**РЕАЛІЗАЦІЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ПРАВА**

1. Застосування норм права: поняття і суб’єкти

2. Стадії застосування норм права

3. Роль принципів права в правозастосуванні

4. Акти застосування норм права

**1. Застосування норм права: поняття і суб’єкти**

На долю правозастосовних органів випадає вирішення юридичних питань, що виникають в суспільстві, а тому від правильного правозастосування залежить забезпечення справедливості й виправлення несправедливості. Йдеться про широку сферу правового регулювання: вирішення юридичних конфліктів, притягнення до юридичної відповідальності, встановлення юридично значущих фактів, надання певного правового статусу – учасники суспільних відносин постійно стикаються із застосуванням до фактів життя норм і принципів права уповноваженими на це суб’єктами. Відповідно, для органів публічної влади правозастосування виступає однією з основних форм реалізації їх повноважень.

Правозастосовча діяльність не є самодостатньою, її призначення зумовлене місцем правового регулювання й роллю в процесі правової регуляції суспільних відносин. Головними функціями права традиційно вважаються основні напрями його дії – регулювання суспільних відносин та їх охорона. Втілення приписів правових норм у фактичних діях суб’єктів цих норм отримало назву реалізації права. «Право створене для застосування: це спостереження видається на подив банальним»[[1]](#footnote-1).

Досить часто реалізація прав та обов’язків полягає у суто фактичній діяльності. Таким чином відбувається «переведення» приписів юридичних норм в ту фактичну, реальну поведінку учасників суспільних відносин, на які було спрямоване правове регулювання. У теорії права, як правило, виділяють три основні форми реалізації права:

– використання (при реалізації норми, що закріплює дозвіл (правомочність) на певні дії – укладення договору, прийняття участі у виборах в якості виборця, участь у мітингу, влаштування на роботу тощо);

– дотримання (у випадку реалізації норми, що містить заборону, – утримання від поширення інформації, що завдає шкоди честі й гідності іншій особі; ненадання для загального доступу, зокрема через мережу Інтернет, об’єктів авторського права за відсутності ліцензії на їх поширення, утримання від куріння в громадських місцях тощо);

– виконання (у разі реалізації норми, що встановлює певний обов’язок, – сплата податків, утримання батьками неповнолітніх дітей та ін.).

Як критерій для такої класифікації беруть спосіб правового регулювання, що лежить в основі норм, які реалізуються. Під способом правового регулювання розуміють первинні засоби впливу на поведінку людей, пов’язані з наділенням їх суб’єктивними юридичними правами або покладанням на них суб’єктивних юридичних обов’язків. До основних способів правового регулювання належать дозвіл, заборона та зобов’язання.

Як вбачається, коли наявні основні три форми реалізації права, то роль права зводиться перш за все до впливу на свідомість суб’єкта, результатом якого стає добровільне дотримання правових вимог. Приписи нормативно-правових актів закріплюють права суб’єктів суспільних відносин, встановлюють заборони, покладають обов’язки. При цьому роль нормативного акту є переважно інформативно-регулятивною.

Проте подекуди виникають такі ситуації, коли суб’єктивні права та юридичні обов’язки не можуть бути реалізовані без додаткового «втручання», яке отримало назву *правозастосування*. Це такі ситуації:

1) *коли передбачені юридичними нормами права і обов’язки у конкретних осіб можуть бути ними реалізовані тільки після винесення індивідуально-владного рішення уповноваженого органу*.

Правова норма сама собою далеко не завжди приводить до результату, заради досягнення якого вона створена. Для досягнення того результату потрібна також діяльність уповноважених суб’єктів, що полягає у виданні актів застосування норм права і виступає другим етапом регулювання. Отже, в окремих (але непоодиноких) випадках мета правового регулювання досягається лише за наявності як нормативного акта, так і акта, що поширює загальні приписи на конкретні життєві ситуації... Така потреба зумовлюється абстрактним характером правової норми та, водночас, конкретним характером життєвої ситуації, що в ній опиняються керівний і керований суб’єкти. Адже відомо, що норма права реалізується в суспільних відносинах лише за умов, зазначених в її гіпотезі, що теж, як правило, мають загальний характер. Законодавець зазвичай не використовує абсолютно визначених гіпотез, які б містили вичерпний перелік конкретних ситуацій, розрахованих на застосування норми. Найчастіше гіпотези мають відносно-визначений характер, що надає компетентному суб’єктові право оцінки ситуації й зіставлення її з умовами, зазначеними в гіпотезі, а в разі їх збігу – й право довести до відома керованого об’єкта конкретизований припис про оптимально-належну поведінку в цій ситуації через визначення його суб’єктивних прав і обов’язків... у чому й полягає індивідуальне регулювання як таке.

Так, наприклад, право на підприємницьку діяльність, гарантоване Конституцією України, не може бути реалізоване без реєстрації фізичної особи як суб’єкта підприємницької діяльності. Так, відповідно до ч. 2 ст. 50 Цивільного кодексу України фізична особа здійснює своє право на підприємницьку діяльність за умови її державної реєстрації в порядку, встановленому Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань» від 15.05.2003 р. № 755-IV. Здійснення підприємницької діяльності без державної реєстрації тягнутиме за собою негативні наслідки у вигляді притягнення до адміністративної відповідальності за ст. 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Відповідно до вказаної статті провадження господарської діяльності без державної реєстрації як суб'єкта господарювання тягне за собою накладення штрафу з конфіскацією виготовленої продукції, знарядь виробництва і сировини чи без такої.

Так само правозастосовною є діяльність із надання дозволів, у тому числі ліцензій, на провадження певних видів господарської діяльності. Загальна процедура надання дозвільних документів встановлена Законом України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» від 06.09.2005 р. № 2806-IV, особливості щодо видання ліцензій – в Законі України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 02.03.2015 р. № 222-VIII. Здійснення відповідного виду діяльності, який підлягає ліцензуванню, без одержання ліцензії, чи без одержання дозволу, іншого документа дозвільного характеру, якщо його одержання передбачене законом, також тягнутиме за собою відповідальність за ст. 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Крім того, законодавець передбачає такий негативний наслідок як визнання правочину недійсним, якщо його вчинено для виконання діяльності, яка потребує дозволу (ліцензії) без їх отримання (ст. 227 Цивільного кодексу України).

Серед інших прикладів правозастосовної діяльності за розглядуваною підставою можна назвати отримання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, призначення пенсії або іншого виду соціальної допомоги, реєстрація суб’єкта господарювання платником податку на додану вартість та багато інших процедур.

Право на вступ до шлюбу не може бути реалізоване без реєстрації сімейного союзу чоловіка і жінки органом державної реєстрації актів цивільного стану (ст. 21 Сімейного кодексу України). Для проведення такої реєстрації уповноважений орган встановлює, чи досягли особи, що вступають у шлюб, шлюбного віку, чи є їх волевиявлення на вступ у шлюб вільним, чи не перебувають такі особи в іншому шлюбі, чи не є вони родичами прямої лінії споріднення і т. д. Такі вимоги ще називають матеріальними. Їх недодержання тягне за собою визнання шлюбу недійсним.

Наведений вид правозастосування відбувається здебільшого у несудовий спосіб: уповноважений орган за встановленою законом процедурою виносить індивідуально-владне рішення, на підставі якого можуть бути реалізовані відповідні права (або набуто відповідний правовий статус – адвоката, нотаріуса, кандидата в народні депутати, підприємця, пенсіонера, платника ПДВ тощо) чи виконано покладені обов’язки (виконання конституційного обов’язку із захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України можливе лише за наявності відповідного рішення призовної комісії або військового комісаріату).

Втім, у виняткових випадках законодавець для забезпечення більшого правового захисту інтересів учасників відповідних правових відносин або з огляду на їх складний характер може встановлювати судову процедуру правозастосування. Саме з такими міркуваннями пов’язане, наприклад, встановлення судової процедури розірвання шлюбу для осіб, які мають дітей, навіть у ситуації відсутності між ними спору про порядок виховання та утримання дитини або спору про розподіл майна. Або, наприклад, надання особі, яка досягла шістнадцяти років, але не досягла ще шлюбного віку, за її заявою права на шлюб в судовому порядку, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам (ч. 2 ст. 23 Сімейного кодексу України). Або, наприклад, введення процедури санації боржника можливе в судовому порядку шляхом винесення відповідної ухвали господарським судом за клопотанням комітету кредиторів (ст. 28 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14.05.92 р. № 2343-XII);

2) *коли є спір про право і сторони не можуть дійти згоди щодо рішення про зміст своїх суб’єктивних прав і юридичних обов’язків* (у такому випадку права сторін не можуть бути реалізовані, доки їх обсяг не буде визначений таким правозастосовним актом як судове рішення чи рішенням іншого уповноваженого органу).

Відповідний спір може виникати як у сфері приватних правовідносин (наприклад, між споживачем і продавцем, між подружжям щодо поділу майна при розлученні, між працедавцем і працівником тощо), так і в сфері публічного права (між платником податків і фіскальною службою, між кандидатом в народні депутати і виборчою комісією, між підприємцем й інспекцією з питань захисту прав споживачів тощо; крім того, це може бути спір, обидві сторони якого є суб’єктами владних повноважень, – між Пенсійним Фондом України, прокуратурою і органом місцевого самоврядування тощо).

Основним способом вирішення спорів про право є судовий спосіб. Однак законодавчо може бути передбачено можливість досудового вирішення спору. Для відносин публічно-правового характеру такий спосіб вирішення називають адміністративним. Він полягає в оскарженні дій, бездіяльності або винесеного суб’єктом владних повноважень рішення до вищого органу. Так, зокрема, п. 55.1 ст. 55 Податкового кодексу України передбачає, що будь-яке інше рішення контролюючого органу може бути скасоване контролюючим органом вищого рівня під час проведення процедури його адміністративного оскарження та в інших випадках у разі встановлення невідповідності таких рішень актам законодавства. У разі коли платник податків вважає, що контролюючий орган прийняв будь-яке інше рішення, що суперечить законодавству або виходить за межі його повноважень, встановлених Кодексом або іншими законами України, він має право звернутися до контролюючого органу вищого рівня із скаргою про перегляд цього рішення (п. 56.2 ст. 56 Податкового кодексу України).

В сфері приватно-правових відносин законодавчу регламентацію отримала процедура досудового вирішення господарських спорів. Так, відповідно до ст. 19 Господарського процесуального кодексу України від 06.11.1991 р. № 1798-XII сторони вживають заходів для досудового врегулювання спору за домовленістю між собою або у випадках, коли такі заходи є обов’язковими згідно із законом.

У низці випадків інстанцією, що виконує функцію досудового вирішення спорів, може виступати орган опіки і піклування. Так, відповідно до ст. 19 Сімейного кодексу України особа має право на попереднє звернення за захистом своїх сімейних прав та інтересів до органу опіки та піклування. Рішення органу опіки та піклування, яке також є правозастосовним актом і виконує роль юридичного факту в регулюванні сімейних відносин, є обов’язковим до виконання, якщо протягом десяти днів від часу його винесення заінтересована особа не звернулася за захистом своїх прав або інтересів до суду. Звернення за захистом до органу опіки та піклування не позбавляє особу права на звернення до суду.

Але важливо пам’ятати: можливість судового захисту не може бути поставлена законом, іншими нормативно-правовими актами у залежність від використання суб’єктом правовідносин інших засобів правового захисту, у тому числі досудового врегулювання спору. Вказаний висновок прозвучав у рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю “Торговий Дім “Кампус Коттон клаб” щодо офіційного тлумачення положення частини другої статті 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) від 9 липня 2002 р. № 15-рп/2002. В цьому ж рішенні також було зазначено, що обов’язкове досудове врегулювання спорів, яке виключає можливість прийняття позовної заяви до розгляду і здійснення за нею правосуддя, порушує право особи на судовий захист. Можливість використання суб’єктами правовідносин досудового врегулювання спорів може бути додатковим засобом правового захисту, який держава надає учасникам певних правовідносин, що не суперечить принципу здійснення правосуддя виключно судом. Виходячи з необхідності підвищення рівня правового захисту держава може стимулювати вирішення правових спорів у межах досудових процедур, однак їх використання є правом, а не обов’язком особи, яка потребує такого захисту.

Вказана правова позиція застосовується судами досить широко, охоплюючи собою навіть ті випадки, коли законодавець передбачив необхідність попереднього звернення до другої сторони відносин для поновлення порушеного права або інтересу. Так, наприклад, ч. 2 ст. 693 Цивільного кодексу України передбачено право покупця у разі порушення продавцем строку передання йому попередньо оплачених товарів або пред'явити вимогу про передання оплаченого товару, або вимагати повернення суми попередньої оплати. Верховний Суд виходить із того, що вказана вимога може бути здійснена як шляхом звернення до боржника з претензією, листом, телеграмою тощо, так і шляхом пред'явлення через суд позову. Без попереднього звернення до продавця;

3) *коли скоєно правопорушення і необхідно визначити міру юридичної відповідальності особи*. Види правопорушень, які на сьогодні виділяються в теорії права умовно може бути поділено на:

1. Правопорушення в сфері приватно-правових відносин (цивільно-правові, трудові; окремо можна виділити сімейні правопорушення);

2. Правопорушення в сфері публічного права (конституційні, кримінальні, адміністративні, фінансові, міжнародні).

Основна відмінність між двома названими групами правопорушень полягатиме в тому, що у першому випадку вирішення питання щодо того, чи притягати правопорушника до юридичної відповідальності, повністю залежить від розсуду другої сторони відносин. Наприклад, покупець, який придбав товар із недоліками, самостійно вирішує, чи звертатися йому до продавця для обміну товару на якісний або ж повернути товар і вимагати повернення сплачених за нього коштів, а за наявності підстав – відшкодування завданої шкоди. Так само суб’єкт господарювання, який оплатив поставку товару, але строки доставки порушуються, може або очікувати доставки й не вживати жодних дій, або стягнути з поставщика штрафні санкції й вимагати виконання зобов’язання в натурі.

І лише якщо виникне спір щодо самого факту вчинення правопорушення (чи дійсно воно мало місце) або щодо визначеної міри відповідальності, його буде передано для вирішення уповноваженим державою органам (в першу чергу, йдеться про суд).

Ті види відповідальності, які ми умовно віднесли до публічно-правових, переважно, орієнтовані на те, що, незалежно від того, яку позицію займає особа, чиї інтереси було порушено, питання притягнення до відповідальності й міри цієї відповідальності вирішують уповноважені органи;

4) *коли необхідно встановити наявність або відсутність факту, що має юридичне значення* (наприклад, при поданні позову про встановлення батьківства цей факт може бути встановлений тільки у судовому рішенні).

Від правозастосування щодо встановлення наявності або відсутності факту, що має юридичне значення, слід відрізняти ситуації, коли орган публічної влади видає акт, в якому фіксує певні встановлені ним фактичні обставини. Так, наприклад, протокол огляду місця події, або протокол про адміністративне правопорушення, або, наприклад, протокол податкової перевірки чи будь-який інший акт уповноваженого органу, який не містить обов’язкових до виконання приписів, а лише фіксує певні факти (наприклад, протокол про адміністративні правопорушення може фіксувати факт перевищення допустимої швидкості водієм; або, скажімо, акт податкової перевірки може фіксувати факт неправильного обліку тих чи інших господарських операцій, заниження податкового зобов’язання тощо). На підставі такого акту в подальшому може бути винесено правозастосовне рішення, яким, зокрема, може бути винесено міру відповідальності, якщо акт зафіксував правопорушення. Суди вже давно сформували стійку правову позицію, відповідно до якої акт перевірки чи інший складений органом державної влади або місцевого самоврядування акт не може бути предметом оскарження, оскільки «не є рішенням органу владних повноважень та не має і не може мати для учасника суспільних відносин будь-яких наслідків, оскільки він призначається для уповноваженої особи, яка повинна прийняти на його основі відповідне рішення». Таку або приблизно таку аргументацію можна знайти у більшості судових рішень, в яких було поставлено питання про можливість оскарження акту перевірки або протоколу про адміністративні правопорушення чи іншого подібного документу.

Наведене дозволяє говорити про правозастосування як про певний спеціальний «механізм», який зв’язує застосовану норму права з її повним здійсненням у поведінці суб’єктів права. Він передбачає обов’язкове втручання компетентних суб’єктів, які мають владні повноваження.

Серед рис правозастосування слід виділити такі:

1) правозастосування є стадією реалізації права і не може бути представлене як одна з форм реалізації права, оскільки:

– критерієм для виділення форм реалізації є спосіб правового регулювання (дозвіл, заборона, зобов’язання); правозастосування не відповідає цьому критерію, оскільки є формою діяльності;

– правозастосування відрізняється від форм правореалізації своєю результативною стороною: результативна сторона використання, виконання та дотримання полягає у фактичних діях, в яких реалізуються правові приписи, результатом правозастосування є прийняття правозастосовчого акту, який в свою чергу потребує реалізації;

2) мета правозастосування — у сприянні реалізації норм права шляхом усунення перешкод, через які безпосередня їх реалізація неможлива, а також контроль за процесом такої реалізації;

3) правозастосування здійснюється шляхом прийняття юридично обов’язкового рішення, яке має конкретного адресата й розраховане на врегулювання певної індивідуальної ситуації;

4) правозастосуванням займаються спеціально уповноважені суб’єкти — в першу чергу органи державної влади та їх посадові особи, а також, якщо це допускає законодавство, особи, яким можуть бути делеговані їх повноваження (третейський суд, приватний нотаріус та ін.). А ось пересічні громадяни не можуть бути суб’єктами правозастосування, хоча така діяльність часто здійснюється за їх ініціативою (наприклад, у разі подання позовної заяви до суду);

5) правозастосування здійснюється за встановленою законодавством процедурою, призначення якої — зниження ймовірності свавілля, забезпечення прийняття законних, обґрунтованих, своєчасних і справедливих рішень.

Отже, правозастосування – це правова форма діяльності уповноважених суб’єктів стосовно забезпечення реалізації норм права щодо конкретних життєвих випадків шляхом ухвалення індивідуально-правових рішень. (Визначення з підручника 2015 р. )

**2. Сучасні концепції правозастосування. Стадії застосування норм права**

Питання про стадії застосування норм права є питанням про те, як правозастосовець приймає відповідне рішення, яким є механізм його вироблення.

Традиційним для юридичної науки і практики є погляд на правозастосування як на стадійний процес, завданням якого є забезпечення реалізації норм права щодо конкретних життєвих випадків шляхом винесення індивідуально-правових рішень, крізь призму вимоги правової обґрунтованості правозастосовного рішення.

Небезпідставно вважається, що правозастосовна діяльність є доволі рутинною. Невипадково еталоном в цій сфері вважається метод правозастосування, вироблений німецькою школою права і названий нею «*Relationstechnik»* («*relationship technique*», «*техніка відносин*»). Також часто використовуваною є назва: «*the* s*tep-by-step method»* (*покроковий метод*)*.* Йдеться про підхід, коли процес правозастосування описується за прикладом логічного силогізму: правило поведінки (правова норма) є великою посилкою, факти в конкретній справі – малою посилкою, правозастосовне рішення – висновком.

Такий підхід завдячує своїм походженням концепцієї розподілу влади, яка головним завданням судової гілки називає здійснення правосуддя, а отже – звернення до встановлених законодавчою владою правил поведінки для вирішення юридичних конфліктів. Крім того, судді потребують певного дороговказу, який одночасно б їх обмежував. Орієнтуючи суддю, як і будь-якого іншого правозастосовця, на силогістичну модель, ми спрямовуємо і одночасно стримуємо його в зусиллях із встановлення великої посилки юридичного силогізму – в іншому випадку підвищувалася б загроза нав’язування ним своїх особистих переконань і уявлень про цінності, результатом чого ставало б створення нової правової норми замість застосування існуючої. Але не слід забувати: встановлення юридичної основи вирішення справи вимагає від правозастосовця вміння використовувати всю «валізу прийомів», уявлення про які має дати юридична освіта і які включають в себе способи тлумачення, правила подолання колізій і прогалин в позитивному праві, звернення до принципів права і багато іншого. В ідеалі, дотримання правозастосовцем усіх вимог до встановлення юридичної основи вирішення справи має забезпечити передбачуваність правового регулювання і правову рівність сторін.

Втім, незважаючи на широку підтримку такого погляду на правозастосування, загальновизнаним його назвати не можна. Більше того, дискусія між прибічниками силогістичної моделі правозастосування (яку також називають дедуктивною) і її противниками відома західній юридичній думці як протистояння формалістів (традиціоналістів) і реалістів. За великим рахунком, це спір між тими, від кого можна почути заклик «мислити як юрист», і тими, хто вважає, що юридичне мислення відрізняється від звичайного людського мислення тільки тим, що його метою є вирішення певного юридичного питання. Ілюстрацією ідей перших могли б стати слова професора Кінгсфілда, героя оскароносного фільму «Паперова погоня» 1973 р., який свою лекцію для студентів-першокурсників почав так: «Ви буде вчити праву себе самі. Я буду тренувати ваші уми. Ви прийшли сюди з головами, повними каші, але якщо вцілієте, то підете звідси, вміючи мислити як юристи». Говорячи про вміння мислити як юрист, професор, чия фігура вважається знаковою, озвучив ідею, яка налічує вже не одне століття. Ще в сімнадцятому столітті видатний англійський суддя Едвард Кокс вказував на те, що юридичне мислення відрізняється від звичного, буденного, навіть якщо останнє є дуже ґрунтовним. Крім того, як також підкреслив професор Кінгсфілд, різниця є не лише змістовною, але й процедурною. Тобто вона зумовлена не лише тим, що юристи знають правові норми, а звичайні люди – ні. Більшою мірою її зумовлює те, що юристи й судді використовують методи аргументації, міркування й прийняття рішень, які відрізняються від аргументації й міркувань з боку неюристів. Саме набуття вказаних навичок і стає головною метою підготовки майбутніх юристів й змістовним компонентом юридичної практики.

Реалісти ж наполягають на тому, що правозастосовець використовує так званий метод «назад працюючого мислення»: спираючись на інтуїцію й емоції, суддя, як і будь-яка інша людина, спочатку приймає рішення, а вже потім обґрунтовує його. Головна роль в такому процесі відводиться не логіці, а інтуїції. Адже «правосуддя є творчою працею, а не просто застосуванням закону на основі силогізму». Вважається, що поштовх для розвитку школи правового реалізму дала написана у 1921 р. стаття Джозефа Хатчесона, техаського федерального судді, яка змінила традиційні уявлення про правозастосування. Він стверджував, що є помилкою вважати, що зазвичай суддя в першу чергу дивиться на текст правила, встановлює його мету, з’ясовує намір законодавця, щоб відповідно до цього вирішити справу. Більше відповідає дійсності, як вказував Дж. Хатчесон, твердження, що суддя спочатку, переважно базуючись на знанні обставин справи, аніж правової основи, інтуїтивно доходить висновку, як слід вирішити справу, а вже потім знаходить юридичне підґрунтя для аргументації свого рішення.

Реалісти попереджають правозастосовців від захоплення логікою, оскільки вона може вступати в конфлікт зі здоровим глуздом й заважає прийняттю соціально бажаних рішень. Та й в цілому виходять із того, що процес мислення судді або іншого суб’єкта правозастосування не піддається через свою емоційність логічному обґрунтуванню.

Є різні течії реалістів, що по-різному відповідають на питання про те, як правозастосовець приймає рішення. Є ті, хто, за прикладом судді Хатчесона, наполягають: правозастосовець спочатку вирішує, який результат має бути досягнуто, і потім намагається аргументувати його (жорсткий реалізм). Є й такі, що вказують на інтуїтивність прийняття того чи іншого рішення: люди приймають рішення інтуїтивно, а потім намагаються обґрунтувати його; але оскільки інтуїція формується на підставі знань, інтуїція досвідченого правозастосовця може забезпечити досить точний результат. Іншими словами, суддя доходить певного висновку не тому, що він з самого початку мотивований не певний кінцевий результат, а тому що попередні знання й переконання визначають його. Як з цього приводу свого часу підсумовували Р. Давід і К. Жоффре-Спінозі, законодавчі тексти часто розглядаються переважно як свого роду путівники у пошуках справедливого рішення, а не як суворі накази щодо відповідного способу тлумачення норми і вирішення справи. Деякі судді навіть прямо визнають, що спочатку знаходять справедливе рішення, а вже потім відшукують його обґрунтування в праві.

Однак було б значним спрощенням виходити із того, що формалісти розглядають правозастосовців лише як операторів гігантської силогістичної машини, а реалісти зводять увесь процес правозастосування до інтуїтивного виведення рішення й ставлять його результат у пряму залежність від того, що «суддя з’їв на сніданок».

Сучасні формалісти погоджуються із тим, що правозастосування не є механістичною активністю. Безумовно, *Relationstechnik* функціонує найкраще, коли нормативні акти і за змістом, із за формою відповідають встановленим вимогам. Окремі західні вчені в цьому сенсі говорять про «гарно написані закони» (well-drafted statutes), розуміючи під ними акти, що є добре узгодженими між собою; чітко вказують, на кого поширюється їх дія, і за яких обставин слід ними керуватися; дозволяють правозастосовцю віднаходити об’єктивні факти, а не ґрунтуватися на суб’єктивних оцінках; не очікують від правозастосовця винесення політично мотивованих рішень; зводять до мінімуму ситуації, коли правозастосовець змушений звертатися до оціночних понять й використовувати свободу розсуду. Однак це не означає, що формалісти ігнорують необхідність вирішення так званих «складних справ».

Слід зазначити, що проблема «складних справ» – це великою мірою проблема судового правозастосування, причому здебільшого на стадії апеляційного або касаційного оскарження. Адже правозастосування в позасудовому порядку відбувається переважно за підстав, які не передбачають наявність спору про право. Йдеться про ситуації, коли до компетенції уповноваженого органу входить винесення рішення, яке є необхідною підставою для реалізації прав і обов’язків учасників суспільних відносин (рішення про призначення пенсії, про реєстрацію юридичної особи, про надання статусу інваліда, про реєстрацію платника податків тощо), або яким фіксується певний юридично значущий факт (народження, шлюбу, смерті) тощо. Такі правозастосовні рішення приймаються у безспірному порядку. І лише у разі, якщо сторона, щодо якої прийнято відповідне рішення, або особа, чиї інтереси таке рішення зачіпає, вважає, що її права або законні інтереси було порушено, вона може ініціювати процедуру оскарження. Це може бути адміністративний порядок оскарження (до вищого органу) або судовий.

Але навіть у цьому випадку важливо розуміти: якщо закон є чітким і зрозумілим, і вироблене на його підставі рішення є очевидним, мало хто буде його оскаржувати. Скажімо, якщо державний реєстратор залишає без розгляду заяву фізичної особи щодо реєстрації її підприємцем на тій підставі, що нею не подано документ, який підтверджує внесення реєстраційного збору за проведення державної реєстрації фізичної особи – підприємця (відповідну підставу передбачено законом), то, скоріше за все, фізична особа утримається від оскарження такого рішення в суді, віддавши перевагу виправленню допущеної помилки і заново подавши документи для реєстрації. Тільки у тих випадках, де існує спір про право і обидві сторони вважають, що мають реальний шанс на перемогу (і, відповідно, мають аргументи на користь своєї позиції), вони звертаються до суду. Про ще більший характер складності справи, за загальним правилом, свідчить факт звернення сторони у справі до апеляційного суду або, у подальшому, касаційне оскарження, адже в цьому випадку йдеться про те, що суд не зміг переконати її у правильності свого рішення.

Як результат такої об’єктивно зумовленої юридичної «селекції» – чим вища судова інстанція, тим відсоток складних справ і рівень їх складності є більшими. І в таких складних випадках особливо загострюється питання особистих поглядів судді на ті чи інші питання, щодо яких в суспільстві немає єдиного погляду. Як свідчить практика вищих судових інстанцій інших держав, судів конституційної юрисдикції, а також рішення Європейського суду з прав людини, це питання, пов’язані із впливом науково-технічного прогресу на життя людини (спірні питання штучного запліднення, проблема евтаназії), дискусії щодо легального визнання одностатевих відносин, положення національних і релігійних меншин в суспільстві тощо. У складних справах немає єдиної правильної відповіді, яку можна було б вивести із правової норми, або, принаймні, вона не є очевидною. Це ті справи, які нагадають нам про те, що право не може розглядатися виключно як інструмент «організації» співжиття різних членів суспільства. Основним його завданням стає забезпечення балансу інтересів суб’єктів, що особливо актуально, коли йдеться про приватноправові відносини.

У цьому сенсі інтерес представляє класифікація типів правозастосування, свого часу запропонована А. Бараком, який залежно від категорії справи поділяє правозастосування на такі види: 1) правозастосування у легких і зрозумілих справах, для яких наявний лише один варіант вирішення на підставі існуючих норм позитивного права; 2) незрозумілі справи, в яких лише детальний аналіз має показати, що лише одне з можливих рішень у правовому сенсі є правильним; 3) важкі справи або, за термінологією Джозефа Раза, «неврегульовані спори», в яких виникають питання, на які право не дає одну-єдину допустиму відповідь.

У свою чергу, правовий реалізм, який, як стверджується дослідниками, було неправильно сприйнято практично усюди за межами своєї батьківщини – США, не відкидає значення правової основи вирішення справи, однак вказує на необхідність врахування неправових факторів (особистість правозастосовця, його особисті погляди і переконання, пріоритети з точки зору публічної політики), які формують уявлення про те, як має бути вирішена справа ще до того моменту, як правозастосовець звертається до правових норм. Здійснюються навіть спроби прогнозування, яке рішення буде прийнято, виходячи із таких показників, який вік кожного із суддів, які будуть приймати рішення, статевої належності, національності, місця проживання, належності до політичної сили на момент обрання на посаду судді тощо. Враховується, яку позицію у схожих справах раніше займав той чи інший суддя. Усе це дозволяє робити доволі чіткі прогнози щодо того, яке рішення буде винесено у певній справі.

Реалісти часто зображуються скептиками, які тільки те й роблять, що сумніваються в традиційній теоретичній моделі правозастосування. Їм на захист можна сказати, що реалісти перш за все хотіли збільшити визначеність і передбачуваність права шляхом з’ясування справжньої природи правозастосування. Крім того, реалісти ставили за мету реформувати юридичну освіту, зокрема шляхом впровадження клінічної юридичної освіти, яка тепер наявна практично в кожному американському юридичному навчальному закладі (і здобуває все більшої популярності в Європі). Не можна не згадати і про те, що на основі правового реалізму виникла нова школа юриспруденції, що довгий час домінувала в США і здобула поширення в інших країнах, а також в міжнародно-правовій науці – економічний аналіз права.

Дебати між правовими реалістами і традиціоналістами можуть бути зведені до порівняння способів їх мислення. Перша модель є швидкою й інтуїтивною, в той час як друга є більш логічною, системною і схильною до роздумів. Це відобразилося і на традиції викладення правозастосовного рішення. В «німецькому» рішенні викладається «стандартний хронологічний опис з єдиною точкою зору на події, що мали місце». Німецький процес представляє до уваги тільки одну точку зору, навіть не намагаючись тримати інтригу. Він не вдається до боротьби за уяву читача, не включає до своєї історії детального опису юридично незначущих, але по людські цікавих обставин. Образно кажучи, за німецькою (традиціоналістською) моделлю суддя ставить перед собою завдання написати історію, засновану на фактах, які встановлено під час розгляду справи. Сторони спору забезпечують суддю матеріалом, який є необхідним для його роботи. Метою їх співробітництва виступає рішення відповідно до права. Окремі елементи провадження, яких вимагає закон, слугують ніби «окулярами», крізь які суддя розглядає справу. Це ніби невеличкий театр, церемонія економна, зали судових засідань скромні, і судді головують з висоти декількох сантиметрів, а не метрів, як це буває в США. Атмосфера більш тісної співпраці й менш конфронтаційна, ніж у американських колег. Німецькі судові процеси нагадують спільні проекти, на кшталт збирання головоломки або розгадування кросворду.

Крім того, традиціоналістська модель, орієнтована на покроковий метод, об’єктивно зумовлює те, що правовий аналіз проблеми ніколи не може починатися із висновку про кінцевий результат (або навіть із уявлення про те, яким він має стати). Навпаки, кінцевий результат має бути отримано шляхом встановлення фактичних і юридичних обставин справи, крок за кроком.

Наведені вище характеристики правозастосування у світлі двох найбільш відомих теорій, які по суті стали яскравим відображенням впливових правових традицій – континентальної і англосаксонської, дозволяють дещо по-іншому поглянути на модель правозастосування, що стала звичною для вітчизняної юридичної думки. Представлена в ній силогістична модель традиційно має за мету надати уявлення *про зовнішній бік правозастосування*, представити його як сукупність процедурних дій, що утворюють відповідні стадії – стадію встановлення фактичних обставин справи, стадію визначення правової норми, що відповідає встановленим обставинам, і стадію ухвалення рішення. Наведений підхід до правозастосування залишає (як видається, виправдано) поза дужками питання про те, *як* правозастосовець доходить відповідного рішення – інтуїтивно, ще до того, як звертається до норми права, або ж крок за кроком вивчаючи обставини справи? який вплив на нього мають позаюридичні фактори (власні уподобання, симпатії, життєвий досвід тощо)? Така модель правозастосування є нормативною – вона не описує, вона орієнтує правозастосовця на те, яким є *належний* шлях до вироблення рішення. Однак на відміну від західного свого відповідника (школи традиціоналістів, або формалістів) такий підхід не є концепцією способу правового *мислення*. Він описує правову форму *діяльності*.

Вимога правової обґрунтованості правозастосовного акту ніби примирює силогістичну модель правозастосування як правової форми діяльності із дедуктивною моделлю правозастосування як способу правового мислення. Вона (визнаючи, що уявлення про правозастосування як про силогізм є значним спрощенням, а спосіб правового мислення взагалі не піддається зовнішньому регулюванню, і дійсно може мати численні індивідуальні особливості) *зобов’язує правозастосовця обґрунтувати своє рішення, беручи за основу той самий силогізм*. Вказана вимога одночасно виконує роль і орієнтира для правозастосовця у вирішенні ним певного юридичного питання, і обмежувача його свободи, зв’язуючи правозастосовця необхідністю звернення до наявних норм і принципів права, дисциплінує його. Крім того, зміщуючи в такий спосіб акцент і розглядаючи силогістичну модель саме як модель *обґрунтування* рішення, як певний методологічний прийом, який не замінює сутнісної сторони процесу, не перетворює правозастосовця на «устрій із вирішення проблем», ми фактично прислухаємося до тих критиків, які вказують, що уявлення про правозастосування як про силогізм автоматично виключає творчу скадову цього процесу, характеризує його суто як технічну діяльність.

Окремо слід відзначити: чим більшими є підстави вважати, що розглядуване юридичне питання є складним (неоднозначною є практика його вирішення, справа перебуває на стадії апеляційного або касаційного оскарження тощо), тим вищими є вимоги до правової аргументації правозастосовного акту.

*Силогістична модель правового обґрунтування*, таким чином:

*по-перше*, змушує правозастосовця, яким би не був мисленевий процес вироблення відповідного рішення (а ми не можемо повністю виключити вплив позаюридичних факторів, особливо якщо йдеться про «складні справи»), перевірити правильність отриманого результату: він має переконати себе, адресатів рішення, вищі судові інстанції, юридичну громадськість і суспільство в цілому;

*по-друге*, створює можливість проконтролювати правозастосовця, визначити, чи зрозумів він позиції сторін у справі, дає основу для перегляду його рішення, надання йому оцінки;

*по-третє*, відіграє важливу роль в процесі юридичної освіти – вона не змушує студентів повірити у механічність самого процесу правозастосування, але в той же час пропонує їм аналітичну структуру, яка виступає універсальним орієнтиром при виробленні правозастосовного рішення.

**2. Роль принципів права у правозастосуванні**

Принципи права як певна система вимог, яка відображає визнані у суспільстві цінності і утворює ієрархічну єдність, забезпечуючи системність правового регулювання, відіграють особливу роль на такій стадії правового регулювання як правозастосування. Їх роль може бути розкрита шляхом виділення регулятивної і інструментальної функцій принципів права.

Регулятивна функція принципів права може проявлятися як безпосередньо (коли за умови відсутності норми права справу має бути вирішено на основі принципів права), так і опосередковано (так, учасники правовідносин звертаються до основоположних принципів права при тлумаченні норм права, при подоланні прогалин та колізій в праві, а також при оцінці норм права на їх відповідність принципам права). Найбільш відчутним вплив принципів права на процес правозастосування є на стадії встановлення юридичної основи справи, коли регулятивна функція принципів права знаходить прояв у таких напрямах:

1. Встановлення, чи є розглядуваний випадок таким, що охоплюється сферою дії права.

2. Визначення змісту норм права, що врегульовують розглядуваний випадок, через їх системний зв'язок з принципами права.

Найбільша потреба у врахуванні при розкритті змісту норми права вимог принципів права виникає у разі невизначеності норми права, залишення законодавцем простору для розсуду правозастосовця. Залишити такий простір законодавець може як свідомо – через пряму вказівку на повноваження органу правозастосування вирішувати певні питання на свій розсуд або через достатньо «гнучкі» формулювання правил поведінки, так і несвідомо, коли простір для розсуду правозастосовця з’являється через певні недоліки використаної нормотворчим органом юридичної техніки або неврахування ним певних особливостей розвитку суспільних відносин, що не призводить до прогалини у правовому регулюванні, але робить його недостатньо чітким. Прикладом свідомого залишення простору для правозастосовного розсуду є частина 3 статті 551 Цивільного кодексу України, згідно з якою розмір неустойки може бути зменшено за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, а також за наявності інших обставин, що мають важливе значення. При цьому суди вказують на необхідність при застосуванні наведеної норми права звертатись до вимог принципів розумності і справедливості.

Складнішим є завдання судді у випадку, коли простір для розсуду при вирішенні справи є результатом суб’єктивних або об’єктивних недоліків у правовому регулюванні. За точним зауваженням Г. Харта з цього приводу, який механізм, прецедент або законодавство, не був би обраний для повідомлення зразків поведінки, вони, як би добре не працювали серед великої кількості звичайних випадків, стають у певний момент, коли їх застосування буде під питанням, невизначеними: вони будуть наділені тим, що термінологічно виражається як відкрита структура. У подальшому вчений пояснює, що під відкритістю структури права він розуміє певні сфери поведінки, в яких багато чого має бути надане на розгляд судів або посадових осіб, які встановлюють (з урахуванням конкретних обставин) баланс між конкуруючими інтересами, вага яких може варіюватися від випадку до випадку.

Особливого значення при визначенні змісту норми права у процесі правозастосування набуває принцип правової визначеності. Він вимагає від правозастосовного органу у випадку неточності, недостатньої чіткості, суперечливості норм позитивного права тлумачити норму на користь невладного суб’єкта (якщо однією зі сторін спору є представник держави або органу місцевого самоврядування). На підтвердження вказаної тези Л. Фрідмен наводить такий приклад звернення до принципів права при тлумаченні недостатньо чіткого законодавчого положення. Верховний Суд Сполучених Штатів в одній зі справ повинен був надати тлумачення Державному акту про викрадення моторних екіпажів від 1919 року. Закон визначав моторний екіпаж як «автомобіль, вантажну автомашину, мотоцикл чи будь-який інший самохідний транспортний засіб, не призначений для пересування залізничною колією». Конгрес встановив, що перетинання кордону штату на такому засобі особою, якій «було відомо, що він був викрадений», є злочином. Звинувачений Мак-Бойл перелетів на викраденому аероплані з Іллінойсу до Оклахоми. Перед судом постало питання, чи порушив Мак-Бойл закон 1919 року? Аероплан – моторний засіб, який не пересувається колією. Проте Верховний суд не позбавив Мак-Бойла волі. Кримінальне право повинно давати «чесне попередження» на мові, «зрозумілій звичайному світу». Статут у цьому випадку був викладений в словах, які могли викликати в нормальному, звичному розумі тільки уявлення про засіб, що рухається по землі. Було б несправедливим, якби суд розширив тлумачення закону, включивши до нього аероплан. Мак-Бойл вийшов із суду вільним, а Конгрес у 1945 році вніс поправки до закону, включивши до нього й літаки.

3. Здійснення принципами права безпосереднього регулятивного впливу на суспільні відносини у випадку прогалин у позитивному праві. Ще на початку ХХ століття Й. О. Покровський звертав увагу на те, що закон, навіть той, який представляє досить повну кодифікацію, все рівно має прогалини, оскільки не дивлячись на всі намагання, він не може охопити всієї нескінченної різноманітності життєвих відносин. Закон, навіть найдосконаліший, відстає від життя: раз виданий, він залишається непорушним, тоді як життя постійно йде вперед, створюючи нові потреби та нові відносини. Коли норма права, яка б врегульовувала розглядувану ситуацію, у позитивному праві відсутня, завдання правозастосовного органу значно ускладнюється. У таких випадках суд має керуватися всією системою принципів права і на цій основі за наявності прогалини в законодавстві вирішувати справи, безпосередньо виходячи з правових принципів.

Юридична наука виробила два поняття на позначення такої ситуації: «прогалина в законі» і «прогалина в праві». Відповідно, способи подолання правозастосовним органом відсутності припису позитивного права для вирішення життєвої ситуації отримали назви «аналогія закону» й «аналогія права». Висновком за аналогією традиційно називають вирішення непередбаченого чинним правом випадку на підставі норми, що визначає схожий випадок. Якщо ця норма виражена в законі, поширення її на схожий випадок є аналогією закону; якщо ж вона має бути попередньо виведена з загальних принципів чинного права, отримуємо аналогію права. Можливість застосування аналогії у процесі правозастосування базується на припущенні, що законодавець справедливий і що якби він передбачив цей випадок, то врегулював би його так само, як і врегулював схожі з ним за суттю випадки. У такому разі має місце аналогія закону – і при цьому правозастосовець виходить з принципів справедливості й передбачуваності.

До аналогії права правозастосовець змушений звертатися, коли врегульованого законодавцем схожого випадку, на який можна було б орієнтуватися при подоланні прогалини, немає. А отже слід керуватися тільки принципами права. Як аналогія закону, так і аналогія права зводяться до такого логічного процесу: слід провести аналіз конкретного випадку, знайти в законодавстві (або добути з нього) норму, яка регулює інший випадок, тотожний з даним у всіх юридично істотних елементах, розкрити юридичний принцип, наведений у цій нормі, й застосувати його до цього випадку. Слід погодитись з тими вченими, які вказують на певну умовність використання терміну «аналогія» щодо випадків, коли виникають неврегульовані уповноваженим органом випадки. Адже в ситуації з аналогією права взагалі відсутня аналогія у строгому значенні, тому що в цьому випадку йдеться не про застосування подібного (аналогічного) закону, а про вирішення непередбаченого конкретною нормою випадку на основі загальних принципів права. Аналогія як і будь-яка логічна форма є відображенням певних зв’язків і відношень предметів реальної дійсності. Водночас, аналогія права за своєю логічною структурою не є висновком за аналогією, а є дедуктивним умовиводом. А от аналогію закону за логічною структурою визнають виводом за аналогією у власному сенсі, оскільки при аналогії закону переносять ознаку з одного випадку (передбаченого законом) на інший випадок (не передбачений законом) на основі схожості цих випадків у низці істотних ознак.

Цікавий погляд на природу аналогії права і аналогії закону пропонує німецький цивіліст Я. Шапп. Він розуміє під аналогією права і закону лише ті випадки, коли один чи декілька приписів закону можна співвіднести з випадком, який розглядається, якщо не за дослівним значенням, то за змістом. Час від часу на розгляд судді потрапляють справи, до яких не можна застосовувати законодавчі положення ні прямо, ні за аналогією, тобто за їх смислом. Якщо суддя приймає рішення в такій справі, то він створює право в екстралегальному смислі. При цьому вчений ставить питання про те, чи має взагалі суддя право на такі дії, які масштаби застосовні до таких рішень і де межі для такої правотворчості.

Дискусії з приводу статусу дій суддів у разі вирішення справи за умов відсутності відповідної норми права у позитивному праві точаться й у вітчизняній науці. Саме в питанні про прийняття рішень судами у так званих «складних справах» вбачають основний предмет спору між Г. Хартом і Р. Дворкіним: обидва вчених визнають, що у важких справах судді виходять за межі правил і розглядають цінності, але Г. Харт називає це актом законодавства, а Р. Дворкін апеляцією до принципів. Сам Я. Шапп розмірковує так. Суддя не може відмовитися від прийняття рішення тільки на тій підставі, що він не може обґрунтувати його посиланням на закон. Напроти, в цьому випадку він повинен замість законодавця сформулювати правову норму, яка дозволить йому винести рішення за відповідною справою. Там, де для створення нової норми права суддя не має в якості масштабу окремих законодавчих приписів, йому доводиться орієнтуватися на ще більш абстрактні принципи права, основні положення конституції і, нарешті, правову систему в цілому. Нова норма права має бути відкритою для інтеграції в правове ціле. Тому формулювання цієї норми здійснюється в режимі «intra ius» («у межах права»). Екстралегальна правотворчість має свої межі. При цьому якщо будь-яка матерія розумним чином може бути врегульованою тільки законодавцем, то суддя не повинен претендувати на її врегулювання у своєму рішенні.

Останнє зауваження має принципове значення для визначення меж повноважень правозастосовного органу. З одного боку, суд не повинен відмовляти у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини (оскільки у цьому випадку відбувається порушення принципу доступності правосуддя), з іншого – суд не може брати на себе повноваження з врегулювання питань, для відповіді на які є недостатнім звернення до принципів права, це питання, які віднесені до виключної компетенції правотворчого органу, що можуть бути вирішені тільки ним. Це переважно питання, пов’язані з визначенням процедури реалізації певних прав або встановлення відповідних обов’язків.

У той самий час невиконання правотворчим органом свого обов’язку з визначення тієї чи іншої процедури, відсутність якої робить неможливою реалізацію певних прав і законних інтересів, не може ставати підставою для відмови у судовому захисті, оскільки «право включає такий невичерпний ресурс як принципи, і тому воно здатне надати правильну відповідь на будь-яке питання судді».

Отже, врегулювання суспільних відносин має відбуватись шляхом встановлення загальнообов’язкових правил поведінки спеціально уповноваженими на це органами. Проте, вимога чіткого розподілу повноважень не може ставати підставою для відмови у наданні судового захисту прав і законних інтересів у випадку відсутності встановленого уповноваженим органом правила поведінки, яке б напряму врегульовувало спірний випадок. За такої ситуації перевага має бути надана принципу гарантованості доступу до правосуддя. Таким чином, застосування аналогії закону або права є можливим лише у випадку неможливості вирішення справи без неї.

Виняток становлять випадки, коли законодавець користується своїм повноваженням зі встановлення заборони на використання аналогії права або закону. Так, відповідно до частини 4 статті 3 Кримінального кодексу України застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено. В інших випадках законодавець може прямо вказувати на можливість застосування аналогії закону або права. Так, згідно з частиною 9 статті 10 Цивільного процесуального кодексу України якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого - суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права). Схожа за змістом норма закріплена у частині 6 статті 7 Кодексу адміністративного судочинства України: «У разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права). Аналогія закону та аналогія права не застосовується для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади та місцевого самоврядування».

При цьому суд має звертатися до застосування аналогії права або закону з урахуванням принципу, що знайшов відображення у статті 19 Конституції України: «Правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов’язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України». Саме посиланням на цей принцип обумовлена обмеженість застосування аналогії закону і права у галузях законодавства, що належать до публічного права.

Приклади звернення до аналогії закону з урахуванням вимог принципів права можна знайти в судовій практиці України. Так, предметом розгляду адміністративного суду стало питання про невиконання від повідачем обов’язку з нарахування і виплати позивачу разової грошової допомоги, яка виплачується щорічно до 5 травня відповідно до Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту». Відповідач заперечував позовні вимоги, посилаючись на відсутність встановленого мінімального розміру пенсії за віком для розрахунку розміру допомоги. У той же час суд у своєму рішенні виходив з того, що «у разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права)». Крім того, суд вказав на встановлену заборону відмови в розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини. Як вказано у судовому рішенні, «виходячи із принципу соціальної справедливості, рівності прав всіх громадян, суд застосував до спірних правовідносин нормативний акт, який врегулював розмір мінімальної пенсії за віком».

У межах інструментальної функції принципів права на стадії правозастосування можна виокремити такі напрями:

1. Оцінка позитивного права на відповідність принципам права. Цей напрям реалізується принципами права на етапі встановлення юридичної основи вирішення справи. За наявності норми позитивного права, яка врегульовує випадок, що розглядається, правозастосовець має оцінити її на відповідність принципам права. У випадку виявлення колізії між нормами права її вирішення також має здійснюватись через звернення до принципів права як вимог до правового регулювання, оскільки наявність колізії свідчить про порушення одного з принципів права – системності правового регулювання. Цікавий історичний факт у цьому аспекті наводить Б. Таманага: у Давній Греції якщо встановлювалося, що нова законодавча норма суперечить чинним законам, ухваленим раніше, на ініціатора нового закону могли накласти покарання.

Вимога суддівського нормоконтролю як одна з вимог принципу верховенства права набула розкриття у практиці Суду Справедливості ЄС. До рішення від 25 липня 2002 року у справі C-50/00 Суд справедливості ніколи прямо не звертався до принципу верховенства права. Суд звертався до такої вимоги принципу верховенства права як принцип ієрархічної побудови юридичних норм і процедура суддівського контролю за несуперечливістю цих норм між собою. У вказаній вище справі судді виходили з більш ґрунтовного розуміння принципу верховенства права, підкреслюючи, що Європейська співдружність базована на принципі верховенства права, що в свою чергу вимагає суддівського контролю за відповідністю актів її інституцій Договору і загальним принципам права, які включають фундаментальні права людини.

Таким чином, суд при визначенні юридичної основи справи має оцінити позитивне право на відповідність принципам права. Посиланням на принципи права суд може обґрунтувати відмову від застосування окремого законодавчого положення. Саме у цьому випадку виникає прогалина у позитивному праві, проте особливістю ситуації є те, що вона не є результатом відсутності волевиявлення законодавчого органу з приводу врегулювання певних суспільних відносин. Відсутність норми права, на підставі якої може бути врегульований конкретний спір, зумовлена визнанням певного припису позитивного права правозастосовцем таким, що суперечить принципам права. У цьому випадку він вирішує справу на підставі принципів права, тобто використовує аналогію права. Але той факт, що таке використання стає результатом відмови від застосування чинного акту органу правотворчості, робить таке застосування екстралегальним (за висловом Я. Шаппа), або застосуванням contra legem, коли правозастосовний орган діє за межами позитивного права, проте у межах природного права. Слід зазначити, що «екстралегальне» правозастосування є допустимим у виняткових випадках і під контролем вищих судових інстанцій, які можуть скасувати таке рішення суду нижчої інстанції як таке, що прийняте з порушенням норм матеріального права.

2. Оцінка процесу правозакріплення. Цей напрям впливу принципів права на регулювання суспільних відносин знайшов, зокрема, відображення і в частині 2 статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України. Відповідно до неї адміністративний суд у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень перевіряє, чи прийняті (вчинені) вони, зокрема, на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України; з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано; обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії); безсторонньо (неупереджено); добросовісно; розсудливо; з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи несправедливій дискримінації; пропорційно зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія); з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення; своєчасно, тобто протягом розумного строку.

Судовий нормоконтроль передбачає оцінку чинного законодавства не тільки з точки зору матеріальної, тобто змістової, їх перевірки, так і формальної, тобто перевірки встановленої процедури їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності і дотримання повноважень при їх прийнятті. Вимога оцінки процесу правозакріплення на відповідність принципам права походить із змісту принципу верховенства права, «який вимагає, крім іншого, що втручання владних суб’єктів у сферу реалізації прав особи має перебувати під ефективним контролем, який має бути забезпечений судовою системою, яка має бути останнім захисним притулком, судовий контроль має бути забезпечений найбільшими гарантіями незалежної, неупередженої та належної процедури». Це вимога того, щоб кожного разу, коли громадська свобода перебуває під загрозою, посадові особи мають втрачати всі дискреційні повноваження і перебувати під суворим наглядом (Silver and others v/ United Kingdom, 25 March 1983, § 90). У подальшому Європейський Суд з прав людини сформулював вимогу до якості закону, що входить до змісту принципу верховенства права й охоплює собою випадки, аналогічні наведеному вище. Вимога до якості закону передбачає, по-перше, що закон повинен бути доступним особі, тобто містити зрозумілі й чіткі формулювання, які б давали особі можливість самостійно або з відповідною консультацією регулювати свою поведінку. По-друге, він має бути передбачуваним, тобто таким, щоб особа могла передбачити наслідки його застосування. По-третє, закон повинен відповідати всім іншим вимогам верховенства права, зокрема він з достатньою чіткістю має встановлювати межі дискреційних повноважень, та спосіб їх здійснення. Це необхідно, щоб особа була захищеною від свавілля суб'єктів владних повноважень (пункт 27 рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Круслен проти Франції» від 24 квітня 1990 року).

Перелічені вище вимоги є складовою принципу верховенства права і були вироблені саме на його розвиток. Серед вимог принципу верховенства права, що висуваються до процесу правозакріпленя, ЄСПЛ називає також вимоги правової передбачуваності та визначеності. Отже, принцип верховенства права вимагає, зокрема, щоб правове регулювання було несуперечливим і передбачуваним. У зв’язку з необхідністю забезпечення реалізації цієї вимоги вироблено так звані колізійні норми, які дозволяють правозастосовному органу долати колізії в позитивному праві. Ще одна вимога принципу верховенства права, що знайшла розкриття у практиці Євросуду, – принцип рівності індивідів перед правом, який також застосовується для оцінки процесу правозакріплення. Для прикладу наведемо справу Prosperity Party v/ Turkey, 31 July 2001, § 43. Конституційний Суд Турції прийняв рішення про розпуск політичної партії на тій підставі, що вона була залучена в діяльність, що суперечить принципу секуляризації. Лідери цієї партії звернулися до Євросуду, оскаржуючи це рішення і посилаючись на свободу об’єднання. Судді вказали, що згідно з принципом верховенства права усі людські істоти є рівними перед правом в їхніх правах і обов’язках. Проте, законодавство має ураховувати відмінності, що зумовлюють різницю між людьми, а також фактори, що мають об’єктивний і розумний характер, переслідує легітимну мету та є пропорційним і таким, що відповідає принципам демократичного суспільства. Але принцип верховенства права не може спрямовувати регулювання на встановлення безпеки суспільства, де групи людей дискримінуються на підставі різниці у статі, в політичних або релігійних поглядах.

Важливим для оцінки процесу правозакріплення на стадії правозастосування є принцип пропорційності: 1) чи втручання держави у право людини відбулося відповідно до закону; 2) чи воно мало правомірну (легітимну) мету; 3) чи воно було необхідним у демократичному суспільстві. У межах першого критерію вимогами до національного закону, зокрема, є: доступність (своєчасне доведення закону до відома населення), передбачуваність, чіткість, достатня деталізованість (юридичний припис є передбачуваним, якщо він сформульований з достатньою точністю, яка дасть змогу особі самостійно або ж у необхідних випадках – за посередництва відповідного консультування – регулювати свою поведінку, передбачити наслідки, до яких може призвести певна дія). Застосування другого і третього критеріїв можна проілюструвати на прикладі такої справи. У справі Malone, 2 August 1984, §68 британський підданий подав скаргу щодо застосування до нього незаконного телефонного прослуховування усупереч статтям 8 і 13 Конвенції. Суд, розглядаючи цю справу, не заборонив використовувати телефонне прослуховування, проте вказав на необхідність здійснювати його у суворій відповідності із законодавчими вимогами. Згідно з позицією суду, «надання необмеженої влади виконавчим органам буде суперечити принципу верховенства права. Тому право має визначати сферу, в якій органи влади наділені компетенцією вирішувати питання на свій розсуд, а також спосіб, в який вони мають діяти, достатньо чітко, визначати легітимну мету застосування таких повноважень, надавати особі адекватний захист від свавільного втручання з боку владних суб’єктів». Суд вказав, що національне право з цього питання є дещо неясним і таким, що допускає неоднозначне тлумачення, що призводить до відсутності мінімального рівня правового захисту, як того вимагає принцип верховенства права. Право повинно володіти якістю визначеності з метою попередження будь-якого свавільного втручання. У зв’язку з цим принципом слід звернути також увагу на справу Metropolitan Church of Bessarabia and others v/ Moldova від 13 грудня 2001 року, в якій Суд підкреслив, що висловлювання «приписаний законом» означає, між іншим, що право має бути доступним і передбачуваним у своїй дії, його правила мають бути сформульовані достатньо чітко, щоб забезпечити можливість індивіду співвіднести з ним свою поведінку. Проблема незабезпечення верховенства права за двома іншими критеріями може виявитись й на рівні правозастосування. Наприклад, у справі «Hunt v. Ukraine» Суд встановив, що позбавлення батьківських прав було здійснено відповідно до національного матеріального закону, який відповідав усім вимогам якості. Однак право на повагу до приватного життя не було дотримане, оскільки національний суд здійснив у це право таке втручання, яке не було необхідним у демократичному суспільстві. Як наслідок, незабезпечення верховенства права відбулося саме на рівні правозастосування, хоча і в умовах функціонування правового закону.

У зв’язку з цим виділяється ще один напрям впливу принципів права на процес правозастосування у межах інструментальної функції принципів права – виконання ними ролі критерію для оцінки самого процесу правозастосування.

3. Оцінка процесу правозастосування (дій правозастововця) (забезпечення належності правосуддя). Принципи права висувають вимоги до організації процесу правозастосування, оскільки через виконання процедурних правил забезпечується мінімальна гарантія вирішення справи по суті у відповідності з вимогами матеріального характеру. Крім того, принципи права мають обмежити свободу правозастосовних органів у прийнятті рішень.

**3. Акти застосування норм права**

Характеристика актів застосування права базується на поділі всіх правових актів за двома основними критеріями:

1) за характером припису, що закріплюється даним правовим актом. Це дозволяє виділити акти нормативні й індивідуальні;

2) залежно від того, результат якої правової форми діяльності становить зміст даного правового акта. У цьому випадку акти поділяються на правотворчі, правозастосовні й інтерпретаційні.

Визначальним для характеристики правозастосовних актів має бути те, що їх зміст становить рішення у конкретній юридичній справі, а не веління індивідуального чи нормативного характеру. Останнє має значення при визначенні рис відповідно індивідуального чи нормативного актів.

З приводу форми правозастосовних актів в юридичній літературі існує велика кількість підходів, які можуть бути об’єднанні у дві основні групи. До першої групи можна віднести ті, відповідно до яких правозастосовні акти можуть мати документальну, усну форму або форму дії. Обрання тієї чи іншої форми обумовлено характером суспільних відносин, що регулюються, обставинами, за яких правовий акт приймається, тощо. Зміст правового акта в цьому випадку залишається незмінним, змінюється лише форма його зовнішнього вираження.

Одним з найбільш поширених прикладів правозастосовного акта, що має форму дії, є діяльність регулювальника дорожнього руху. Уявімо собі, що регулювальник вказує водію напрямок його руху не за допомогою жезла, а шляхом усного наказу або шляхом складання офіційного документа, в якому міститься рішення щодо конкретної ситуації і веління щодо наступних дій водія. Зміст правозастосовного акта при цьому залишається незмінним, змінюється лише зовнішня форма його вираження як результату правозастосовної діяльності регулювальника.

До другої групи належать вчені, які відстоюють думку, згідно з якою і правовим, і правозастосовним актом слід називати лише письмовий документ як зовнішню форму вираження результату діяльності. Прибічники цієї точки зору погоджуються з тим, що результат правової форми діяльності може мати й інші зовнішні форми вираження ( у тому числі усну форму чи форму дії). Проте, на їх думку, тільки той акт, що втілений у форму документа, може мати статус правового акта. Цей підхід має певні недоліки. Так, ми зіштовхуємося з необхідністю вводити у юридичну термінологію нові терміни, які б позначали ті правові явища, що закріплюють результат правової форми діяльності і мають усну форму або форму дії, а також загальний для них термін. У той же час ми не можемо ігнорувати той факт, що з огляду на важливість суспільних відносин, що регулюються правотворчими актами, та юридичну природу останніх вони повинні мати виключно форму документа (письмового чи електронного). Однак сам правотворчий акт не повинен ототожнюватися з документом, оскільки це призводить до його ототожнення з формою, внаслідок чого характеристика правотворчого акта зводиться до характеристики його зовнішньої форми.

Крім того, вимога щодо документальної зовнішньої форми правотворчих актів не може поширюватися на правозастосовні акти, необхідність прийняття яких може бути нагальною, зумовленою потребою невідкладного реагування на ситуацію, що склалася. Іншими словами, ми виступаємо проти того, щоб документальна форма правового акта розглядалася як його конститутивна ознака, втрачаючи котру правовий акт позбавляється своєї юридичної природи.

Отже, правозастосовний акт, маючи власну зовнішню форму (документальну, усну або форму дії), сам в свою чергу виступає формою закріплення та зовнішнього вираження такого безпосереднього результату правозастосування, як рішення у конкретній юридичній справі.

Одна із презумпцій, на яких ґрунтується правове регулювання, - презумпція правового характеру актів публічної влади, у тому числі актів застосування права. Її зміст полягає в тому, що учасники суспільних відносин кожен акт, виданий суб’єктом публічної влади (державним органом чи органом місцевого самоврядування), мають сприймати як такий, що відповідає змістовним і формальним вимогам, які до нього висуваються, а отже – такий, що володіє юридичною силою, а закріплені в ньому норми – загальнообов’язковим характером.

Твердження про правовий характер того чи іншого акту застосування права може бути спростовано за наявності достатніх підстав для цього. Адже, такий акт «визнається правовим, якщо існує його відповідність вимогам справедливості, перш за все правам та свободам людини і громадянина й у цілому потребам суспільного розвитку. Якщо викладені ознаки відсутні, то акт визнається неправовим».

Так, правовий акт, прийнятий з порушенням компетенції органу публічної влади, визнається дефектним, оскільки є актом, прийнятим з порушенням меж тих владних повноважень, якими відповідний орган публічної влади наділений законами і підзаконними правовими актами. Залежно від того, яку межу компетенції порушено при прийнятті акту, дефектні правові акти можуть бути поділені на акти, прийняті з дефектами компетенції за предметом, територією або часом.

1. Рулан Норбер. Историческое введение в право: учебное пособие для вузов / Норбер Рулан. – М.: NOTA BENE, 2005. – С. 191. [↑](#footnote-ref-1)