачення з точки зору його неспівмірності із метою нормотворця – забезпечити безпеку дітей, стикаємося із третім нюансом. Відсутність дефініції «спеціальний засіб для перевезення дітей» дозволяє окремим публічним особам розповсюджувати свою версію трактовки аналізованого правила, а саме, що спеціальним засобом перевезення дітей в автотранспорті може бути не тільки спеціальне дитяче автокрісло, автолюлька або бустер, а будь що, аж до пінопласту, на якому сидітиме дитина.

Інший приклад невдалого формулювання норми права – намагання охопити цілу низку питань в одному реченні. Так, стаття 2 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» проголошує, що: «Місцеве самоврядування в Україні – це гарантоване державою право та реальна здатність територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища, міста – самостійно або під відповідальність органів та посадових осіб місцевого самоврядування вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України [140].

Що хотів сказати законодавець: 1) Держава підтримує та гарантує місцеве самоврядування; 2) місцеве самоврядування – це не декларація і не формальний принцип, а реальна здатність її первинного суб'єкту (громади) вирішувати питання місцевого значення; 3) територіальна громада є сукупністю жителів села, селища міста або їх добровільного об'єднання; 4) існують форми як безпосередньої, так і представницької демократії на місцях. До речі, формулювання «дефініції всередині дефініції» (йдеться про визначення територіальної громади, фактично продубльоване з Конституції України) припускає добровільне об'єднання територіальних громад лише сіл, але не селищ та міст, проте законодавча практика щодо децентралізації влади зафіксувала інший підхід.

Окремо варто зазначити необхідність поміркованого використання неологізмів та запозичених слів у нормативно-правових актах (як, наприклад, «діджиталізація», вживане у Положенні про Міжвідомчу координаційну комісію з питань регіонального розвитку [120], що здається складним для сприйняття, натомість може бути замінене більш зрозумілими словосполученнями «цифрова трансформація», «використання цифрових технологій»).

Лінгвістичний моніторинг україномовних законодавчих текстів (закони та інші нормативно-правові акти, законопроекти), здійснений у Центрі інноваційних методик правничої освіти Національного університету «Києво-Могилянська академія», виявив низку вад і недоліків сучасної текстової бази українського законодавства: термінологічні розбіжності, суперечності, колізії у нормативно-правових актах, помилки та мовностилістичні огріхи [4, с. 46].

Основними мовностильовими вимогами до законодавчого тексту є: офіційність, точність, зрозумілість, стислість, стандартизованість, нормативність, логічність, стилістична однорідність, емоційно-експресивна нейтральність, відсутність індивідуально-авторських рис. Досконале мовне втілення нормативного акту надає волі законодавця цілісності, завершеності форми, забезпечуючи його загальнодоступність, прозорість, максимальну зручність тлумачення і застосування [4, с. 48–49].

Варто у декількох словах нагадати про те, що юридична техніка не охоплюється лише нормотворчим її різновидом. На удосконалення потребує і техніка правозастосувальних та інтерпретаційних актів. Загадати Рішення Конституційного Суду України від 15 березня 2016 року у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо офіційного тлумачення положення «на наступній черговій сесії Верховної Ради України», яке міститься у статті 155 Конституції України.

Як сформульована сама норма права, тлумачення якої викликало сумніви у народних депутатів: «Законопроект про внесення змін до

Конституції України, крім розділу I, розділу III і розділу XIII, попередньо схвалений більшістю від конституційного складу Верховної Ради України, вважається прийнятим, якщо на наступній черговій сесії Верховної Ради України за нього проголосувало не менш як дві третини від конституційного складу Верховної Ради України».

Суб'єкт права на конституційне подання поставив достатньо просте питання, самостійно сформулювавши можливі варіанти тлумачення конституційної норми: «законопроект про внесення змін до Конституції України може бути прийнятий лише на безпосередньо наступній (за номером) сесії Верховної Ради України після сесії, на якій такий законопроект попередньо схвалений; чи прийняття законопроекту можливо на будь-якій наступній сесії (що має місце пізніше за часом) після сесії, на якій відбулося попереднє схвалення такого законопроекту».

Тлумачення вийшло дещо неочікуваним: «положення «на наступній черговій сесії Верховної Ради України», застосоване у статті 155 Конституції України відповідно до її цілей, у взаємозв'язку з положеннями частини другої статті 8, частини першої статті 82, частин першої, другої, п'ятої статті 83, частини другої статті 84, частини першої статті 158 Основного Закону України необхідно розуміти так, що наступною черговою сесією Верховної Ради України є чергова сесія парламенту, яка має відбутися відповідно до положень розділу XIII «Внесення змін до Конституції України» Основного Закону України та Регламенту Верховної Ради України і на якій законопроект про внесення змін до Конституції України, попередньо схвалений більшістю від конституційного складу Верховної Ради України, вважатиметься прийнятим як закон, якщо за нього проголосує не менш як дві третини від конституційного складу Верховної Ради України» [157]. Чи вдалося Суду прояснити питання? Здається, коментарі зайві.

Певною даністю офіційному та науковому стилю стали надлишкові ускладнення тексту доктринальних джерел. Іноді це неминуче викликає

питання, чи не є це засобом для того, щоб приховати відсутність бодай якоїсь цінності документу. І законодавство, і доктрина, і практика мають йти рука в руку на шляху до наближення доктринальної думки до правової реальності.

Отже варто удосконалити «мову законодавця» (шляхом вдосконалення логіко-мовної форми вираження законодавчих приписів), а також, враховуючи скасування повноваження Конституційного Суду щодо офіційного тлумачення Законів України, запровадити їхнє автентичне тлумачення.

Перехідні положення Конституції України містять пункт 6, що передбачає «До створення Конституційного Суду України тлумачення законів здійснює Верховна Рада України».

Загальновідомими є певні особливості процесу прийняття українського основоположного акту, коли наслідками поспіху стали певні внутрішні неузгодженості, недоліки низки статей, прогалини або, так би мовити, «втрачені норми». У якості прикладу останнього явища можна згадати відсутність у статті 103 вимоги для кандидатів у Президенти України щодо невиборності через наявності судимості, яка у подальшому призвела до визнання відповідного припису Закону «Про вибори Президента України» неконституційним. Здається очевидним, що за наявності відповідної вимоги стосовно кандидатів в нардепи (стаття 76), не включення аналогічного застереження щодо правового статусу глави держави відбулося через банальну забудькуватість. Проте, незважаючи на недосконалість першої редакції Основного закону, його розробники перейнялися питанням суб'єктів офіційного тлумачення законів. Це свідчить про важливість даного питання, адже створення Конституційного Суду було заплановано невдовзі – протягом трьох місяців після набуття Конституцією чинності, але навіть на цей незначний проміжок часу конституцієдавці визначили тимчасового «виконуючого обов'язки» суб'єкта офіційного тлумачення законів. Зараз маємо ситуацію, коли з

моменту запровадження конституційної реформи у сфері правосуддя 2016 року, вже п'ятий рік поспіль офіційне тлумачення законів України не здійснюється взагалі.

Згідно із Законом України «Про комітети Верховної Ради України», (стаття 21) комітети з питань, віднесених до предметів їх відання, мають право надавати роз'яснення щодо застосування положень законів України. Такі роз'яснення не мають статусу офіційного тлумачення [138].

Варто розібратися, чи є така практика прийнятною. Чи достатньо інституту конституційної скарги, результатом запровадження якої фактично і стало виключення з переліку повноважень Конституційного Суду України офіційного тлумачення законів. Чи існують альтернативні варіанти суб'єктного складу органів, що можуть здійснювати офіційне тлумачення законів. Розпочати аналіз доцільно із загальнотеоретичних аспектів тлумачення правових норм.

Як зазначає М. Оніщук, недоліки законодавчої техніки, що зустрічаються інколи в правозастосовчій практиці, породжують юридичні колізії, що сприяє виникненню необхідності в тлумаченні правових норм [112, с. 99]. Погоджується із цим М. Матузов, який на перше місце по ефективності вирішення юридичних колізій ставить саме тлумачення [96, с. 238].

С. Алексєєв слушно зауважив, що юридичне тлумачення – це, виражаючись мовою філософії, один із видів пізнання, тобто складного процесу розумової діяльності, в результаті якого відбувається перехід від незнання до знання, відтворюється дійсність, істинна картина об'єктивного світу [3, с. 129].

Наприклад, відповідно до частини першої, другої статті 15 Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб» прийом дітей до виховних, навчальних, оздоровчих та інших дитячих закладів проводиться за наявності відповідної довідки закладу охорони здоров'я, в якому дитина перебуває під медичним наглядом. Дітям, які не отримали профілактичних

щеплень згідно з календарем щеплень, відвідування дитячого закладу не дозволяється. Дана норма є імперативною, отже за відсутності так званого медичного відводу від вакцинації дитині без проведення щеплень довідка не видається [137].

Таким чином, законодавець визначив наявність профілактичних щеплень умовою доступу до «виховних, навчальних, оздоровчих та інших дитячих закладів». Проте існує думка, що вищенаведена норма не може бути застосована до шкіл та дитячих садків, оскільки вони є не «дитячими закладами», а «закладами освіти». Таке буквальне тлумачення норм права здається своєрідним «чіплянням» саме за «букву закону» всупереч його «духу».

Ще з часів Древнього Риму відомий принцип – «знання законів полягає не в тому, що триматися за їх букву, а в тому, щоб розуміти їх зміст і значення». Отже, має переважати телеологічне тлумачення з огляду на мету, яку переслідував законодавець на момент ухвалення закону, та очікуваний результат. Для цього може бути доцільно ознайомитися із супровідними документами, що подавалися разом із законопроектом, історією розгляду аналізованого закону, зауваженнями і пропозиціями комітетів, фракцій, глави держави на етапі промульгації тощо.

На думку Д. Михайловича, історичне тлумачення є факультативним способом, оскільки використовується лише тоді, коли для встановлення дійсного змісту нормативного припису необхідно звернутися до соціально-політичних обставин його прийняття, змісту попереднього нормативного акту та до інших відповідних «зовнішніх джерел» – альтернативних проектів, пояснювальних записок, доповідей, виступів депутатів тощо [99, с. 9].

У наведеному прикладі достатньо згадати, що на момент розробки й прийняття Закону «Про захист населення від інфекційних хвороб» діяв Закон України «Про загальну середню освіту» [135], який використовував саме терміни «навчальний заклад», «навчально-виховний заклад» тощо, а не

«заклад освіти». Отже, зрозуміло, чому і в Закон «Про захист населення від інфекційних хвороб» потрапили такі словосполучення. Подібні випадки застарілої термінології траплялися неодноразово (наприклад, у Законі «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» – словосполучення «місцеві Ради народних депутатів» [133], яке не зазнало змін аж до втрати Законом чинності у 2012 році).

Цікава позиція Європейського суду з прав людини, який у своїх рішеннях неодноразово наголошував на тому, що будь-який закон має тлумачитися у світлі умов сьогодення, тобто в процесі тлумачення, відповідно до духу часу, має змінюватися дух закону, що тлумачиться» (таке тлумачення, як відомо, називають динамічним, еволюційним або функціональним). А це не може не супроводжуватися привнесенням у зміст закону нових моментів, наявність яких історичні конституцієдавець чи законодавець могли навіть не здогадуватися [64, с. 42–43].

На думку Ю. Тодики, в процесі тлумачення зміст правових норм розкривається через знання мови, якою вони сформульовані, знання про системні зв'язки цих норм, їх походження і функціонування. Тлумачення, як будь-який процес мислення, підкоряється законам і правилам логіки, тобто кожне положення, що інтерпретується, повинно бути обґрунтованим, доведеним [182, с. 52].

Як справедливо стверджує О. Юхимюк, мета тлумачення – правильне і точне розуміння та застосування закону, виявлення його сутності, яку законодавець вклав у словесне формулювання. Воно покликано протидіяти будь-яким способам відійти від змісту правових норм, протиставити «букву» і «дух» закону, виявити зміст того, що сформулював законодавець [206].

Таким чином, важливість професійного, компетентного тлумачення є очевидною, проте чи потребує наша правова система на існування саме офіційного тлумачення? Чи не достатньо погодитись із іманентною властивістю правосуддя, застосовуючи закон, компетентно тлумачити його?

Здається, відповідь негативна, враховуючи сучасний рівень правосвідомості та стан формування українського суспільства як громадянського. Згадати хоча б доробок М. Козюбри, присвячений судовій правотворчості. Автор доходить висновку, що судова правотворчість не повинна йти далі, ніж це потрібно для забезпечення стабільності права. Вона має підпорядковуватися утвердженню принципу правової певності, тобто впевненості людей у тому, що їхнє правове становище залишатиметься стабільним і не буде погіршене. Звідси випливають відповідні вимоги до такої складової судової правотворчості, як тлумачення, сформульовані, зокрема, у рішеннях ЄСПЛ. Серед них такі:

- права і свободи людини не можуть бути обмежені шляхом тлумачення у процесі судової практики;
- тлумачення не може призводити до звуження змісту та обсягу прав і свобод, спотворювати розуміння їх сутності;
- всі сумніви, які виникають у процесі інтерпретації норм, які регулюють відносини держави і громадянина, мають тлумачитися на користь громадянина;
- всі дозволи щодо громадян необхідно тлумачити або буквально, або розширювально, проте аж ніяк не обмежувально. Обмеження дозволів – це виняткова сфера законодавця, а не суду [64, с. 45].

Уже з цього стає зрозумілим, що правовий статус суду як державного органу з урахуванням принципу поділу влади, неминуче «робить» тлумачення закону в процесі правозастосування казуальним.

Значно «лояльніше» характеризує процес тлумачення норм права у правозастосуванні О. Юхимюк, зазначаючи, що воно важливою складовою частиною правозастосування і спрямовується на з'ясування за допомогою певних засобів дійсної волі законодавця, вираженої в нормах права, та її роз'яснення іншим особам. Значимість тлумачення як стадії правозастосовної діяльності проявляється у частому його використанні, і

саме в правозастосуванні інтерпретація норм права отримує *офіційний зовнішній вираз* і втілюється у правозастосовному акті. Здійснюючи тлумачення норм права, суб'єкт правозастосування не лише якісно та кваліфіковано вирішує справу, а й сприяє забезпеченню цілісного функціонування механізму правового регулювання [207, с. 94].

Цікавим є аналіз висловлювання відомого німецького філософа права Г. Радбруха, здійснений М. Козюброю, про те, що «інтерпретатор може розуміти закон краще, ніж його творець, закон може бути мудрішим, ніж його автор – він, власне, мусить бути мудрішим, ніж його автор». Спрощенням було б вважати, що розкриття мудрості закону в процесі його тлумачення не привносить нічого нового в його розуміння, відмінного від авторського. Адже мистецтво мудрості в цьому разі якраз і передбачає нове прочитання змісту закону чи окремих його положень, без внесення відповідних поправок у його текст, з урахуванням трансформацій, що відбулися у соціальному житті і суспільній свідомості після прийняття закону, зокрема уявлень про справедливість, свободу, рівність та інші гуманістичні ідеали і цінності, без опори на які право немислиме [64, с.].

За словами І. Сліденка, у цивілізованому світі застосовується наступний підхід до тлумачення законів: «Якщо норма для суддів незрозуміла, то роз'ясненням займається вища судова інстанція. Якщо норму ніхто не може роз'яснити, то парламент її змінює». Таким чином, на думку судді КС, функція тлумачення законів після скасування відповідного повноваження Конституційного Суду України переходить до Верховного Суду. Такої ж думки дотримується і В. Шишкін, який наголосив, що «виконувати такі обов'язки Верховний Суд зможе, розглядаючи конкретні справи. «Суд може викласти свою думку щодо норми закону. Це фактично й буде трактування» [8].

Проте у наведених прикладах вчені скоріш за все мали на увазі тлумачення як іманентну складову судової правотворчості, коли слідування правовим позиціям вищого судово органу є очевидною потребою держави

та суспільства на шляху дотримання принципу правової визначеності й досягнення верховенства права. Що ж до наділення певного державного органу (або низки органів) повноваженням щодо офіційного тлумачення законів?

І. Сердюк дав визначення офіційному тлумаченню норм права, це пізнавальна за змістом та правова за формою владна організуюча діяльність уповноважених суб'єктів управлінських правовідносин, плин якої відбувається, як правило, у процедурно-процесуальному порядку, що спрямована на з'ясування та роз'яснення волі суб'єкта правотворчості або виявленої й опосередкованої ним волі громадянського суспільства, матеріалізованої у нормах права, здійснюється шляхом використання спеціально опрацьованих для цього правил і прийомів (способів тлумачення норм права) та ухвалення правоінтерпретаційного акту, що породжує передбачені законом юридичні наслідки та сприяє утвердженню правопорядку [171, с. 41–42].

Теоретик В. Червонюк стверджує, що офіційне тлумачення прийнято в теорії держави і права визначати як юридично обов'язкове роз'яснення правових приписів спеціально уповноваженими на це органами. Офіційне тлумачення – це свого роду загальнообов'язкова директива про те, як правильно застосовувати певну норму. Обов'язковість офіційного тлумачення передбачає обов'язок правозастосовного органу: по-перше, шукати та вивчати акти тлумачення застосовуваних норм; по-друге, дотримуватись їх у разі розходження власних уявлень про зміст застосовуваних норм з вказівками актів офіційного тлумачення [192, с. 545].

Ю. Тодика писав про те, що питання можливості, правомірності та необхідності автентичного тлумачення закону було вирішене ще давньоримськими юристами, що слідує з права тлумачити закон тим, хто має право його встановлювати. Незалежно від того отримав орган право на відповідне тлумачення за законом, чи ні, правомірність здійснення ним автентичного тлумачення визнавалася завжди. Вчений вважав, що будь-

який орган, який видав відповідний нормативно-правовий акт, уповноважений здійснювати його офіційне тлумачення, оскільки лише він знає, що мав на увазі, приймаючи дані норми. Тому Верховна Рада має право на офіційне тлумачення (автентичне) [181, с. 101].

Аналогічної думки дотримується відомий конституціоналіст, суддя Конституційного Суду України, І. Сліденко, який зазначав, що здійснюючи тлумачення законів, судді КСУ займалися не своєю справою. Також вчений з цього приводу зауважив, що звуження повноважень Конституційного Суду щодо тлумачення законів навіть не можна вважати таким. Адже до цього часу КС займався не властивими йому функціями. Тлумачити норми права має той, хто їх приймає або застосовує. Отже, логічно було б наділити такими суди загальної юрисдикції чи парламент [8].

М. Цвік також підтримує право кожного державного органу, уповноваженого приймати нормативно-правові акти, тлумачити їх [191, с. 51]. Взагалі саме теорія держави та права є тією середою, у якій культивуються позиції на підтримку автентичного тлумачення і навіть існують думки, що його відсутність заважає реалізації правотворчого потенціалу відповідних органів у повному обсязі.

Однак на адресу офіційного тлумачення висловлювалися і критичні зауваження, які здебільшого зводилися до можливості надання закону зворотньої сили (наприклад, М. Коркунов [73, с. 347], В. Хвостов [189, с. 107]). Такі побоювання дійсно є серйозним нюансом, який має бути врахований. Варіантом його попередження є фіксація у законодавстві правила, яке фактично діяло і стосовно рішень Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення законів (окрім випадків преюдиційності), про набуття чинності постановою Верховної Ради України, якою буде оформлено роз'яснення положень закону, з дня її прийняття.

О. Юхимюк вважає, що суб'єкт, який видав норму права, безумовно, має право на офіційне роз'яснення її дійсного змісту. Таке повноваження

логічно походить із права цього суб'єкта на видання норми, що тлумачиться, бо саме він адекватно розуміє власну волю, щоб роз'яснити її дійсний зміст іншим особам. Це положення є принциповим. Інша справа, коли такий суб'єкт під виглядом офіційного роз'яснення видає нову правову норму або змінює чи доповнює її дійсний зміст. Видання нової норми, внесення змін у норму шляхом офіційного роз'яснення її дійсного змісту часто здійснюють для того, щоб надати новій або зміненій нормі зворотної дії [23, с. 67]. Це здається неприпустимим, і така практика має бути визнана незаконною.

Отже, здається, на теперішньому етапі розвитку правової держави та становлення громадянського суспільства в Україні припускають доцільність визнання права на офіційне нормативне тлумачення законів України безпосередньо за законотворцем – Верховною Радою України, а казуальне – за Верховним Судом.

Можливо, у державі із нормативно чи доктринально визначеною судовою правотворчістю, із високим авторитетом судової влади та відповідним рівнем довіри до суду і суддів, автентичне тлумачення законів дійсно є зайвим, таким за своєї сутності «законодавчим плеоназмом». Як зазначав колишній голова Верховного Суду Ярослав Романюк, до наукового інтересу якого входить питання єдності судової практики, «завданням Верховного Суду є не те, чого очікують суди нижчого рівня: «скажіть як, і ми будемо вирішувати так». В такому випадку не потрібно було б живої людини, достатньо було б комп'ютера, в якого ввести умови задачі, висновки Верховного Суду, і комп'ютер скаже, як правильно. Завданням ВС є витлумачити, що мав на увазі законодавець, як саме він ставив собі за мету врегулювати спірні правовідносини і задати критерії, як на практиці цю норму права слід застосовувати вже до конкретних ситуацій, до конкретної справи» [53]. Отже, тлумачення законів є імпліцитною складовою компетенції найвищого судового органу. І Україна має цього прагнути. Проте це перспектива не одного року і навіть не одного десятиріччя. З

метою побудови громадянського суспільства, такого, що характеризується високим рівнем правосвідомості та здатністю критично мислити, автентичне тлумачення як діалог законодавчої влади із «споживачем» результату законотворчості дозволить полегшити сприйняття громадянами не лише букви, а й духу законів, сприятиме забезпеченню єдності судової практики, а отже й передбачуваності судових рішень та врешті решт зростання рівню довіри до суду. Як наслідок, ефективна й авторитетна судова влада дозволить розвантажити законодавця та надати гнучкості системі джерел права, а закону – престижності.

2.3. Аналіз судової практики України у контексті втілення ідеї судової правотворчості та ефективності заходів щодо утвердження верховенства права

Агентством США з міжнародного розвитку (USAID) в рамках Проекту «Справедливе правосуддя» було здійснено аналіз судових рішень та анонімного анкетування суддів України на предмет реалізації ними принципу верховенства права та дотримання положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Було виявлено найбільш типові позитивні зрушення та недоліки застосування принципу верховенства права та його складових у вітчизняній судовій практиці [19].

Загальні тенденції застосування принципу верховенства права та його складових у рішеннях судів України, виокремлені протягом названого дослідження, зводяться до такого:

- а) кількісне зростання посилань на верховенство права та його складові;
- б) переважаюча обмеженість впливу верховенства права та його складових на ухвалювані судові рішення (їх резолютивну частину);
- в) наявність окремих проявів тенденції до посилення судової аргументації з позицій верховенства права [19, с. 32].

Аналіз застосування інших складових верховенства права продемонстрував, що здебільшого суди апелюють до принципу законності та рівності громадян перед законом і судом. При чому, на жаль, законність трактується не як елемент верховенства права у повній відповідності до його природно-правової сутності, а вузько нормативно. Доречний у цьому контексті вираз І. Сліденка, що верховенство закону і «*Rule of Law*», «м'яко кажучи, мають спільного не більше, ніж звичайний стілець і електричний» [18]. Це вкотре змушує нас озирнутися у бік радянської спадщини й з подвійною наснагою пуститися у подальші наукові пошуки альтернативних шляхів просування до правової конституційної держави. Незалежне якісне правосуддя, безумовно, є одним з таких шляхів.

Варто визнати доцільність поєднання в одному словосполученні категорій «судова правотворчість» та «верховенство права». Перерахування цих двох категорій через сполучник «та» не є лише формальною спробою синтаксично поєднати різнопланові або навіть несумісні речі, а являє собою наголос на важливості обох досліджуваних явищ та їх взаємообумовленості.

Вкотре варто наголосити, абсолютна відмінність верховенства права від законності та верховенства закону як «диктатури закону», яка спонукає правозастосувачів звертатися до букви закону, а не його духу. У цьому і полягає головна сполучна ланка між ідеями верховенства права та якісного правосуддя, виходячи із суті функції, яку суди покликані здійснювати.

Також слід наголосити на нагальній потребі поширення у доктрині та суспільній правосвідомості сприйняття верховенства права як принципу, за якого державна влада здійснюється в межах закону, а суд, що є незалежним від інших органів державної влади, приймає справедливі рішення. Зв'язаність державних органів законом є запорукою попередження сваволі, проте, враховуючи особливості преважаючого сьогодні типу праворозуміння, а саме визнання нетотожності права і закону, існує потреба в існуванні незалежної гілки влади, яка гарантуватиме справедливість і тоді, коли закон на це нездатний (будучи неправовим), що і є основним доказом

правотворчої здатності судових органів, без якої втілення постулатів верховенства права як основоположного принципу захисту прав людини очевидно неможливий.

Чи існує взаємозв'язок між застосуванням судом постулатів верховенства права та законністю й обґрунтованістю ухваленого рішення? З огляду на вищенаведені аргументи, логічно було б відповісти позитивно, проте не усе настільки однозначно. З одного боку, верховенство права виступає «тестом на наявність чи відсутність у суспільстві того стандарту, без якого справжня демократія і забезпечення прав людини виявляються нездійсненними». Проте цілком ймовірно існування справ, у яких абсолютно однозначне законодавство, прозоре для уявлення суддею, безсумнівно правове та конституційне, не вимагає прямої апеляції до верховенства права, а його формальне згадування навпаки загрожує в черговий раз сприяти плутанині у термінології або підміні понять (право – закон).

Водночас цікавість представляє аналіз існуючої судової практики, особливо в частині тих рішень, які підлягали перегляду у порядку апеляції та касації. Неозброєним оком можна помітити, що значна їх частка не відповідає хоча б одному з критеріїв верховенства права. Але оскільки останнє твердження не є об'єктивним, постає питання, яким чином довести його наукову значущість. Здається, кращим методологічним потенціалом у цьому плані характеризується математична статистика, зокрема засоби кореляційного аналізу.

С. Гусарєв, О. Тихоміров вважають, що оскільки багатьом правовим і державним явищам властиві імовірно-статистичні закономірності, для їх дослідження можуть використовуватися математичні методи, зокрема, математична статистика, теорія множин, теорія ігор, розпізнавання образів, факторний аналіз і деякі інші. Водночас, кількісна сторона державно-правових явищ є предметом наукового вивчення за допомогою методів статистики. Зокрема, кримінологічна статистика досліджує різноманітні

кількісні сторони правопорушень – кримінальну, цивільну, адміністративну, їх структуру і динаміку, їх причини та умови, ефективність заходів боротьби з ними [37, с. 87].

Одним із методів статистики є метод масових спостережень, що спирається на використання закону великих чисел, під останнім розуміється загальний принцип, під впливом якого сукупна дія великої кількості випадкових фактів призводить до результату, що майже не залежить від випадку. Це дає можливість виявити закономірність там, де почуттєво можна спостерігати лише поверхню явищ, хаос випадків [37, с. 88].

Закон України «Про державну статистику» зазначає, що статистична методологія – це сукупність науково обґрунтованих способів, правил і методів статистичного вивчення масових соціально-економічних явищ та процесів, які встановлюють порядок збирання, опрацювання й аналізу статистичної інформації (стаття 1). Статистична методологія базується на результатах наукових досліджень, міжнародних рекомендаціях та досвіді статистичної практики з урахуванням національно-історичних особливостей країни. Основні положення статистичної методології підлягають опублікуванню. Статистична методологія є основою для складання звітно-статистичної документації та проведення статистичних спостережень (стаття 8) [134].

Використання статистичних методів у юридичній науці не є поширеним, незважаючи на те, що в якості окремої галузі статистичної науки існує правова статистика, але її досягнення використовуються здебільшого у практичній діяльності, і ця тенденція здається негативною. В. Голіна пояснює це тим, що успіх вирішення питання захисту населення від суспільно шкідливих та суспільно небезпечних посягань здебільшого залежить від адекватної оцінки ефективності роботи органів, відповідальних за протидію руйнівним для суспільства процесам. Необхідна інформація може бути отримана шляхом збирання та аналізу статистичних даних [128, с. 21].

Проте правова статистика може знайти «точку прикладення» і в науці, адже вивчає розміри й кількісні співвідношення масових явищ і процесів, пов'язаних з правовим аспектом суспільного життя, у нерозривному зв'язку з їх якісною стороною в конкретних умовах простору й часу з метою складення адекватного уявлення про сферу правовідносин, ефективність роботи правоохоронних та правозастосовчих органів й обрання оптимальних шляхів розвитку нормотворчої та правозастосовної діяльності держави [128, с. 26].

У поточному дослідженні в якості даних, між якими припускається кореляційний взаємозв'язок, обрані кількість (частка) судових рішень, які піддавалися зміні або були скасовані вищим інстанціями, та частота використання посилення судової аргументації з позицій верховенства права.

Тобто пропонується для статистичної перевірки гіпотеза про те, що у суддів, які частіше застосовують принцип верховенства права, частка скасованих або частково змінених рішень є значно меншою. Перевірятиметься статистично значущий взаємозв'язок виокремлених показників (відсоток скасованих або частково змінених рішень окремих суддів) на підставі опрацювання практики Вінницького окружного адміністративного суду з 01.01.2019 по 31.12.2019 рр.

Описані дані є загальнодоступними. Стосовно кількості розглянутих суддею справ, ухвалених рішень, кількості тих з них, що переглядалися та були залишені без змін, скасовані або частково змінені, дуже зручно представлена інформація на ресурсі PravoSud (<https://app.pravosud.com.ua/analytics/judge/>).

На сайті PravoSud представлений аналіз по суддях, що включає такі аспекти:

- Справ по категоріям
- Типи документів
- Кількість документів за період
- Результати розгляду

- Оскаржено справ
- Результати оскаржень (без змін, скасовано, частково змінено) [218].

Щодо безпосередньо змісту рішень, їх аналіз на наявність безпосередньо посилання на верховенство права, використання загальних принципів права, застосування аналогії права, прямої дії норм Конституції України, аргументація з огляду на людиноцентризм, верховенство прав людини, тлумачення неоднозначного законодавства або недостатності фактів у справі на користь сторони, яка не є суб'єктом владних повноважень, визначення справедливості як мети конкретного процесу – усе це дозволило підрахувати відсоткову частку рішень суддів, у яких втілено принцип верховенства права (тексти судових рішень представлені у Єдиному державному реєстрі судових рішень України (<https://reyestr.court.gov.ua/>)).

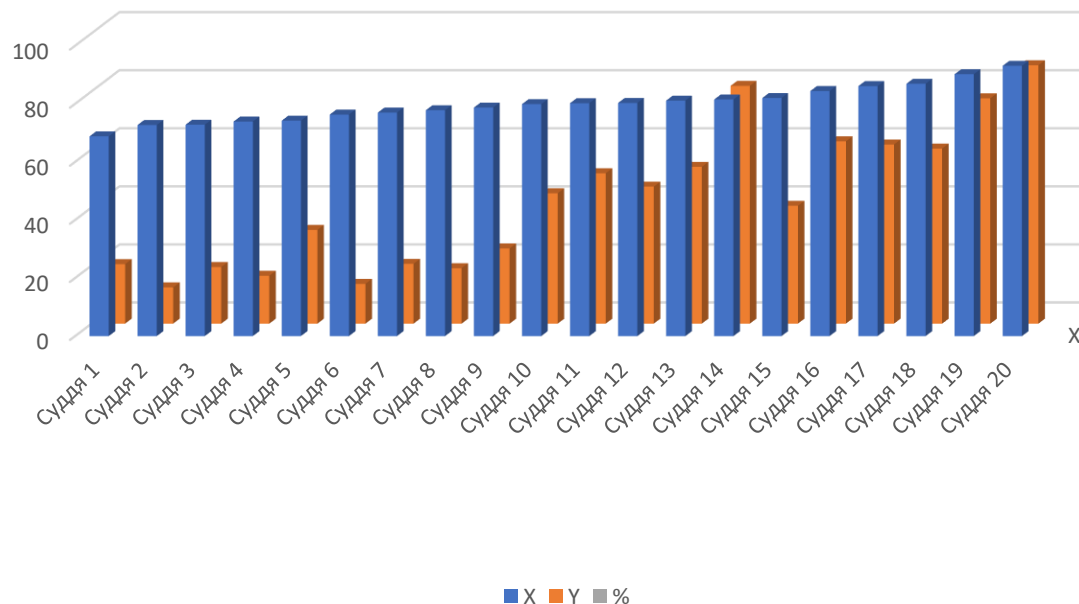
Отримані дані викладені у вигляді таблиці (Таб. 1) та гістаграми й графіку (Рис. 1, 2):

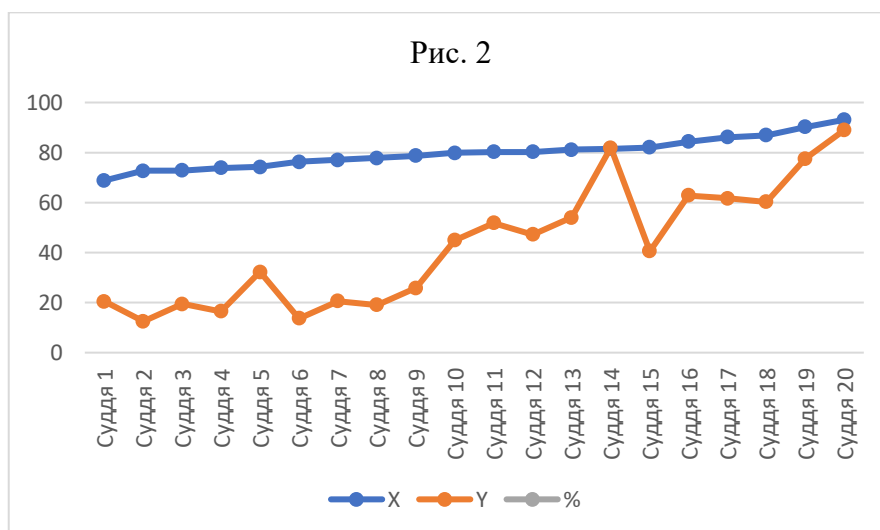
Таблиця 1

	Розглянуто	Без змін	Скасовано	Частково змінено	X % судових рішень, залишених без змін	Y % рішень, у яких втілено принцип верховенства права
Суддя 1	371	108	45	4	68,8	20,5
Суддя 2	368	109	36	5	72,7	12,5
Суддя 3	353	99	36	1	72,8	19,5
Суддя 4	297	85	24	6	73,9	16,5
Суддя 5	325	89	31	0	74,2	32,3
Суддя 6	321	106	31	2	76,3	13,7
Суддя 7	330	97	28	1	77,0	20,6

Судья 8	340	105	28	2	77,8	19,1
Судья 9	126	37	9	1	78,7	25,9
Судья 10	327	107	25	2	79,9	44,9
Судья 11	142	65	14	2	80,2	51,8
Судья 12	194	53	13	0	80,3	47,2
Судья 13	300	107	21	4	81,1	54
Судья 14	166	66	15	0	81,5	81,9
Судья 15	204	73	16	0	82,0	40,6
Судья 16	223	76	12	2	84,4	62,8
Судья 17	164	62	9	1	86,1	61,7
Судья 18	320	119	18	0	86,9	60,3
Судья 19	157	55	6	0	90,2	77,6
Судья 20	105	54	4	0	93,1	89

Рис. 1





Навіть з огляду на діаграму, взаємозалежність двох порівняних показників є дуже вірогідною, проте задля наукової достовірності цього недостатньо, треба довести статистично значущу кореляцію.

Як зазначає В. Голіна, кореляційний метод дозволяє встановити наявність або відсутність взаємозв'язку між різноманітними явищами суспільного життя і за наявності такого взаємозв'язку обчислити його щільність. Так, наприклад, окремими дослідженнями встановлено наявність кореляційного зв'язку між рівнем злочинності та рівнем безробіття [128, с. 30].

Для виявлення кореляційного зв'язку між кількістю рішень, залишених без змін після перегляду вищими інстанціями, та частотою використання верховенства права та його інституційних складових у судовій практиці, було обрано коефіцієнт кореляції Пірсона і здійснено перевірку гіпотези про значущість коефіцієнта кореляції. Для цього здійснено наступні кроки:

1. Обчислено суму значень X і Y .
2. Обчислено середнє арифметичне X^- і Y^- .
3. Обчислено для кожного випробуваного відхилення від середнього арифметичного $(X^- - X)$ і $(Y^- - Y)$.
4. Зведено в квадрат кожне відхилення: $(X^- - X)^2$ і $(Y^- - Y)^2$.
5. Розраховано суму квадратів відхилень: $\Sigma (X^- - X)^2$ і $\Sigma (Y^- - Y)^2$.

6. Розраховано стандартні відхилення, використовуючи формулу стандартного відхилення для змінних X і Y .

7. Розраховано для кожного спостереження добуток різниці середнього арифметичного і значення $(\bar{X} - X)$ і $(\bar{Y} - Y)$.

8. Розраховано суму $(\bar{X} - X)$ і $(\bar{Y} - Y)$.

9. Підставлено отримані значення в формулу коефіцієнта кореляції Пірсона.

Формула розрахунку коефіцієнта кореляції Пірсона наступна:

$$r_{xy} = \frac{\sum (x_i - \bar{x}) \times (y_i - \bar{y})}{\sqrt{\sum (x_i - \bar{x})^2 \times \sum (y_i - \bar{y})^2}}$$

10. Відповідно до таблиці значень величин коефіцієнта кореляції зроблено висновок про силу кореляційного зв'язку.

Трактувати отриманий результат потрібно з огляду на величину і силу коефіцієнта кореляції. Величина коефіцієнта кореляції відображає сили зв'язку. При оцінці сили зв'язку коефіцієнтів кореляції використовується шкала Чеддока:

Таблиця аналізу сили зв'язку між змінними:

Таблиця 2

Значення	Інтерпретація
від 0 до 0,3	Дуже слабка
від 0,3 до 0,5	Слабка
від 0,5 до 0,7	Середня
від 0,7 до 0,9	Висока
від 0,9 до 1	Дуже висока

Для зручності, розрахунки проводилися у MS Excel, таблицю наведено у додатках (Додаток А).

Отриманий результат дорівнює 0,8713886, тобто сила зв'язку між кількістю рішень, залишених без змін після перегляду вищими інстанціями, та частотою використання верховенства права та його інституційних

складових у судовій практиці, є високою (якщо округлити до десятих, дуже високою).

Таким чином, доведено статистично значущу достовірність припущення про те, що у суддів, які частіше використовують посилення судової аргументації з позицій верховенства права, частка скасованих або частково змінених рішень є значно меншою.

Переконалися у наявності статистично значущої різниці у показниках оскаржуваності суддів, які частіше застосовують верховенство права, порівняно із суддями, які це роблять рідше, можна також за допомогою критерію хі-квадрат Пірсона. Для цього поділимо суддів на дві вибірки, у першу увійдуть ті, в кого відсоток рішень із застосуванням верховенства права менше 45%, в другу – більше 45% (враховуючи, зокрема, що найвищий показник у вибірці дорівнює 90%).

Група 1:

Таблиця 3

	Розглянуто	Без змін	Скасовано	Частково змінено	% судових рішень, залишених без змін	% рішень, у яких втілено принцип верховенства права
Суддя 2	368	109	36	5	72,7	12,5
Суддя 6	321	106	31	2	76,3	13,7
Суддя 4	297	85	24	6	73,9	16,5
Суддя 8	340	105	28	2	77,8	19,1
Суддя 3	353	99	36	1	72,8	19,5
Суддя 1	371	108	45	4	68,8	20,5
Суддя 7	330	97	28	1	77,0	20,6
Суддя 9	126	37	9	1	78,7	25,9
Суддя 5	325	89	31	0	74,2	32,3
Суддя 15	204	73	16	0	82,0	40,6

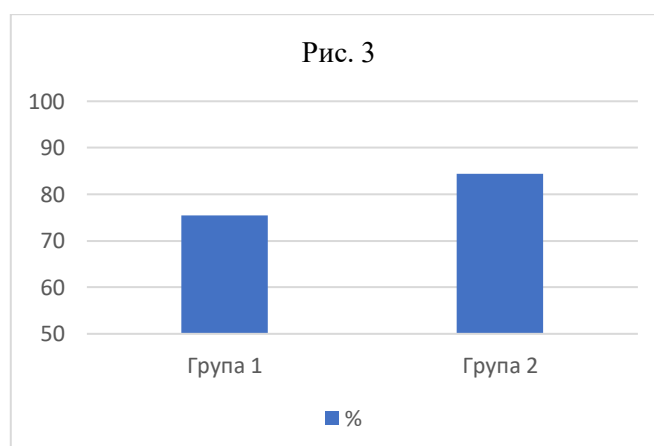
Група 2:

Таблиця 4

	Розглянуто	Без змін	Скасовано	Частково змінено	Х % судових рішень, залишених	У % рішень, у яких втілено принцип
Суддя 10	327	107	25	2	79,9	44,9
Суддя 12	194	53	13	0	80,3	47,2
Суддя 11	142	65	14	2	80,2	51,8
Суддя 13	300	107	21	4	81,1	54
Суддя 18	320	119	18	0	86,9	60,3
Суддя 17	164	62	9	1	86,1	61,7
Суддя 16	223	76	12	2	84,4	62,8
Суддя 19	157	55	6	0	90,2	77,6
Суддя 14	166	66	15	0	81,5	81,9
Суддя 20	105	54	4	0	93,1	89

Середні показники рішень, залишених без змін за результатами перегляду вищими інстанціями, можна представити у вигляді таблиці (Таб. 5) та діаграми (Рис. 3):

Група 1	Група 2
75,42	84,37



Нульова гіпотеза полягає у відсутності статистично значущої різниці між двома групами у показниках оскаржуваності.

Для того, щоб перевірити дану гіпотезу, слід у кожній групі підрахувати середні показники загальної кількості розглянутих справ, частки рішень, які не підлягали перегляду, а також кількості залишених без змін та змінених рішень. Отримані дані треба внести до таблиці спряженості:

Таблиця 6

	1		2		Усього	
	Кільк	%	Кільк	%		
Не перегл	204	62	47	45	251	58
Перегл не змін	97	29	54	51	151	35
Змінені	29	9	4	4	33	7
Усього	330	100%	105	100%	435	100%

Щоб використати χ^2 - критерій Пірсона, необхідно визначити очікувані частоти для відповідних клітинок таблиці спряженості:

Таблиця 7

	1	2	Усього
Не перегл	191,4	60,9	251
Перегл не змін	115,5	36,7	151
Змінені	23,1	7,4	33
Усього	330	105	435

Для оцінки критичних значень існують відповідні таблиці, або ж їх порахувати в MS Excel за формулою «ХИ2.ОБР(0,95;2)» (при цьому 0,05 – це вірогідність, а 2 – ступені свободи). Для рівня значущості 0,05 критичне значення становить 5,991465 (9,21 для вірогідності 0,01). У нашому випадку

18,05 *перевищує обидва критичні значення*, отже, нульова гіпотеза про відсутність зв'язку відхиляється із достовірністю 99%. Таким чином, робимо висновок, що існує статистично значуща різниця між двома групами суддів у показниках оскаржуваності.

Отримані результати очевидно доводять необхідність пошуку засобів сприяння більш поширеному та ефективному застосуванню верховенства права судовими органами. Одним з варіантів є автоматизація аналізу судових справ за допомогою експертних систем. Існує думка (спірна) противників штучного інтелекту про неможливість повністю формалізувати розумові процеси, проте на сучасному етапі розвитку не можна погодитися із визначенням ролі інформаційних систем правової інформації тільки як зручного сховища величезного інформаційного правового масиву. Н. Мазниченко пояснює, що експертні системи в галузі права – це автоматизовані інформаційні системи, в яких на основі спеціально систематизованої правової інформації вирішуються конкретні завдання юридичної практики. Дані системи при вирішенні певного класу задач можуть замінити собою експерта-юриста [91]. Проте, очевидно, не суддю, враховуючи вищенаведені складові професіограми та психограми судді.

Певним компромісом сьогодення у даному напрямі може бути спроба запровадити у роботу суддів певний алгоритм перевірки судових рішень на відповідність (дотримання) принципу верховенства права, який у перспективі запровадження експертних систем у юриспруденції може бути використаний для розроблення систем аналізу або прогнозування судових рішень за допомогою штучного інтелекту, а на сучасному етапі слугуватиме додатковим інструментом оперативного тестування рішення у справі суддею задля упевненості в його справедливості. Даний алгоритм є чітко визначеною послідовністю кроків із варіабельністю відповідей на ключові запитання, що ці кроки містять, починаючи з перевірки якості закону до зважування можливості дії суб'єкту владних повноважень в інший спосіб як у межах закону, так і шляхом невикористання законної можливості

застосування примусу, щоб завдати меншої шкоди або уникнути небажаних наслідків для іншої сторони, якщо це не порушує балансу інтересів та не зводить нанівець функції юридичної відповідальності.

Даний алгоритм було апробовано суддями Вінницького окружного адміністративного суду, про що є довідка про впровадження.

Крок 1. Перевірка права, що застосовується (якості закону), пред'являючи певні суворі загальноправові вимоги до правил, які суд збирається реалізувати в даній справі (якщо Так – до Кроку 2, якщо Ні – з'ясувати, Чи можливе вирішення спору за аналогією закону або права без звернення до КСУ стосовно конституційності закону; якщо Так – до Кроку 3, якщо Ні – вирішити питання про звернення до КСУ через ВС).

Крок 2. Чи були порушені права, законні інтереси чи правомірні очікування сторони? Чи були приписи законодавства з цього приводу чіткими, прямо визначеними або однозначно передбачуваними?

Крок 3. Чи були порушені права, законні інтереси чи правомірні очікування сторони? Чи мав змогу суб'єкт владних повноважень вчинити інакше у межах закону, щоб завдати меншої шкоди або уникнути небажаних наслідків для іншої сторони? (якщо Так – до Кроку 5, якщо Ні – до Кроку 4).

Крок 4. Чи мав змогу суб'єкт владних повноважень вчинити інакше, незважаючи на наявність законної можливості застосування примусу, щоб завдати меншої шкоди або уникнути небажаних наслідків для іншої сторони, якщо це не порушувало жодні інші інтереси сторін, третіх осіб, суспільства та держави, та якщо не було нагальної потреби у застосуванні превентивної або решти функцій юридичної відповідальності (якщо Так – до Кроку 5, якщо Ні – задоволення позову може бути несправедливим).

Крок 5. Чи є вимоги сторони справедливими? Чи можна вважати рівнозначним юридичний масштаб поведінки й пропорційною відповідальність правопорушенню? (якщо Так – вірогідно, верховенство права дотримано, якщо ні – рішення може бути несправедливим).

Зручна для застосування у практичній діяльності блок-схема алгоритму наведена у додатках (Додаток Б).

Як вважають експерти програми USAID «Справедливе правосуддя», чітке визначення справедливості за допомогою арифметичних методів на теперішньому етапі розвитку технологій залишається нездійсненою справою. Так, враховуючи сучасні тенденції до автоматизації процесів, до її об'єкту неодноразово пропонувалося долучити й судочинство. Досить чимало аспектів цього процесу вдалося вирішити з допомогою автоматизації, однак донині ще жодній автоматизованій системі не під силу впровадити справедливе вирішення спорів. Проте, світовий досвід свідчить про численні спроби залучити штучний інтелект до цього процесу, хоча б на рівні медіації.

Щодо України, на сайті Програми USAID «Нове правосуддя» представлено інноваційну платформу «Пошук рішень», створену для вирішення в режимі онлайн спорів щодо незначних порушень правил дорожнього руху, розірвання шлюбу за умови згоди обох сторін, а також стягнення аліментів на дітей. Ця платформа є результатом започаткованої в 2017 році спільної діяльності Програми USAID «Нове правосуддя» та її українських партнерів по запровадженню в Україні сучасних технологій онлайн вирішення спорів (ОВС) [178].

Наостанок, щоб привести до спільного знаменника усі доробки поточного дисертаційного дослідження, варто сформулювати основний спосіб міркувань, який послідовно відстоюється у роботі. Отже, маємо абсолютно аксіоматичне твердження:

Правосуддя за своєю суттю визнається таким тоді і тільки тоді, якщо воно відповідає вимозі справедливості.

Аксіоматичне воно тому, що з цього приводу немає і не може бути дискусії у науковому колі, і ми знаходимо підтвердження сприйняття такої думки у видатних комплексних дослідженнях корифеїв правничої науки, присвячених верховенству права (С. Головатий, С. Серьогін, М. Козюбра).

Крім того, етимологія слова правосуддя впевнено свідчить про правильність наведеної доктринальної думки – «правильно, справедливо робити, говорити, судити»

В українському мовознавстві слово правосуддя – це запозичення з церковнослов'янської мови; утворене з основ прикметника «правий, правильний, справедливий» та іменника «суд». Відповідно етимологія слова правосуддя – «правильно, справедливо робити, говорити, судити» [175]. Якщо пов'язувати ці смисли з явищами, що позначають зазначені слова (слово), то правосуддя в «судовому контексті» може означати «правильний, справедливий суд» чи «суд за правом», «суд за справедливістю».

В англійській мові взагалі слова правосуддя і справедливність співпадають – *justice*.

Водночас, маємо інше судження – *Верховенство права розкривається через справедливість*.

Така позиція засвідчена і у відповідному Рішенні КСУ про призначення судом більш м'якого покарання (02.11.2004), в якому вперше було дано нормативне тлумачення верховенства права. І хоча вже своєрідним «трендом» стало Конституційний Суд і зокрема наведене рішення критикувати, здається у цьому моменті, втілення верховенства права через ідею соціальної справедливості, Суд був абсолютно правий.

Отже, категорія справедливості об'єднує два феномени – *правосуддя і верховенство права*.

З'ясовувати, що з них первинно, що вторинно, немає сенсу. Верховенство права – категорія настільки багатогранна, що одночасно є тим фундаментальним принципом, який спрямовує правозастосовні органи у напрямку людиноцентризму, й являє собою доктрину, правове явище зі сфери «належного», яка потребує безпрецедентної підтримки усіма суб'єктами правовідносин у державі, особливо тих, що наділені владними повноваженнями.

Довести вищевикладену позицію може допомогти формальна логіка, адже саме логіка дозволяє із суджень однієї логічної структури вивести судження певної логічної структури із тією особливістю, що визнання істинності висновків виробляється на основі не змісту суджень, а їх логічної структури.

Отже, на підставі загальновизнаних суджень отримано простий категоричний силізм (II фігура, сильний модус AOO), а саме:

Судження А: *«Верховенство права завжди передбачає втілення/досягнення справедливості».*

Судження О: *«Закон може бути несправедливим».*

Силізм (умовивід): *«Закон (законодавство) не завжди дозволяє досягнути верховенства права».*

Це спрямовує науковий пошук на інші механізми правової системи, здатні сприяти утвердженню верховенства права, зокрема, правотворчі властивості правосуддя.

Також доведено логічну формулу (яку отримано за допомогою логічних операторів кон'юнкції, імплікації, еквіваленції, заперечення (інверсії)):

$$((a \leftrightarrow b) \wedge (\neg b \rightarrow \neg c)) \wedge c \rightarrow a$$

Правосуддя за своєю сутті визнається таким (а) тоді і лише тоді, якщо воно відповідає вимозі справедливості (b).

Без справедливості ($\neg b$) немає верховенства права ($\neg c$).

Отже, якщо існує верховенство права, повинно існувати і правосуддя.

Дана логічна формула згідно із таблицями істинності є тотожно істинною.

Таким чином доведено, що безсумнівним є єдино можливим є висновок про необхідність існування правосуддя (звісно, справедливого та якісного) як передумови панування права у суспільстві. На уточнення потребує питання, за рахунок яких саме дискреційних повноважень судові

органи можуть максимально ефективно використовувати свій потенціал сприяння поширенню й утвердженню верховенства права.

Висновок про роль якісного правосуддя саме в утвердженні верховенства права стає можливим на підставі етимологічного аналізу значення слова «утвердження» та змістовного навантаження словосполучення «утвердження верховенства права», з урахуванням напрацювань міжнародних інституцій, зокрема щодо формулювання контрольного переліку питань для оцінювання стану верховенства права в окремо взятій державі, правових позицій ЄСПЛ.

Згідно із Академічним тлумачним словником «утвердження» є похідним від дієслова «утверджувати» [175], яке трактується як «установлюючи що-небудь, робити міцним, непорушним; остаточно зміцнювати».

У статті С. Зеленського «Утвердження принципів верховенства права і законності у кримінальному судочинстві України» окремо тлумаченню слова «утвердження» увага не приділяється, але заходи його досягнення пропонуються наступні: «подальше зміцнення законності, підвищення ефективності здійснення правосуддя», «забезпечення захисту прав людини», «забезпечення справедливого розгляду справи незалежним та неупередженим судом, створеним відповідно до закону» [51].

О. Когут, М. Підвальна розглядають утвердження принципу верховенства права через призму правового статусу учасників адміністративного провадження. А сприяння утвердженню верховенства права адміністративними судами вбачають у тому, що застосовані процесуальні норм забезпечують належний захист прав, свобод і інтересів від порушень з боку суб'єктів владних повноважень [60, с. 177]. Також зазначається, що для справжнього утвердження верховенства права недостатньо його формального закріплення у КАС та відтворення у практиці судів, а треба, щоб при розгляді кожної справи суд, реалізуючи дискреційні повноваження, у першу чергу виносив рішення, яке відповідає

особливостям даного спору. «Розсуд суду надає можливість виявити гнучкість при вирішенні справи...», «зробити вибір оптимального застосування певної норми». Здається, саме судова правотворчість дозволяє суддям та судам максимально наближати абстрактні приписи чинного законодавства до реальних обставин життя [60, с. 177].

Суддя Конституційного Суду І. Сліденко дуже влучно охарактеризував напевно основну проблему реформування правової системи задля утвердження верховенства права та справедливого правосуддя, що «не полягає в прийнятті нових законів, а має відбуватись у головах». Треба вміти користуватися здобутками західного права, «з чим в Україні дуже серйозні проблеми [18].

Згідно із позицією Венеційської комісії «оцінювання стану верховенства права (правовладдя) має здійснюватися не у формі зовнішнього контролю, а це має бути неспинний процес щоденного застосування приписів права з усвідомленням сутності й змісту верховенства права (правовладдя) та його складників» [220]. Саме завдяки щоденному виконанню свого основного призначення, застосовуючи при цьому можливості судової правотворчості на благо справедливості та верховенства права, судді здатні повністю втілити наведену ідею.

У демократичному суспільстві саме суду належить визначальна роль у захисті прав людини і забезпеченні верховенства права. І це цілком логічно. Адже саме суд ставить «останню крапку» в пошуку й утвердженні права при розв'язанні конкретних справ, саме він уособлює (чи, принаймні, має уособлювати) безсторонність, неупередженість і справедливість. Остаточне рішення суду має бути беззаперечно виконане на практиці, що є невід'ємним складником права на доступ до правосуддя. Чим вищий у країні авторитет суду й правосуддя, чим більшу незалежність має суд у взаємовідносинах із законодавчою та виконавчою владами, тим вищий рівень відповідності верховенству права і демократії самої держави, тим надійніше захищені від можливих посягань права і свободи людини [220].

Таким чином, обґрунтовано положення щодо визнання судової правотворчості важливим чинником утвердження верховенства права.

Висновки до Розділу II

У розділі II «Верховенство права та судова правотворчість: від реалізації до утвердження» узагальнені сучасні підходи розуміння верховенства права, згідно із якими це складна багатоаспектна категорія, доктрина «відкритого типу», що немає чіткого вичерпного визначення, розкривається через інституційні принципи, кількість та розуміння яких постійно доповнюється, у першу чергу ЄСПЛ. Доведено абсолютну відмінність верховенства права від законності (верховенства закону як «диктатури закону»), яка спонукає звертатися до букви закону, а не його духу. У цьому і полягає головна сполучна ланка між ідеями верховенства права та якісного правосуддя, виходячи із суті функції, яку суди покликані здійснювати.

Здійснено статистичну перевірку гіпотези про кореляційну залежність між застосуванням у судових рішеннях принципу верховенства права (зокрема як верховенства людини, людиноцентризму) та показниками результатів оскаржень судових рішень. Продемонстровано статистично значущу достовірність припущення про те, що у суддів, які частіше використовують посилення судової аргументації з позицій верховенства права, частка скасованих або частково змінених рішень є значно меншою. Доведено статистично значущий взаємозв'язок виокремлених показників (відсоток скасованих або частково змінених рішень окремих суддів) за результатами опрацювання практики Вінницького окружного адміністративного суду з 01.01.2019 по 31.12.2019 рр.

Розроблено алгоритм перевірки судових рішень на відповідність (дотримання) принципу верховенства права, який у перспективі запровадження експертних систем у юриспруденції може бути використаний для розроблення систем аналізу або прогнозування судових рішень за допомогою штучного інтелекту, а на сучасному етапі слугуватиме додатковим інструментом оперативного тестування рішення у справі суддею задля упевненості в його справедливості. Даний алгоритм є чітко

визначеною послідовністю кроків із варіабельністю відповідей на ключові запитання, що ці кроки містять, починаючи з перевірки якості закону згідно із певними суворими загальноправовими вимогами до норм, які суд збирається реалізувати в даній справі, до зважування можливості дії суб'єкту владних повноважень в інший спосіб як у межах закону, так і шляхом невикористання законної можливості застосування примусу, щоб завдати меншої шкоди або уникнути небажаних наслідків для іншої сторони, якщо це не порушує балансу інтересів та не зводить нанівець функції юридичної відповідальності.

Здійснено оцінку перспектив запровадження кіберюстиції й ризиків «прогнозованого правосуддя» саме з точки зору неможливості враховувати найважливіші функціональні елементи верховенства права, оскільки дані інструменти, створюючи нову форму нормативності, потенційно можуть призвести в довгостроковій перспективі до стандартизації судових рішень, що базуються вже не на обґрунтуванні судами конкретних справ, а на чисто статистичних розрахунках. З огляду на це припущено, що треба створити взаємодію між людиною і машиною, щоб вони могли компенсувати недоліки один одного.

Удосконалено положення щодо провідної ролі в утвердженні верховенства права саме адміністративної юстиції (зокрема у контексті закріпленого КАС України правотворчого потенціалу представників суддівського корпусу) з огляду на те, що функція суду з перевірки права на відповідність загальноправовим принципам, стала прокладати собі дорогу з тих пір, як була введена ідея судового контролю, що передбачає наділення судів певною компетенцією по нормоконтролю в окремих процедурах, коли оскаржуються нормативні акти будь-яких органів, які мають право на їх видання.

Проаналізовано критерії дотримання верховенства права стосовно України, зроблено відповідні висновки та пропозиції. Продемонстровано необхідність розробки й запровадження на нормативному рівні

професіограми та психограми судді. Такі чіткі та доступні для сприйняття вимоги, що свідчать про високий рівень усіх складових компетентності суддів, сприятимуть зростанню авторитету судової гілки влади і слугуватимуть обґрунтуванням посилення правотворчої ролі суду у сучасній правовій системі України.

Виявлені загальні тенденції застосування принципу верховенства права та його складових у судових рішеннях в Україні, запропоновані кроки щодо поліпшення сучасної ситуації.

Удосконалено доктринальне тлумачення верховенства права як правовладдя, за якого державна влада здійснюється в межах закону, а суд, що є незалежним від інших органів державної влади, приймає справедливі рішення. Зроблено висновок, що зв'язаність державних органів законом є запорукою попередження сваволі, проте, враховуючи особливості переважаючого сьогодні типу праворозуміння, а саме визнання нетотожності права і закону, існує потреба в існуванні незалежної гілки влади, яка гарантуватиме справедливість і тоді, коли закон на це нездатний (будучи неправовим), що і є основним доказом правотворчої здатності судових органів, без якої втілення постулатів верховенства права як основоположного принципу захисту прав людини очевидно неможливий.

ВИСНОВКИ

Дисертацію присвячено комплексному дослідженню судової правотворчості та її ролі в утвердженні принципу верховенства права. На підставі презумпції про невід'ємну значущість правосуддя в остаточному установленні та зміцненні правовладдя, за допомогою основних форм та прийомів мислення, заснованого на розумінні логічних категорій, законів критичного мислення й на підставі етимологічного аналізу значення слова «утвердження» та змістовного навантаження словосполучення «утвердження верховенства права», з урахуванням напрацювань міжнародних інституцій, зокрема щодо формулювання контрольного переліку питань для оцінювання стану верховенства права в окремо взятій державі, правових позицій ЄСПЛ, обґрунтовано положення щодо визнання судової правотворчості важливим чинником утвердження верховенства права як гарантії більшості складових досліджуваного принципу.

У роботі обґрунтовано необхідність відійти від поширеного у науці підходу з формулювання визначень судової правотворчості через найближче родове поняття – «правотворчість», оскільки судова правотворчість не поглинається як видове поняття родовим поняттям «правотворчість». Сформульовано визначення поняття судової правотворчості із дотриманням правил формальної логіки як особливого роду діяльності (судової діяльності), що реалізується компетентним судом в особі професійного судді або складом суддів, з розроблення правоконкретизуючих правових позицій, який характеризується вторинним характером й виступає невід'ємною складовою правозастосовної або інтерпретаційної діяльності відповідно до конституційних та законодавчих повноважень з метою здійснення правосуддя виключно на підставі та у відповідності до принципу верховенства права.

Зроблено висновок про недоцільність розуміння поняття «судова практика» як сукупності лише певних конкретизуючих законодавство

«правоположень», що не виправдано звужує його обсяг і не враховує можливість існування суперечливої або неоднозначної судової практики.

Зроблено висновок щодо поступового відтворення у правовій матерії проявів прецедентного права, послаблення позицій юридичного догматизму, зміни підходів й трансформації сприйняття функцій правових явищ, правових засобів та фрагментів правової дійсності, зокрема щодо визнання феноменів прецеденту тлумачення права, усталеної судової практики, доктрини верховенства права. Правотворчий потенціал судової влади віднесено до незримих компонентів, які забезпечують логічну цілісність правової матерії.

Визначено співвідношення понять «судова практика», «судова правотворчість (нормотворчість)», «судовий прецедент», уточнено положення щодо того, що джерелом права може виступати як суто судовий прецедент (що у «чистому» вигляді відсутній в правовій системі України, проте українська правова реальність вже сприйняла існування прецеденту тлумачення права), так і усталена судова практика (*jurisprudence constante*). Обґрунтовано нетотожність судової практики та судової правотворчості і на цій підставі запропоновано визнати джерельний характер судової правотворчості як можливості і водночас обов'язку суду створювати право у певних випадках з огляду на пряму дію норм Конституції України, необхідність подолання прогалин тощо.

Удосконалено положення щодо вирішення діалектичного протиріччя судової правотворчості у контексті розподілу влади шляхом встановлення її меж та визнання права судової влади приймати акти судової нормотворчості (або формулювати правоположення, правові позиції у правозастосовних актах) для ефективного подолання недоліків правового регулювання.

Удосконалено обґрунтування можливості судової влади виступати суб'єктом правотворчості на підставі максимальної компетентності та мінімальної заполітизованості порівняно із законодавчою та виконавчою гілками влади. Відсутність суперечності між принципом розподілу влади та

правотворчими можливостями судової влади обґрунтовано з огляду на те, що, по-перше, з-поміж усіх гілок влади лише судова відрізняється суб'єктним складом виключно з професійних юристів; по-друге, правотворчість (окрім законотворчості у вузькому сенсі) не є виключною прерогативою парламенту, а притаманна й органам виконавчої влади; по-третє, судді порівняно із законодавцями та урядовцями здаються найменше заполітизованими, не в останню чергу завдяки заходам щодо забезпечення незалежності судової влади.

На підставі аналізу існуючих у науковій площині підходів до виокремлення ознак судової правотворчості зроблено висновок, що більшість з них мало чим відрізняються від ознак правотворчості у цілому (як то вказівка на специфічний суб'єкт судової правотворчості – суддю або суд – є не більш ніж частковим прикладом ознаки організаційної спрямованості правотворчості). З огляду на це уточнено перелік ознак судової правотворчості шляхом виокремлення більш конкретних й специфічних ознак, які дозволяють розкрити її сутність, а отже сприяють утвердженню у суспільній правосвідомості «правильного» розуміння цього феномену та його юридичних наслідків (вторинний характер, особлива мета, психограма судді як доказ припустимості *ratio decidendi*).

Уточнено положення щодо вторинного характеру судової правотворчості як невід'ємної її характеристики, що пояснюється ієрархією функцій судової влади, серед яких судова правотворчість не є провідною, а лише субсидіарною (додатковою), і реалізується у чітко зрозумілих межах, якщо у інакший спосіб забезпечення справедливого правосуддя виявляється неможливим

Обґрунтовано необхідність змінювати сприйняття будь-якого коригування судового акту нижчого суду вищим судом як свідчення негативної якості цього судового акту з огляду на те, що неминуче орієнтування суду на реагування вищих судових інстанцій на його рішення,

знищує сутність правосуддя і фактично визнає притаманність судової влади лише вищим судам.

Розширено аргументацію неприпустимості «сліпого» забезпечення системою судових інстанцій в правосудді однаковості судової практики (не заперечуючи значимості єдності судової практики як критерію верховенства права), з огляду на те, що відхилення від судової практики, яка також може бути неправовою, більше відповідатиме ідеї верховенства права, ніж прагнення підганяти судові акти під відповідність однаковості.

Узагальнені сучасні підходи розуміння верховенства права, удосконалено доктринальне тлумачення верховенства права з позиції зв'язаності державних органів законом (як запорука попередження сваволі) із одночасним визнанням нетотожності права і закону, що тягне за собою потребу в існуванні незалежної гілки влади, яка завдяки правотворчій функції субсидіарного характеру гарантуватиме справедливість навіть тоді, коли закон на це не здатен (будучи неправовим).

Сформульовано гіпотезу про кореляційну залежність між застосуванням у судових рішеннях принципу верховенства права та показниками результатів оскаржень судових рішень і доведено статистично значущу достовірність припущення, що у суддів, які частіше використовують посилення судової аргументації з позицій верховенства права, частка скасованих або частково змінених рішень є значно меншою (за результатами опрацювання практики Вінницького окружного адміністративного суду з 01.01.2019 по 31.12.2019 рр.).

Розроблено алгоритм перевірки судових рішень на відповідність (дотримання) принципу верховенства права, який у перспективі запровадження експертних систем у юриспруденції може бути використаний для розроблення систем аналізу або прогнозування судових рішень за допомогою штучного інтелекту, а на сучасному етапі слугуватиме додатковим інструментом оперативного тестування рішення у справі суддею задля упевненості в його справедливості. Даний алгоритм є чітко

визначеною послідовністю кроків із варіабельністю відповідей на ключові запитання, що ці кроки містять, починаючи з перевірки якості закону згідно із певними суворими загальноправовими вимогами до норм, які суд збирається реалізувати в даній справі, до зважування можливості дії суб'єкту владних повноважень в інший спосіб як у межах закону, так і шляхом невикористання законної можливості застосування примусу, щоб завдати меншої шкоди або уникнути небажаних наслідків для іншої сторони, якщо це не порушує балансу інтересів та не зводить нанівець функції юридичної відповідальності.

Здійснено оцінку перспектив запровадження кіберюстиції й ризиків «прогнозованого правосуддя» саме з точки зору неможливості враховувати найважливіші функціональні елементи верховенства права, оскільки дані інструменти, створюючи нову форму нормативності, потенційно можуть призвести в довгостроковій перспективі до стандартизації судових рішень, що базуються вже не на обґрунтуванні судами конкретних справ, а на чисто статистичних розрахунках. З огляду на це припущено, що треба створити взаємодію між людиною і машиною, щоб вони могли компенсувати недоліки один одного.

Обґрунтовано доцільність визнання повноваження щодо офіційного нормативного тлумачення законів України безпосередньо за законотворцем – Верховною Радою України, а казуального – за Верховним Судом. Наведено аргументи, що це дозволить полегшити сприйняття громадянами не лише букви, а й духу законів, сприятиме забезпеченню єдності судової практики, передбачуваності судових рішень та як наслідок зростання рівня довіри до суду.

Удосконалено положення щодо провідної ролі в утвердженні верховенства права саме адміністративної юстиції (зокрема у контексті закріпленого КАС України правотворчого потенціалу представників суддівського корпусу) з огляду на те, що функція суду з перевірки права на відповідність загальноправовим принципам, стала прокладати собі дорогу з

тих пір, як була введена ідея судового контролю, що передбачає наділення судів певною компетенцією по нормоконтролю в окремих процедурах, коли оскаржуються нормативні акти будь-яких органів, які мають право на їх видання.

Виявлені загальні тенденції застосування принципу верховенства права та його складових у судових рішеннях в Україні, запропоновані кроки щодо поліпшення сучасної ситуації.

Проаналізовано критерії дотримання верховенства права стосовно України, зроблено відповідні висновки та пропозиції. Продемонстровано необхідність розробки й запровадження на нормативному рівні професіограми та психограми судді. Такі чіткі та доступні для сприйняття вимоги, що свідчать про високий рівень усіх складових компетентності суддів, сприятимуть зростанню авторитету судової гілки влади і слугуватимуть обґрунтуванням посилення правотворчої ролі суду у сучасній правовій системі України.

Удосконалено доктринальне тлумачення верховенства права як правовладдя, за якого державна влада здійснюється в межах закону, а суд, що є незалежним від інших органів державної влади, приймає справедливі рішення. Зроблено висновок, що зв'язаність державних органів законом є запорукою попередження сваволі, проте існує потреба в існуванні незалежної гілки влади, яка гарантуватиме справедливість і тоді, коли закон на це нездатний (будучи неправовим), що і є основним доказом правотворчої здатності судових органів, без якої втілення постулатів верховенства права як основоположного принципу захисту прав людини очевидно неможливий.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Алексеев С. Государство и право: нач. курс. Москва:Юрид. лит, 1996. 190 с.
2. Алексеев С. Общая теория права: учебник. 2-е изд. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. 576 с.
3. Алексеев С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. 712 с.
4. Артикуца Н. Культура правотворчості і мова. *Наук. зап. НаУКМА*. 2008. Т. 77. С. 44–50.
5. Багрій О. І. Доктрина верховенства Конституції України (за матеріалами практики Конституційного Суду України): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Ужгород, 2016. 239 с.
6. Багрій Т. Принцип верховенства права як умова розвитку сучасного українського конституціоналізму. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2011. № 2 (2). С. 44–51. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/aymvs_2011_2\(2\)_6](http://nbuv.gov.ua/UJRN/aymvs_2011_2(2)_6) (дата відвідування 11.01.2019 р.).
7. Байниязов Р. Дух и право. *Философия права*. 1999. № 1 (13). С. 19–21.
8. Березовський Є. Функція тлумачення законів перейде до ВС. Хоча й неофіційно. *Закон і Бізнес*. 2016. № 45. URL: https://zib.com.ua/ua/126237-funkciya_tlumachennya_zakoniv_pereyde_do_vs_hocha_y_neoficiy.html (дата відвідування 15.07.2020 р.).
9. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Под. общ. ред. В.И. Даниленко. Пер. с фр. М.: Издательский дом NOTA BENE, 2000. 576 с.
10. Белов Д. Основи конституційного ладу України: сучасні концептуальні підходи. *Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин в Україні: питання взаємодії: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції* (м. Ужгород, 22–23 квітня 2016 р.). С. 24–28.

11. Биля-Сабадаш І. Юридична техніка як різноаспектна категорія. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2008. № 16. С. 37–45.

12. Білак М. Основні принципи, що допоможуть повернути довіру до вітчизняної Феміди. *Закон і бізнес*. 2018. Вип. № 18-19. URL: <https://zib.com.ua/ua/132873-osnovni-principi-scho-dopomozhut-povernuti-doviru-do-sudovoi.html> (дата відвідування 19.11.2020 р.).

13. Бондаренко О. Специфіка психологічного знання та його місце в діяльності судді. URL: <http://www.judges.org.ua/article/seminar12-1.htm> (дата відвідування 23.10.2020 р.).

14. Братасюк М., Росоляк О. Співвідношення принципу верховенства права та принципу законності. *Актуальні проблеми правознавства*. 2018. Випуск 1 (13). С. 11–17. URL: <http://dspace.wunu.edu.ua/bitstream/316497/28597/1/%D0%91%D1%80%D0%B0%D1%82%D0%B0%D1%81%D1%8E%D0%BA.pdf> (дата відвідування 11.01.2021 р.).

15. Буроменський М. Європейський кодекс свободи і демократії. *Право України*. 2010. № 10. С. 89–97.

16. Васильев В. Юридическая психология. 6-е изд. СПб.: Питер, 2009. 608 с.

17. Введение в украинское право / под общ. ред. С. В. Кивалова, Ю. Н. Оборотова. 2-е изд., перераб. и доп. Одесса: Юрид. лит., 2009. 768 с.

18. Веремко В. Визначено критерії верховенства права: тепер українською. *Закон і бізнес*. 2017. Вип. 26 (1324). 01–07 липня. URL: <https://zib.com.ua/ua/129306-stali-vidomi-kriterii-verhovenstva-prava-teper-ukrainskoyu.html#:~:text=%D0%A3%20%D0%BD%D1%96%D0%B9%20%D1%96%D0%B4%D0%B5%D1%82%D1%8C%D1%81%D1%8F%20%D0%BF%D1%80%D0%BE%20%D1%80%D1%96%D0%B7%D0%BD%D1%96,%D0%BD%D0%B5%D0%B4%D0%B8%D1> (дата відвідування 12.12.2020).

19. Верховенство права та права людини у світлі Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Практично-методичний посібник викладача. Київ: USAID, 2016. 860 с.

20. Виступ Голови Верховного Суду Валентини Данішевської «Правові позиції Великої Палати Верховного Суду та стандарти Ради Європи». *Міжнародна онлайн-конференція «Забезпечення єдності судової практики: правові позиції Великої Палати Верховного Суду та стандарти Ради Європи»* (20 листопада 2020 року). URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Praktika_VPVS_vustyp.pdf (дата відвідування 11.01.2021 р.).

21. Вишновецька С., Іваницька Т. Судова практика та її роль у розвитку трудового законодавства України. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 7. С. 87–91. URL: <https://er.nau.edu.ua/handle/NAU/40263> (дата відвідування 20.01.2021 р.).

22. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 року. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1986. № 17. Ст. 343.

23. Власов Ю. Проблеми тлумачення норм права. Монографія. К.: Ін-т держави і права ім.В.М.Корецького НАН України, 2001. 180 с .

24. Волянська О., Підкуркова І. Довіра до суду як чинник довіри до публічної влади: міжнародний та національний виміри. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. Серія: Політологія. 2018. № 2. С. 151–165.

25. Выступление профессора Т.Г. Морщаковой на Вторых сенатских чтениях. URL: <http://ksrf.ru/ru/Info/Reading/Pages/Performance.aspx> (дата відвідування 13.03.2020 р.).

26. Глинська Н. Доброякісність кримінального процесуального закону як основа забезпечення єдності його застосування. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2019. № 38. С. 89–105. URL: <http://pbz.nlu.edu.ua/article/view/192339/192684> (дата відвідування 16.05.2020 р.).

27. Голова суду взяв участь у міжнародній конференції «Судова правотворчість у механізмі забезпечення принципу верховенства права в умовах реформування правосуддя». *Офіційний сайт Апеляційного суду Донецької області (м. Бахмут)*. URL: <https://court.gov.ua/sud0590/pres-centr/news/310283/> (дата відвідування 23.05.2020 р.).

28. Головатий С. Верховенство права: Монографія: У 3-х кн. К.: Видавництво «Фенікс», 2006. Кн. 2: Верховенство права: від доктрини – до принципу / С. П. Головатий. xliii–lvi; с. 625–1276.

29. Гом'єн Д. Короткий путівник Європейською конвенцією з прав людини; пер. з англ. Т. Іваненко та О. Павличенко. Львів: Кальварія, 2002. 180 с.

30. Горбань М. Ю. Судова правоконкретизація: загальнотеоретичні аспекти: дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.01. Львів, 2015. 220 с. URL: <https://law.lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2016/02/%D0%94%D0%B8%D1%81%D0%B5%D1%80%D1%82%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F-4.pdf> (дата відвідування 02.02.2020 р.).

31. Горбань М. Ю. Судова правоконкретизація: загальнотеоретичні аспекти: автореф. дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.01. Львів, 2015. 20 с.

32. Горнсбі проти Греції (но. 18357/91): Рішення Європейського суду з прав людини від 19 марта 1997 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_079#Text (дата відвідування 19.01.2020 р.).

33. Горобець К. Верховенство права як ціннісно-нормативний феномен. *Філософія права та загальна теорія права*. 2013. № 2. С. 207–214.

34. Гринюк Р. Ідея правової держави: теоретико-правова модель і практична реалізація. К.: Вид. дім «Ін Юре», 2004. 388 с.

35. Гураленко Н. Судова правотворчість як спосіб конструювання правової реальності. *Науковий вісник Чернівецького університету : збірник наук. праць: Правознавство*. 2010. № 550. С. 5-10. URL: <http://lawreview.chnu.edu.ua/visnuku/st/550/1.pdf> (дата відвідування

21.06.2020 р.).

36. Гурська О. Аналіз професійно важливих якостей фахівців у галузі інформаційних технологій. *Вісник Національного авіаційного університету. Серія: Педагогіка, Психологія*. 2016. Вип.9. С. 53–58.

37. Гусарев С., Тихомиров О. Юридична деонтологія (Основи юридичної діяльності). К.: Знання, 2005. 655 с.

38. Давид Р., Жоффре Спинози К. Основные правовые системы современности. Москва: Международные отношения, 1999. 400 с.

39. Дашковська О. Судовий прецедент і судова практика як джерела права. *Вісник Академії правових наук України*. 2011. № 1(64). С. 34–41. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vapny_2011_1_4 (дата відвідування 05.04.2020 р.).

40. Дворкін Р. Серйозний погляд на права / пер. з англ. А. Фролкін. К.: Основи, 2000. 519 с.

41. Денисенко Л., Сироїд О., Фадєєва І., Шаповалова О. Бути суддею. Київ, 2015. 216 с.

42. Дешко Л., Боднар О. Правова природа рішень Європейського суду з прав людини. *Правничий часопис Донецького університету*. 2008. №2. С. 76–80.

43. Дослідження щодо психологічних аспектів професійної діяльності судді та суддівських компетенцій: вітчизняні та зарубіжні дослідження, досвід, напрацювання, регулювання. USAID, 2016. 61 с. URL: https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PA00M911.pdf (дата відвідування 11.01.2021 р.).

44. Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия), Совместное заключение по законопроекту о внесении изменений и дополнений в Судебный кодекс Армении (Система аттестации судей), принята Венецианской комиссией на 98-ом пленарном заседании (Венеция, 21-22 марта 2014 г.), Заключение № 751/2013, п. 24, на англ. URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)007-e) (дата відвідування 01.11.2020 р.).

45. Єлоєв проти України (Заява № 17283/02): Рішення Європейського суду з прав людини від 6 листопада 2008 року. URL: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1014.6439.0> (дата відвідування 16.08.2020 р.).

46. Жаровська І., Шай Р. Новітні ознаки права в умовах глобалізаційних змін. *Наука і правоохорона*. 2017. № 4. С. 288–292. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nip_2017_4_42 (дата відвідування 10.01.2021 р.).

47. Жаровська І.М. Доступність права: теоретико-правові проблеми: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2006. 20 с.

48. Загальна декларація прав людини Прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата відвідування 08.12.2019 р.).

49. Заєць А. Правова держава: історія, теорія і практика та її значення для судової діяльності. *Центр суддівських студій*. URL: <http://www.judges.org.ua/seminar6-1.htm> (дата відвідування 21.07.2019 р.).

50. Звіт «Ставлення громадян України до судової системи» / Український центр економічних і політичних досліджень імені Олександра Разумкова; Рада суддів України; Проект Ради Європи «Підтримка впровадженню судової реформи в Україні». URL: <http://rsu.gov.ua/uploads/article/final-report-survey-e07f150174.pdf> (дата звернення: 11.10.2018).

51. Зеленський С. Утвердження принципів верховенства права і законності у кримінальному судочинстві України. *Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право"*. 2012. № 2(6). С. 1–13. URL: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n2/12zsmuks.pdf> (дата відвідування 17.01.2021 р.).

52. Зіллер Ж. Політико-адміністративні системи країн ЄС; пер. з франц. В. Ховхун. К. : «Основи», 1996. 420 с.

53. Зозуля Н. Єдність правових позицій судів як умова повернення довіри суспільства до судової влади. *Українське право*. 2017. 7 грудня. URL: <https://ukrainepravo.com/news/ukraine/dnist-pravovikh-pozitsiy-sudiv-yak->

umova-povernennya-doviri-suspilstva-do-sudovoi-vladi (дата відвідування 17.01.2021 р.).

54. Ірхін Ю. Психологічні засади професійного відбору суддів України. *Слово Національної школи суддів України*. 2014. № 1. С. 29–37. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/cln_2014_1_6 (дата відвідування 17.01.2021 р.).

55. Ісмайлов К. Вплив рішень Європейського суду з прав людини на систему джерел права України. *Держава і право*. 2011. Вп. 51. С. 75–80.

56. Ісмайлов К. Правова природа постанов і роз'яснень Пленуму Верховного Суду України як джерел права. *Наше право*. 2011. № 1. С. 5–12.

57. Кармазіна К. Закон «про систему джерел права»: актуальність та перспективи. *Вісник Одеського національного університету. Правознавство*. 2008. Т.13. Вип. 9. С.101–106. URL: http://dspace.onu.edu.ua:8080/bitstream/123456789/467/1/articles_101-106.pdf (дата відвідування 30.06.2019 р.).

58. Кауфманн А. Онтологическая структура права / пер. с нем. А. В. Стоббы. *Российский ежегодник теории права*. 2008. № 1. С. 151–174.

59. Клабан В. Сучасна система джерел права України: деякі теоретичні та практичні аспекти. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2015. Випуск 61. С. 24–29.

60. Когут О., Підвальна М. Утвердження принципу верховенства права в нормах Кодексу адміністративного судочинства України. *Університетські наукові записки*. 2010. № 2. С. 169–178. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2010_2_24 (дата відвідування 17.01.2021 р.).

61. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, № 37. Ст. 446.

62. Кодекс Наполеона // Юридична енциклопедія у 6 т. / ред. кол. Ю. С. Шемшученко. К.: Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 2001. 792 с.

63. Козюбра М. Верховенство права і Україна. *Право України*. 2012. № 1–2. С. 30–63.

64. Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Право України*. 2016. № 10. С. 38–48.

65. Козюбра М. Верховенство права, права людини і місцеве самоврядування: проблеми взаємозв'язків. *Наукові записки НаУКМА. Серія «Юридичні науки»*. 2017. Т. 200. С. 67–71. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2017_200_15 (дата відвідування 08.11.2020 р.).

66. Комар П. Верховенство права та судова правотворчість: знову про сутність конституційного принципу у світлі пошуку ефективних шляхів його реалізації. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2020. Вип. 62. С. 36–41. URL: <http://visnyk-juris-uzhnu-uz.com/wp-content/uploads/2021/03/8.pdf> (дата відвідування 17.01.2021 р.).

67. Комар П. Система джерел права та система законодавства: сучасний стан поняттєво-категоріального апарату і принципів правозастосування. *Порівняльно-аналітичне право*. 2019. № 3. С. 36–40. URL: http://www.pap.in.ua/3_2019/9.pdf (дата відвідування 17.01.2021 р.).

68. Кони А.Ф. Приемы и задачи обвинения. *Право и образование*. 2002. № 4. С. 124–137.

69. Кони А.Ф. Собрание сочинений в 8 томах. Том 4. Москва: Издательство «Юридическая литература», 1967. 130 с.

70. Кононенко В. Рішення Європейського суду з прав людини як прецедент тлумачення Конвенції про захист прав людини та основних свобод. *Право України*. 2008. №3. С.131–134.

71. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

72. Копча В. Верховенство права як принцип сучасної держави. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2018. № 3. С. 198–212. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvknuvs_2018_3_19 (дата відвідування 08.11.2020 р.).

73. Коркунов Н. Лекции по общей теории права. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. 458 с.

74. Крес проти Франції (но. 39594/98): Рішення Європейського суду з прав людини від 7 червня 2001 року. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SO2483> (дата відвідування 11.10.2020 р.).

75. Крилова І. Верховенство права і принцип розподілу влади в Україні. *Вісник Академії адвокатури України*. 2008. № 1. С. 12–14. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vaau_2008_1_2 (дата відвідування 11.10.2020 р.).

76. Лемак В. Принцип верховенства права в Україні: основні загрози. *Право України*. 2010. № 3. С. 44–51.

77. Лемак В. Соціально-економічні права людини в контексті верховенства права: вітчизняний досвід закріплення та застосування. *Вісник Академії правових наук України*. 2010. № 1. С. 40–48. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vapny_2010_1_4 (дата відвідування 08.11.2020 р.).

78. Лист Міністерства юстиції України від 26.12.2008 N 758-0-2-08-19. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0758323-08#Text> (дата відвідування 03.05.2020 р.).

79. Лист Міністерства юстиції України від 30.01.2009 № Н-35267-18. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09#Text> (дата відвідування 03.05.2020 р.).

80. Логика: учебное пособие / сост.: М.Д. Купарашвили, А.В. Нехаев, В.И. Разумов, Н.А. Черняк. Омск: Изд-во ОмГУ, 2004. 124 с.

81. Луць Л. Перспективи становлення судового прецеденту як джерела права України. *Вісник Центру суддівських студій*. 2006. № 6. С. 9–15.

82. Магрело М. Прецедент, який не зобов'язує: деякі аспекти сутності рішень Європейського суду з прав людини в правовій системі континентального права. *Вісник Академії адвокатури України*. 2013. №3(28). С. 61–67.

83. Мазур М. Судова практика як джерело права: проблема визначення поняття. *Форум права*. 2011. № 3. С. 493–497. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2011_3_81 (дата відвідування 22.09.2019 р.).

84. Майданик Р. Загальна характеристика судового прецеденту в праві України. *Юридична Україна*. 2012. № 12. С. 41–50. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/urykr_2012_12_9 (дата відвідування 03.05.2020 р.).

85. Макаренко Л. Верховенство права як принцип природного права. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 222–229. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/63910/46-Makarenko.pdf?sequence=1> (дата відвідування 11.05.2020 р.).

86. Максимов С. Конституційний принцип верховенства права: загальне та особливе. *Вісник Академії правових наук України*. 2009. № 3. С. 127–134. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vapny_2009_3_12 (дата відвідування 15.12.2019 р.).

87. Максимов С. Лекція професора С. Максимова: вступ до курсу «Філософія права». *Право України*. 2011. № 8. С. 373–386.

88. Максимов С. Правовая реальность: опыт философского осмысления : Монография. Нац. юрид. акад. Украины им. Я. Мудрого. Харьков : Право, 2002. 328 с.

89. Малишев Б. Судова правотворчість як засіб досягнення мети правосуддя. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2011. №1. С. 47–62.

90. Малишев Б. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ,

2002. 229 с.

91. Мазниченко Н. Місце і значення експертних систем в області права. *Scientific Collection «InterConf», (31): with the Proceedings of the 7 th International Scientific and Practical Conference «Science and Practice: Implementation to Modern Society» (October 6-8, 2020) in Manchester, Great Britain.* URL: <https://ojs.ukrlogos.in.ua/index.php/interconf/article/download/4890/4846> (дата відвідування 06.01.2021 р.).

92. Марочкін І. Проблеми судової правотворчості в забезпеченні принципу верховенства права. *Проблеми законності.* 2012. Вип. 119. С. 224–237. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/1724/1/Pr_zak119_26.pdf (дата відвідування 12.07.2020 р.).

93. Мартиненко О. Прагматичний механізм судочинства. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право.* 2019. Випуск 56. Том 1. С. 11–15. URL: <https://journals.indexcopernicus.com/api/file/viewByFileId/917933.pdf> (дата відвідування 05.01.2021 р.).

94. Марченко М. Источники права. Москва: Проспект, 2008. 760 с.

95. Марченко М. Судебное правотворчество и судебское право. Москва: Проспект, 2017. 447 с.

96. Матузов Н. Коллизия в праве: причины, виды и способы разрешения. *Правоведение.* 2000. № 5. С. 225–244.

97. Мельник-Томенко Ж. Принцип верховенства права як універсальна засада адміністративного судочинства. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції.* 2019. № 6. С. 84–89. URL: http://apnl.dnu.in.ua/6_2019/21.pdf (дата відвідування 19.07.2020 р.).

98. Мелякова Ю. Правотворчість у прецедентному і континентальному праві: герменевтичний аналіз. *Вісник Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого. Серія: Філософія, філософія права, політологія, соціологія.* 2012. №2(12). С. 126–143.

99. Михайлович Д. Офіційне тлумачення закону: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків, 2003. 19 с.

100. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права: ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР N 2148-VIII від 19.10.73. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text (дата відвідування 19.07.2020 р.).

101. Мірило верховенства права (правовладдя) національного рівня: практика України (Rule of law Checklist at national level: case of Ukraine) / за заг. ред. М. Козюбри, упорядники та автори коментарів: В. Венгер, А. Заєць, Є. Зверев, М. Козюбра, Ю. Матвеева, О. Цельєв; Центр дослідження проблем верховенства права та його втілення в національну практику України Національного університету «Києво-Могилянська академія». Київ, 2020. 144 с.

102. Міхайліна Т. В. Роль інтегративного потенціалу правосвідомості у реформуванні правової системи: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2018. 510 с.

103. Міхайліна Т. Системні якості правової реальності та місце в ній правосвідомості. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 7. С. 121–125. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pgip_2017_7_26 (дата відвідування 19.12.2020 р.).

104. Мкртумян А. Понятие судебного прецедента в современной теории права. *Рос. юстиция*. 2009. № 11. С. 11–13.

105. Москвич Л. М. Статус суддів: теоретичний та порівняльно-правовий аналіз: Монографія. 2004. 223 с. URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/MONOGRAFIJ_2010/MOSKVICH_2004.pdf (дата відвідування 19.07.2020 р.).

106. Мурашин О. Акти прямого народовладдя, їх система та класифікація. *Вісник Академії правових наук України*. 2000. № 1. С. 61–68.

107. Мусієвський В. Правотворчість судової влади: перспективи впровадження в Україні. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2012. Вип. 8. С. 25–29.

108. Нерсисянц В. Проблемы общей теории права и государства. Москва:

Норма, 2004. 832 с.

109. Новый гражданский процессуальный кодекс Франции, пер. с франц. В. Н. Захватаева. Киев, «Алерта», 2018 г. 960 с.

110. Общая теория права и государства: учебник / Под ред. В.В. Лазарева. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Юристъ, 2003. 520 с.

111. Оглезнев В. Проблемы интерпретации ratio decidendi в аналитической философии права. *Форум права*. 2011. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problemy-interpretatsii-ratio-decidendi-v-analiticheskoy-filosofii-prava> (дата відвідування 19.12.2020 р.).

112. Оніщук М. Колізії у законодавстві України: причини та шляхи подолання. *Правова держава*. 1996. Вип.7. С. 94–112.

113. Орендарчук Г. Логіка: Навчальний посібник для студентів економічних та юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів. Видання друге, перероблене і доповнене. Тернопіль: Астон, 2008. 272 с.

114. Падалка Р. О. Верховенство права як основоположний принцип права: дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук : 12.00.01. Київ, 2017. 195 с.

115. Падалка Р. Окремі проблеми верховенства права в сучасній Україні. *Актуальні проблеми права: теорія і практика*. 2013. № 26. С. 421–430. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/app_2013_26_59 (дата відвідування 19.07.2020 р.).

116. Пархоменко Н. Джерела права: проблеми теорії та методології: монографія. Київ: ТОВ «Видавництво «Юридична думка»», 2008. 336 с.

117. Петришин О. Судова практика як джерело права в Україні: проблеми теорії. *Право України*. 2016. №10. С.20–27.

118. Погребняк С. Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї. *Вісник Академії правових наук України*. 2003. №4. С. 92–99.

119. Погребняк С., Уварова О. Судова практика: поняття та функції. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2004. №9 (35). С. 38–59.

120. Положення про Міжвідомчу координаційну комісію з питань регіонального розвитку: постанова Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2015 р. № 714. URL: <https://zakon.rada.gov.ua> (дата відвідування 19.05.2020 р.).

121. Полях та інші проти України (Заява № 58812/15 та 4 інші заяви): Рішення Європейського суду з прав людини від 17 жовтня 2019 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_e71#Text (дата відвідування 07.07.2019 р.).

122. Попов О. Теоретико-правовые вопросы судебного правотворчества в РФ: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Казань, 2004. 24 с. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/197417693.pdf> (дата відвідування 19.12.2020 р.).

123. Потильчак О. Реалізація принципу верховенства права у рішеннях Верховного Суду України. *Вісник Академії адвокатури України*. 2013. № 2. С. 162–164. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vaau_2013_2_31 (дата відвідування 19.12.2020 р.).

124. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення верховенства права у захисті основних прав і свобод людини і громадянина». URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GH7RH00A.html (дата відвідування 19.12.2020 р.).

125. Пояснювальна записка до цього проекту Закону «Про відновлення довіри до судової влади в Україні» № 4378-2 від 12.03.2014 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50135 (дата відвідування 19.12.2020 р.).

126. Правила оформлення проектів законів та основні вимоги законодавчої техніки (Методичні рекомендації) / Видання п'яте, виправлене та доповнене Теплюк М.О., Гурківська А.І., Крижанівський В.П. К.: ФОП Москаленко О.М., 2018. 62 с. URL: https://radaprogram.org/sites/default/files/publications/rules_web.pdf (дата відвідування 19.12.2020 р.).

відвідування 19.12.2020 р.).

127. Правова доктрина України: у 5 т. Х.: Право, 2013. Т. 1: Загальнотеоретична та історична юриспруденція. За заг. ред. О. В. Петришина. 976 с.

128. Правова статистика: Підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. В. В. Голіни. Х.: Право, 2008. 195 с. URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/KNIGI_2009_2/Statistika2008.pdf (дата відвідування 13.07.2020 р.).

129. Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: Монографія: У 2-х кн. / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. Київ: Юридична думка, 2008. Кн.1. Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії. 344 с.

130. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 року . *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 260.

131. Про відновлення довіри до судової влади в Україні: Закон України від 8 квітня 2014 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 23. Ст. 870.

132. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 28. Ст. 532.

133. Про всеукраїнський та місцеві референдуми: Закон України від 3 липня 1991 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 33. Ст. 443.

134. Про державну статистику: Закон України від 17 вересня 1992 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 43. Ст. 608.

135. Про загальну середню освіту: Закон України в редакції від 13 травня 1999 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 28. Ст. 230. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/651-14/ed19990513#Text> (дата відвідування 08.11.2020 р.).

136. Про затвердження Положення про порядок та методологію

кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення: Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 3 листопада 2016 року № 143/зп-16 (у редакції рішення від 13 лютого 2018 року № 20/зп-18). URL: <https://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/polozhennia.pdf> (дата відвідування 08.11.2020 р.).

137. Про захист населення від інфекційних хвороб: Закон України від 6 квітня 2000 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 29. Ст. 228.

138. Про комітети Верховної Ради України: Закон України від 4 квітня 1995. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 19. Ст. 134.

139. Про міжнародні договори України: Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 50. Ст. 540.

140. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 24. Ст. 170.

141. Про незалежність судової влади: Постанова Верховного Суду України від 13 червня 2007 року № 8. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-07> (дата відвідування 25.10.2020 р.).

142. Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України: Конституційний Договір між Президентом України та Верховною Радою України від 8 червня 1995 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 18. Ст. 133.

143. Про Правила дорожнього руху: Постанова Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2001 р. № 1306. *Офіційний вісник України*. 2001. № 41. Ст. 1852.

144. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України від 17 липня 1997 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 40. Ст. 263.

145. Про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону: Висновок Консультативної ради європейських суддів № 20 від 10 листопада 2017 року. URL:

http://www.vru.gov.ua/content/file/%D0%92%D0%B8%D1%81%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%BA_%D0%9A%D0%A0%D0%84%D0%A1_20.pdf (дата відвідування 25.10.2020 р.).

146. Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки: Указ Президента України від 20 травня 2015 року. *Офіційний вісник України*. 2015. № 41. Ст. 1267. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276/2015#Text> (дата відвідування 19.12.2020 р.).

147. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

148. Проект Закону «Про нормативно-правові акти» № 1343-1 від 21.01.2008 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=1343-1&skl=7 (дата відвідування 19.12.2020 р.).

149. Проект Закону про відновлення суспільної довіри до конституційного судочинства № 4288 від 29.10.2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70282 (дата відвідування 29.12.2020).

150. Проект Закону; Пояснювальна записка; висновок комітету до проекту Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо процесуального забезпечення судової реформи) № 6448 від 16.05.2017. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61789 (дата відвідування 19.12.2020 р.).

151. Профессиограмма судьи. *Психологическая служба судейского сообщества Липецкой области. Официальный сайт Липецкого областного суда*. URL: http://oblsud.lpk.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&rid=48

(дата відвідування 12.12.2020 р.).

152. Прохоренко М. *Межі судової влади щодо правотворчої функції. Порівняльно-аналітичне право*. 2014. № 3. С. 40–46.

153. Пухтецька А. Принцип верховенства права: сучасні європейські доктрини як орієнтир для реформування національного законодавства. *Вісник Національної академії наук України*. 2010. № 3. С. 33–43. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnanu_2010_3_5 (дата відвідування 19.07.2020 р.).

154. Пухтецька А. Формування вимог принципу верховенства права західною правовою традицією. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2010. №3. С. 65–72. URL: http://www.vru.gov.ua/content/article/visnik03_07.pdf (дата відвідування 25.10.2020 р.).

155. Рабінович П. *Основи загальної теорії права та держави*: вид. 5-те. К.: Атіка, 2001. 176 с.

156. Радбрух Г. *Философия права*. Москва: Международные отношения, 2004. 240 с.

157. Рішення Конституційного Суду України від 15 березня 2016 року у справі щодо офіційного тлумачення положення «на наступній черговій сесії Верховної Ради України», яке міститься у статті 155 Конституції України. *Офіційний вісник України*. 2016. № 28. Ст. 1137.

158. Рішення Конституційного Суду України у справі щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» від 29 червня 2010 року № 17-рп/2010. *Офіційний вісник України*. 2010. № 52. Ст. 1746.

159. Рішення Конституційного Суду України у справі про постійне користування земельними ділянками від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005. *Офіційний вісник України*. 2005. № 39. Ст. 2490.

160. Рішення Конституційного Суду України у справі про призначення судом більш м'якого покарання від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004. *Офіційний вісник України*. 2004. № 45. Ст. 2975.

161. Рішення Конституційного Суду України у справі про електроенергетику від 12 лютого 2002 року № 3-рп/2002. *Офіційний вісник України*. 2002. № 22. Ст. 1069.

162. Рішення Конституційного Суду України у справі про набуття чинності Конституцією України від 3 жовтня 1997 року № 4-зп. *Офіційний вісник України*. 1997. № 42. С. 59.

163. Рішення Конституційного Суду України у справі щодо стажу наукової роботи від 19 червня 2001 року № 9-рп/2001. *Офіційний вісник України*. 2001. № 26. Ст. 1182

164. Росік Т.В. Роль судової практики в сучасній правотворчості: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2016. 238 с.

165. Рудковский В. Теоретические проблемы источников права. *Философия права*. 2005. № 3. С. 21–27.

166. Савенко Д. Принципы верховенства права и законности: понятие и соотношение. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. Вип. 62. С. 658–664. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2011_62_90 (дата відвідування 19.05.2020 р.).

167. Савчин М. Конституціоналізм і природа конституції: монографія. Ужгород: Поліграфцентр «Ліра», 2009. 372 с.

168. Санді Таймс (Sunday Times) проти Сполученого Королівства (звява №6538/74): Рішення Європейського суду з прав людини у справі від 06 листопада 1980 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980> (дата відвідування 04.10.2020 р.).

169. Святоцький О. Ratio decidendi або актуальність запровадження судового прецеденту. Інтерв'ю. *Голос України*. 2019. 29 жовтня. URL: <http://www.golos.com.ua/article/323313> (дата відвідування 19.05.2020 р.).

170. Селіванов А. Верховенство права в конституційному судочинстві: Аналіз конституційної юрисдикції. К.; Х.: Акад. прав. наук України, 2006. 400 с.

171. Сердюк І. Методологічний аналіз інтерпретацій поняття

«тлумачення норм права». *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2014. № 3. С. 41–42.

172. Серьогін С. Верховенство права в Україні: проблеми розуміння та застосування. Монографія. Дніпропетровськ: Середняк Т.К., 2014. 124 с.

173. Сірий М. Забезпечення єдності судової практики – важливий напрям розвитку правової системи України. *Вісник Центру суддівських студій*. 2006. № 6. С. 6–9.

174. Скакун О. Теорія держави і права: Підручник. Харків: Консум, 2001. 656 с.

175. Словник української мови (СУМ-11): в 11 томах. 1970 – 1980 рр. Онлайн-версія. URL: <http://www.inmo.org.ua/sum.html> (дата відвідування 31.05.2020 р.).

176. Слотвінська Н. Д. Судова практика як джерело права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів, 2017. 19 с. URL: https://lpnu.ua/sites/default/files/2020/dissertation/1731/avtoreferatdysertaciyina_zdobuttyanaukovogostupenyakandydatanaukslotvinskoyind2.pdf (дата відвідування 10.05.2020 р.).

177. Слотвінська Н. Д. Судова практика як джерело права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів, 2016. 203 с.

178. Створена за підтримки USAID платформа онлайн вирішення спорів «пошук рішень» сприяє покращенню доступу українців до правосуддя. *USAID. Програма «нове правосуддя»*. URL: <https://newjustice.org.ua/uk/novini/stvorena-za-pidtrimki-usaid-platforma-onlajn-virishennya-sporiv-poshuk-rishen-spriyaye-pokrashhennyu-dostupu-ukrayintsiv-do-pravosuddya/> (дата відвідування 31.05.2020 р.).

179. Стецик Н. Судова правотворчість: загальнотеоретична характеристика. *Часопис академії адвокатури України*. 2010. № 9. URL: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/Chaau/2010-3/10snvpzh.pdf> (дата відвідування 11.01.2021 р.).

180. Стрижак А. Конституція України в актах Конституційного Суду

України (аналіт. огляд та коментар). Київ: Ін Юре, 2010. – 631 с.

181. Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С.Н. Братуся. Москва: Юрид. лит., 1979. 328 с.

182. Тодика Ю. Способи тлумачення конституції і законів України Конституційним судом. *Вісник академії правових наук України*. 2001. № 2. С. 51–59.

183. Тодика Ю. Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика. моногр. Х.: Факт, 2001. 328 с.

184. Тополевський Р.Б. Системні зв'язки юридичних джерел права: автореф. дис...канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2004. 19 с.

185. Тулицький О. Конституційний Суд України: між Конституцією й суспільством. *Вісник Конституційного Суду України*. 2020. №4. С. 143–148. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/visnik_3_2020.pdf (дата відвідування 31.05.2020 р.).

186. У Верховному Суді презентували посібник «Критерії оцінки дотримання верховенства права в Україні». Офіційний сайт Верховного Суду. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/892084/> (дата відвідування 31.05.2020 р.).

187. Уварова О. Принцип верховенства права в судовій практиці України. *Філософія права і загальна теорія права*. 2013. № 1. С. 65–72. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/filpr_2013_1_9 (дата відвідування 10.05.2020 р.).

188. Філософія права: проблеми та підходи / за заг. ред. П. М. Рабіновича. Львів: Юридичний факультет ЛНУ ім. І. Франка, 2005. 332 с.

189. Хвостов В. Общая теория права. Элементарный очерк. 6-е изд., испр. и доп. С.-Пб.: Н. П. Карбасников, 1914. 160 с.

190. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран / под ред. З. М. Черниловского. М., 1984. 742 с.

191. Цвік М. Про офіційне тлумачення законів в Україні. *Вісн. Акад. прав. наук України*. 1997. № 4. С. 51–60.

192. Червонюк В. Теория государства и права: учебн. М. :ИНФРА-М,

2010. 704 с.

193. Шадриков В., Дружинін В. Формування підсистеми професійно-важливих якостей в процесі професіоналізації. *Проблеми індустріальної психології*. 1979. С. 3–18.

194. Шевчук С. Доктрина верховенства права та конституціоналізму: історична генеза співвідношення. *Право України*. 2010. № 3. С. 45–61.

195. Шевчук С. Європейська концепція «усталеної судової практики» та її вплив на правотворчу функцію Конституційного Суду України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2008. № 2. С. 93–101.

196. Шевчук С. Конституційні аспекти висвітлення ЗМІ діяльності судової влади. URL: <http://www.judges.org.ua/seminar14-4.htm> (дата відвідування 19.12.2020 р.).

197. Шевчук С. Концепція «суддівського активізму» у контексті судової правотворчості. *Юридичний журнал*. 2008. № 7–8 (74). С. 54–59.

198. Шевчук С.В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2008. 39 с.

199. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Київ: Реферат, 2007. 640 с.

200. Узгодженість практики Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2011. № 4-5. С. 122–130.

201. Шемшученко Ю. С. Вибране. К.: ТОВ «Вид-во «Юридична думка», 2005. 529 с.

202. Шепітько В. Ю. Психологія судової діяльності. Харків: Право, 2006. 160 с.

203. Шишкіна Є. Деякі аспекти правової природи рішень Європейського суду з прав людини. *Право України*. 2005. № 4. С. 102 – 104.

204. Штанько А. Правосвідомість та її роль у формуванні правової поведінки. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. 2009. Вип. 43. С.

144–152.

205. Щодо рішення Конституційного Суду за поданням групи народних депутатів про систему декларування майна та доходів посадовців і депутатів. Президент України: Офіційне інтернет-представництво. URL: <https://www.president.gov.ua/news/shodo-rishennya-konstitucijnogo-sudu-za-podannyam-grupi-naro-64865> (дата відвідування 21.12.2020).

206. Юхимюк О. Правова природа офіційного тлумачення норм права. *Актуальні питання реформування правової системи України: зб. наук. ст. за матеріалами VIII Міжнар. наук.-практ. конф.* (Луцьк, 17–19 червня 2011 р.). URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/153577771.pdf> (дата відвідування 19.12.2020 р.).

207. Юхимюк О. Функції правозастосовного тлумачення норм права. *Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького*. 2011. № 4. С. 91–95. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nivif_2011_4_18 (дата відвідування 19.12.2020 р.).

208. Як в Україні борються з корупцією – думка громадян: Загальнонаціональне опитування населення України, проведене Фондом «Демократичні ініціативи» імені Ілька Кучеріва спільно з соціологічною службою Центру Разумкова з 19 по 25 травня 2018 року. URL: <https://dif.org.ua/article/yak-v-ukraini-boryutsya-z-koruptsieyu-dumka-gromadyan> (дата відвідування 19.12.2020 р.).

209. Algero, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. 65 *La. L. Rev.* 2005. URL: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol65/iss2/6> (дата відвідування 24.10.2020 р.).

210. Black's Law Dictionary Digital, 8th. *West Academic*. URL: <https://web.archive.org/web/20070519134548/http://www.westacademic.com/Students/ProductDetails.aspx?tab=1&productid=137640> (дата відвідування

19.07.2020 p.).

211. Dworkin R. A Matter of Principle. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1985. 425 p.

212. Eisenberg, Melvin Aron. The nature of the common law^{1st} Harvard University Press pbk. ed. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991, c1988. 224 p.

213. Germann O. Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 1967. Цит. за Давид Р., Жоффре Спинози К. Основные правовые системы современности. Москва: Международные отношения, 1999. 400 с.

214. Il Codice Civile italiano, sempre aggiornato. URL: <https://www.codice-civile-online.it/> (дата відвідування 19.12.2020 p.).

215. Komárek, Jan. Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*. 2011. N 4. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/204549401.pdf> (дата звернення 19.12.2020).

216. Nature and Sources Of Laws. Legal studies. URL: http://cbseacademic.nic.in/web_material/doc/Legal_Studies/XI_U2_Legal_Studies.pdf (дата відвідування 19.12.2020 p.).

217. Pound, R. The Theory of Judicial Decision. III. *Today Harvard Law Review*. 1923. Vol. 36. No. 8. P. 940–959.

218. PravoSud: Система пошуку та аналізу судової практики. URL: <https://app.pravosud.com.ua/analytics/judge/> (дата відвідування 19.05.2020 p.).

219. Rule of Law as Goal of Development Policy. URL: www.web.worldbank.org (дата відвідування 18.12.2020 p.).

220. Rule of Law Checklist. Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-е](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-е) (дата відвідування 18.12.2020 p.).

221. Rule of Law Index 2020. World Justice Project. URL: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2020-Online_0.pdf (дата відвідування 19.07.2020 p.).

222. Stone, J. The Ratio of the Ratio Decidendi. *The Modern Law Review*. 1959. Vol. 22, No. 6. P. 597–620. URL: <https://www.jstor.org/stable/1091547> (дата відвідування 18.12.2020 р.).

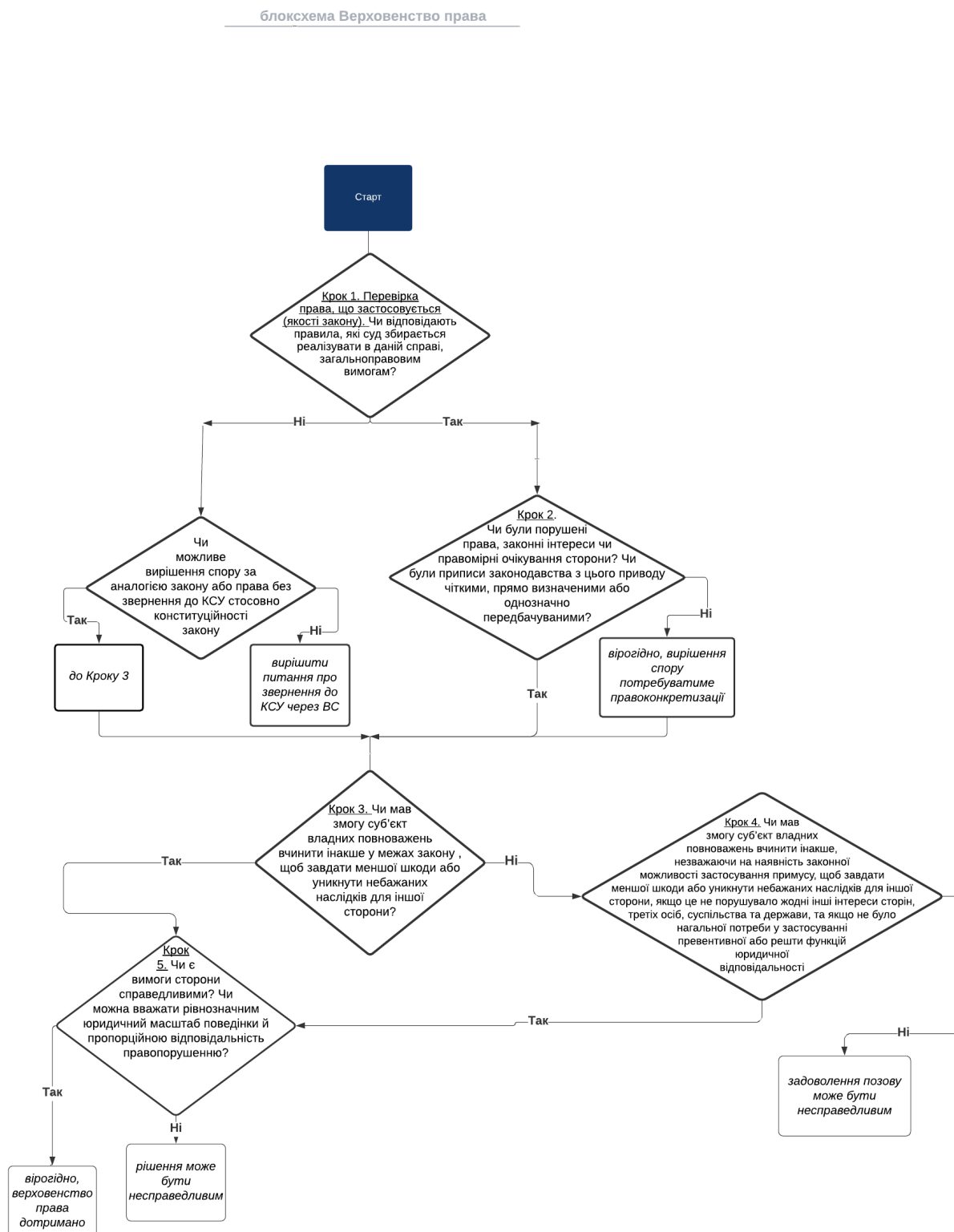
223. Submission on Internet-related Human Rights Issues in India by Digital Empowerment Foundation¹ (DEF) and Association for Progressive Communication (APC): Universal Periodic Review. Human Rights Council. URL: https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/session13/IN/JS15_UPR_IND_S13_2012_JointSubmission15_E.pdf (дата відвідування 25.10.2020 р.).

224. The Rule of Law. An explanation of the Rule of Law & how it is fundamental to western democratic order. URL: <http://www.ourcivilisation.com> (дата відвідування 25.10.2020 р.).

225. Waldron, J. Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. *111 Mich. L. Rev.* 2012. Vol. 1. URL: <http://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss1/1> (дата відвідування 19.12.2020 р.).

* показники проранжовані за зростанням і не відповідають черговості даних суддів (ПІБ) у переліку в таблиці

Блок-схема до алгоритму перевірки судових рішень на відповідність (дотримання) принципу верховенства права





УКРАЇНА
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ДОНЕЦЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ВАСИЛЯ СТУСА
вул. 600-річчя, 21, м. Вінниця, 21021, тел. приймальні: +38 (0432) 50-89-30,
факс: +38 (0432) 50-87-78, E-mail: rector@donnu.edu.ua, код ЄДРПОУ 02070803

«04» листопада 2020 №105/01.1.3-43

ДОВІДКА
про впровадження результатів дисертації
КОМАРА ПАВЛА АНАТОЛІЙОВИЧА
на здобуття наукового ступеня доктора філософії
за спеціальністю 081 «Право»
«Роль судової правотворчості в утвердженні принципу верховенства права»

Дисертація Комара Павла Анатолійовича «Роль судової правотворчості в утвердженні принципу верховенства права» виконана відповідно до плану науково-дослідної діяльності юридичного факультету Донецького національного університету імені Василя Стуса в рамках теми «Правове забезпечення соціально-економічного розвитку: стан та перспективи» (державна реєстрація №0118U003140), в межах якої автором проведено дослідження судової правотворчості як особливого виду діяльності, а також надана загально-теоретична характеристика принципу верховенства права, як засади справедливого правосуддя і одночасно наслідку його реалізації.

Результати дослідження Комара П.А. використано в навчальному процесі кафедри конституційного, міжнародного і кримінального права Донецького національного університету імені Василя Стуса при викладенні навчальної дисципліни «Верховенство права» та «Теорія і практика конституціоналізму».

Проректор з наукової роботи



Ілля ХАДЖИНОВ

**ВІННИЦЬКИЙ ОКРУЖНИЙ АДМІНІСТРАТИВНИЙ СУД**

вул. Брацлавська, 14, м. Вінниця, 21001, тел/факс (0432) 55-65-07, 55-15-18, 55-15-16

Web: www.voas.gov.ua e-mail: inbox@adm.vn.court.gov.ua

Код ЄДРПОУ 34455243

01.03.2021 № 02.3-18/1781/21

ДОВІДКА

про впровадження результатів дисертації

Комара Павла Анатолійовича

на здобуття наукового ступеня доктора філософії

за спеціальністю 081 «Право»

«Роль судової правотворчості в утвердженні принципу верховенства права»

Дисертація Комара Павла Анатолійовича «Роль судової правотворчості в утвердженні принципу верховенства права» виконана відповідно до планів роботи Вінницького окружного адміністративного суду на I та II півріччя 2020 року, зокрема в рамках узагальнення судової практики ВОАС з визначенням правових позицій щодо застосування принципу верховенства права та статистичного аналізу показників роботи суду, зокрема скасованих рішень ВОАС, що були предметом перегляду судів апеляційної та касаційної інстанцій (на підставі даних відділу аналітично-правової роботи з метою підготовки відповідних звітів та оглядів даних про стан здійснення правосуддя ВОАС).

За результатами дослідження Комаром Павлом Анатолійовичем розроблений «Алгоритм перевірки судових рішень на відповідність (дотримання) принципу верховенства права», який використовується при здійсненні судочинства у Вінницькому окружному адміністративному суді, а також у процесі забезпечення неухильного дотримання та запобігання невиконанню вимог законодавства, інших нормативних актів в діяльності апарату ВОАС.

Керівник апарату Вінницького
окружного адміністративного суду



Я.О. Петрунчак



*303*2164236*1*2*

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Статті у наукових фахових виданнях, визначених МОН України, та у наукових періодичних виданнях інших держав:

1. Комар П. Система джерел права та система законодавства: сучасний стан поняттєво-категоріального апарату і принципів правозастосування. *Порівняльно-аналітичне право*. 2019. № 3. С. 36–40. URL: http://www.pap.in.ua/3_2019/9.pdf.
2. Комар П. Верховенство права та судова правотворчість: знову про сутність конституційного принципу у світлі пошуку ефективних шляхів його реалізації. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2020. Вип. 62. С. 36–41. URL: <http://visnyk-juris-uzhnu-uz.com/wp-content/uploads/2021/03/8.pdf>.
3. Komar P. Judicial Lawmaking as a Special Type of Lawmaking in Ukraine. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2020. № 6 (volume 1). P. 188–192. URL: http://vjhr-journal.sk/wp-content/uploads/2021/03/VJNR_6_1_2020-.pdf.

Тези виступів на конференціях, науково-практичних заходах:

1. Комар П. Поняття конституційного законодавства України. *Наукові розвідки з актуальних проблем публічного і приватного права*. Матеріали І Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Київ, 15 листопада 2017 р.). С. 46–50.
2. Комар П. Загальнотеоретичні аспекти судової правотворчості в Україні. *Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин в Україні: питання взаємодії*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції. (м. Ужгород, 8–9 травня 2020 р.). С. 118–122.

3. Комар П. Судова влада як суб'єкт правотворчості в Україні. *Актуальні питання розвитку права та законодавства: наукові дискусії: матеріали міжнародної науково-практичної конференції* (м. Львів, 18–19 грудня 2020 р.). С. 22–26.

4. Комар П. До питання судової правотворчості у контексті поділу влади. *Право і держава: проблеми розвитку та взаємодії у ХХІ ст. Міжнародна науково-практична конференція* (м. Запоріжжя, 29–30 січня 2021 р.). С. 15–18.

Наукові праці, які додатково відображають наукові результати дисертації:

1. Комар П. Поняття та система конституційного законодавства України: підходи, проблеми, напрями вирішення. *Правничий часопис Донецького університету*. 2016. № 1/2. С. 3–10.

2. Komar P. The Value of Precedent as a Source of Law in Ukraine. *Economic and law paradigm of modern society*. 2020. №1. P. 79–85. URL: <https://studlib.org.ua/index.php/eprs/issue/archive>.