**ЮРИДИЧНО ЗНАЧУЩА ПОВЕДІНКА**

1. Поняття і види юридично значущої поведінки

2. Правомірна поведінка

3. Правопорушення та його ознаки

4. Види правопорушень

5. Об'єктивно-неправомірне діяння

6. Зловживання правом

**1. Поняття і види юридично значущої поведінки**

*Юридично значуща поведінка – це врегульована нормами права соціально значуща* поведінка *суб'єкта*, яка має *юридичні наслідки.* Сутність такої поведінки розкривається в її ознаках.

1. *Соціальна значущість*. З огляду на суспільні та приватні інтереси така поведінка оцінюється як корисна (позитивна), шкідлива (негативна) чи нейтральна. Корисною є конструктивна правова активність суб’єктів (укладання договорів, участь громадян у виборах та ін.). Суспільно шкід­лива поведінка (проступки, злочини) навпаки, порушує нормальний розвиток соціуму, його правовий порядок.

2. *Інтелектуальне-вольова природа.* Це характеристика психічної функції особи, про­яв її інтелектуальних та емоційно-вольових рис. Правові норми здатні регулювати лише поведінку, що перебуває під контролем інтелекту та волі особи (психічних складових її свідомості), яка має усвідомлювати значення змісту та наслідків власного вчинку та керувати ним. Але юридичні наслідки настають і за відсутності таких якостей (тимчасово чи постійно), коли особа не усвідомлювала значення вчинку, або не контролювала його власною волею (напр., діяння неосудної особи, як підстава правового рішення про її примусове лікування). Тому юридично значущими є як вчинки, інтелектуальне-вольові та фізіологічні показники яких є нормальними, так і ті, що перебувають в патологічному стані. Психічний стан особи буває й *проміжним* (сп’яніння, відчутне душевне збудження і т. п.), що впливає на юридичну кваліфікацію її поведінки, напр., обтяжують чи пом’якшують її юридичні наслідки.

Психологічні фактори, що впливають на поведінку особи, мають раціональну та емоційну природу (інтереси, мотиви, оцінки, звички, та ін.).

3. *Юридична визначеність*. Вона є передумовою точної оцінки того, які саме діяння суб’єктів правова норма декларує як юридично значущі. Юридично визначаються: а) суб’єктивні та об’єктивні показники поведінки в правових нормах, еталони її правомірності та ознаки протиправності (напр., ознаки суб’єктів злочину, їх правосуб’єктність, та способів його скоєння – дії чи бездіяльності); б) джерела права, які ці норми закріплюють (напр., кодекси); в) способи, засоби її регулювання (напр., визначення юридичних дозволів, зобов’язань чи заборон щодо поведінки); г) юридичні наслідки вчиненого виду поведінки (негативні чи позитивні), напр., права та обов’язки, яких набуває сторона договору; вид та міра відповідальності, що настає за скоєння забороненого вчинку та ін.).

Лише за наявності цих умов: поведінка набуває юридичного значення; повноважні суб’єкти мають можливість контролювати і юридично оцінювати правомірність вчинків та адекватно на них реагувати (застосовувати засоби охорони та відновлення порушених прав, або засоби забезпечення їх реалізації). Наприклад, суспільно шкідливий вчинок набуває юридичного значення через його закріплення в нормі (вік суб’єкта, спосіб скоєння вчинка та ін.), і далі стає придатним для юридичного контролю.

Юридична визначеність, коректне оформлення *нормативних* показників поведінки (нормативна фіксація) забезпечує умови: а) максимально об’єктивного і точного контролю *конкретних* вчинків осіб на їх відповідність/невід­повідність нормам права; б) детальній юридичної оцінки поведінки та її ґрунтовній кваліфікації.

Отже, в підсумку, й оптимальне правове регулювання поведінки та його ефективність прямо пов'язані із якістю її юридичної визначеності.

4. *Здатність поведінки викликати юридичні наслідки*. Ця відзнака відбиває визначені нормами закону (чи договору) потенційно можливі й юридично гарантовані зміни в особистому юридичному статусі суб’єкта (негативні чи позитивні) внаслідок вчинення ним передбаченого нормою діяння. Напр., застосування примусових заходів до підозрюваного, штрафні санкції за невиконання договору. Врегульована правом поведінка є юридичним фактом, що впливає на виникнення, зміну або припинення правовідносин та їх юридичного змісту – суб’єктивних прав та юридичних обов’язків (напр., виникнення суб’єктивних прав та обов’язків сторін внаслідок складання цивільної угоди), або – заходів юридичної відповідальності суб’єкта (внаслідок вчинення ним правопорушення).

5. *Об'єктивізація (зовнішній* *прояв)*. Вчинок – акт поведінки, яка має певне втілення суб’єктивних, свідомо-вольових ознак особи (мотивів, цілей, намірів, емоцій) в зовнішній, доступній для сприйняття, формі – діянні, що відбулося в умовах певного простору, часу, обставин, оскільки поза ними не існує. Її об’єктивацією є форми діяння, способи та засоби його скоєння, сліди та наслідки, що уможливлює їх пошук та виявлення, дослідження та юридичну оцінку (кваліфікацію).

Поведінкова форма відбита у парних категоріях – активній (дія) та пасивній (бездіяльність) особи. Юридично значуща *дія* суб’єктаправа – передбачений правом активний прояв його волі (правомірний або неправомірний). Юридично значуща *бездіяльність* – пасивна поведінка суб'єкта, що виявляється у невикористанні ним прав, або невиконанні юридичних обов'язків (напр., ненадання без поважних причин допомоги хворому медичним працівником). Обидві категорії мають сенс за умов їх життєвого втілення, юридичного факту, бо лише бажання особи щось вчинити, не втілене у його свідомо-вольовий прояв (активний чи пасивний) не тягне юридичних наслідків, бо наміри залишаються поза межами правового регулювання.

6. *Внутрішня структурованість.* В поведінці особи наявні невід’ємні суб’єктивні та об’єктивні ознаки, незалежно від форм їх прояву, які поєднані в юридичній конструкції складу поведінки, що пов’язує його чотири елементи: об’єкт, об’єктивну сторону, суб’єкт та суб’єктивну сторону. Тобто певна реальна поведінка є складеним юридичним фактом, що відбиває сукупність цих елементів і тільки за таких умов тягне юридичні наслідки: набуття суб’єктивних прав і обов’язків, чи настання юридичної відповідальності. Складові юридично значущого вчинку мають різний прояв у правомірних та неправомірних вчинках. Напр., прояв суб’єктивних рис вчинку неосудної особи різниться від подібних показників діянь осудних осіб.

7. *Підконтрольність поведінки* уповноваженим суб’єктам. Якщо нормотворчі суб’єкти встановлюють в нормах права зміст, межі та форми правомірної поведінки, то суб’єкти публічної влади і управління, контролю, нагляду та ін. здійснюють моніторинг, перевірки, аудит та інші форми контролю за відповідністю юридично значущих діянь суб’єктів критеріям їх правомірності, які зазначені в нормативних актах, договорах, статутах організацій та інших джерелах права. Виконуючи охоронну функцію, органи прокуратури, МВС та ін., контролюючи правомірність діянь суб’єктів, правомочні застосовувати заходи корекції, відновлення порушених прав та правового примусу до суб’єкта.

8. У*мовність та змістовна змінюваність*, які свідчать про рухливість, відносність і неоднозначність категорій «юридично значуще», «правомірне», «протиправне» через їх часову мінливість, включення до їх складу нових видів поведінки, і виключення існуючих. Межа між ними рухлива і залежить від ситуації у суспільному просторі, державному режимі і критеріїв правомірності поведінки в умовах змін політичних режимів: заборонене стає дозволеним і корисним, бажаним (наприклад, види приватного підприємництва).

Юридично значуща поведінка особи зазнає впливу таких чинників, як *правосвідомість і правова культура*. Особа завжди має певний рівень правової інформованості про допустимі засоби набуття та реалізації прав та обов’язків, задоволення правового інтересу, орієнтується на вибір варіанта поведінки в правових ситуаціях, формує власну правову установку, стереотип поведінки в правовій сфері, перетворює ставлення до права (негативне чи позитивне) в програму юридично значимих дій на основі особистого рівня пізнання правових принципів та норм.

Сфера *правомірної* поведінки значно розширюється через декриміналізацію злочинів, появу нових форм ринкових відносин. Правова сфера життя суспільства робить вчинки суб’єктів юридично значущими і, отже, такими, що мають низку загальних рис, форм виразу, ознак, які відмежовують юридичні вчинки від інших.

Вказані вище ознаки притаманні усім видам юридично значущої поведінки. До показників, що розрізняють смислові антиподі – правомірну і неправомірну поведінку, відносять: їх різну, протилежну соціальну спрямованість та значимість; різну мотивацію вчинків суб’єктів; різну регламентацію правовими засобами (правомірна поведінка зазвичай передбачається юридичними дозволами або зобов’язуючими нормами, протиправна – юридичними заборонами); різні контролюючі функції уповноважених осіб по відношенню до цих видів поведінки; різні юридичні наслідки вчинків суб’єктів.

За соціальним змістом та юридичною оцінкою вчинків осіб, незалежно від форми її зовнішнього виразу (дії чи бездіяльності), юридично значущу поведінку суб’єктів права поділяють на головні види: а) правомірну поведінку – таку, що є соціально корисною і відповідає приписам правових норм; б) неправомірну – соціально шкідливі вчинки, що скоєні з порушенням приписів правових норм (заборон або зобов’язань); зловживання правом – поведінку, вчинену суб’єктом права формально в рамках правових приписів, але – суспільно шкідливу, що порушує права і законні інтереси інших осіб; об’єктивно протиправне діяння – суспільно шкідливу поведінку, яка оцінюється як вчинена за умов відсутності вини всупереч вимогам правових норм.

**2. Правомірна поведінка**

Реалізація правових норм є їх втіленням саме в правомірність поведінки, яка конкретизує зміст та рівень правопорядку в суспільстві.

*Правомірна* *поведінка – це свідомо-вольова поведінка (дія чи бездіяльність)* *суб'єктів* *права,* яка узгоджена *з нормами права і гарантована державою*.

Вона відтворює спільні риси будь-якої юридично значущої поведінки та проявляє специфіку, яка відбиває її юридичні, соціальні та психологічні ознаки.

1. До ***юридичних*** ознак правомірної поведінки відносять: а) *підконтрольність,* підтримка з боку держави; б) здатність спричиняти *юридичні наслідки* (напр., набуття права власності за угодою сторін); в) *відповідність поведінки вимогам норм,* якеталонам правомірності: її збіг з вимогами норм права, обмеження ними; незабороненість нормами права. В основі визнання правомірності поведінки, яка прямо не регламентована нормами права, лежить презумпція правомірності незабороненого

(загальнодозвільний тип правового регулювання). Така поведінка: а) не повинна суперечити загальним та галузевим *принципам* права (правомірними визнаються не тільки вчинки, які збігаються з нормою, а й діяння, на які поширюються правила галузевої аналогії права); б) не вчиняється всупереч *цілям* галузі права; в) повинна *здійснюватися* *дозволеними засобами* реалізації суб’єктивних прав за умов неприпустимості зловживання ними.

Тому юридичну ознаку правомірності розуміють: у власному розумінні – як сувору відповідність поведінки нормам права; в широкому – як поведінку, яка прямо нормами не передбачена, але підлягає захисту.

Правомірність є універсальною складовою як національного, так і міжнародного правопорядку, в якому вона позначена у форматі гарантування юридичної безпеки держав і дотримання міжнародних зобов'язань (принцип добросовісності bona fide).

2. До її с*оціальних* ознак відносять, передусім, міру (ступінь) с*успільної корисності*. Соціальна значущість є критерієм віднесення до правової сфери будь-якої поведінки, а правомірність юридично виражає її суспільну корисність.

Втілення в поведінці суб’єктів ціннісної суті права, правових норм і принципів обумовлюють сталий правопорядок, організованість та функціональність громадянського суспільства, створення умов стабільності сфер громадського життя, задоволення та збалансованість приватних і публічних інтересів. В аксіологічному

вимірі благо правомірної поведінки полягає в її перетворенні на суспільну цінність. Тому така поведінка схвалюється суспільством.

Проте не абияка правомірна поведінка є соціально необхідною і корисною: в самостійну групу виокремлюється небажані, але все ж юридично прийнятні вчинки, які наближаються до межі соціальної допустимості (участь у страйку, відмова від народженої дитини, розірвання шлюбу та ін.), що юридично оформлює її ціннісне-нейтральну, а іноді й *суспільно небажану*, але гарантовану правомірність.

Також до ознак правомірної поведінки відносять: масовість її прояву, соціальну обумовленість і соціальну адекватність існуючим суспільним відносинам; соціальну значимість, важливість; соціальну цінність для держави, суспільства та особи; суспільне її схвалення та підтримка.

3. ***Психологічна*** ознака відбиває вплив суб'єктивних властивостей особи на її поведінку і вказує на: свідомо-вольові здібності контролювати власні вчинки; психологічні причини, що спонукають до правомірних вчинків; мотивацію діянь. Така поведінка має переважно добровільний характер. *Свідомість, воля, мотиви, цілі*, ставлення до вимог правових норм, поведінкові стереотипи суб’єкта та ін. чинники спрямовують його діяння, які формально відповідають ознакам правомірності.

▪ Поняття правомірного вчинка пов’язане з його парною категорією –неправомірною поведінкою. Змістовно вони нерівноцінні, взаємно заперечливі, альтернативно вмотивовані. Певною мірою це пов'язано й із динамікою правових норм, які можуть змінювати в часі формально-юридичні межі правомірності через віднесення деяких неправомірних діянь до правомірних, і навпаки.

▪ Зміст правомірної поведінки відображений конструкцією її юридичного *складу* – сукупністю зв’язаних елементів вчинку, в яких втілені соціальні та психологічні покажчики особи та її діяння, що кваліфікують поведінку як правомірну. Її склад – універсальна модель реальних вчинків, що містить ознаки об’єкта, суб’єкта, зовнішньої (об’єктивної) та внутрішньої (суб’єктивної) сторони вчинку. Об'єкт – цінності і блага: матеріальні (речі, цінності тощо) та нематеріальні (честь, гідність, ділова репутація), з приводу яких особи реалізують свої права та виконують обов'язки. Об’єктивна сторона – її зовнішній прояв, що виступає у вигляді діяння або бездіяльності, що відповідають правовим вимогам щодо до умов та способів реалізації норми права (напр., при нотаріальному складанні заповіту). Наслідком правомірної поведінки може виступати належний результат дії (наприклад, здійснення виконавцем певного обсягу робіт на користь замовника). Суб’єкт – завжди фізична або юридична особа, що має правосуб’єктність. Суб’єктивна сторона правомірної поведінки – це внутрішнє психічне ставлення особи до власного вчинку, яке позначене психологічними за змістом поняттями *мотивації* вчинку, його *мети*, наявності доброї *волі*, *волевиявлення*, законного *інтересу* та ін. Вина в конструкції правомірної поведінки є нонсенсом, на відміну від правопорушень. Для права байдужі або протипоказані акти поведінки, що породжуються несвідомими проявами людської психіки. Несвідоме викликає виконання людиною будь-якого вчинку, утворює лише рефлекторне діяння, але воно відбувається без участі суб'єктивної сторони (свідомості, волі) та не може характеризувати і її суб'єкта. Крім того, несвідоме майже не може сформувати *мотиву* діяння особи.

**Види правомірної поведінки.** Зовнішня відповідність поведінки приписам правових норм неоднорідна за своїми суб'єктивними передумовами і зовнішніми проявами. У межах правомірної (законослухняної) поведінки її різновидами є такі.

1. *За ступенем суспільної значущості*: *необхідна*, що відповідає зобов’язальним і заборонним нормам і здійснюється у формах виконання обов’язків (наприклад, сплата податків) і додержання заборон; *бажана*, що врегульована нормами, які вказують на правомочність (наприклад, право на освіту), а стимулюється – рекомендаційними та заохочувальними (пільги, премії); *суспільно допустима*, яка, при відсутності соціальної корисності, є правомірною. Право ані забороняє таку поведінку, ані зобов’язує чи заохочує до неї (напр., розірвання шлюбу), однак визнає її дозволеною за умов відсутності порушень прав інших суб’єктів. Правомірними є й легальні випадки дозволеного заподіяння шкоди державою (позбавлення волі особи, штраф, конфіскація), або громадянами (необхідна оборона, крайня необхідність).

2. *Залежно від характеру і змісту правосвідомості* розрізняють: поведінку, мотивовану високим ступенем право-поваги; *ситуативно-правомірну* поведінку, що не свідчить про стійку повагу до права; поведінку, що *не мотивована повагою до права* взагалі.

3. *За зовнішньою, об'єктивною* стороною – правомірна дія або бездіяльність. *Дія* – правомірний акт особи, зовнішній вираз її волі й свідомості (наймання на роботу, укладення договору), що може бути вираженим у: *вербальній* формі – усному виразі суджень та ін.; письмовій (документальній, напр., заява про прийом на роботу), у т.ч. нотаріально засвідченої; конклюдентній (невербальної, безсловесної поведінці). *Бездіяльність* виявляється у: дотриманні заборон, як виконання пасивного обов'язку; невикористанні прав, утриманні особи від дозволених дій (напр., відмова подавати позовну заяву до суду, невикористання права на труд, на створення сім’ї).

4. *За спрямованістю волі суб’єкта*: *добровільна* поведінка, яка спирається на певний рівень мотивації особи – її *переконливістю* (переконання в доцільності правомірного вчинка); *звичною*, яка зорієнтована на сталі зразки правомірних діянь; *вимушеною*, яка може суперечити як внутрішнім переконанням, так і звичкам особи.

5. За інтенсивністю *використання суб’єктом правових засобів* – активна і пасивна поведінка. Активна поведінка виявляється в інтенсивному використанні особою правам і свобод (участь у суспільних справах, активне вживання правових засобів реалізації інтересів у приватній і публічній сферах – держслужбі, підприємництві та ін.). Пасивна поведінка – навмисне ухилення від використання прав, своєрідне юридичне самообмеження (напр., відмова особи від участі в виборах), соціальне самітництво і правове відчуження особи, її споглядальне, споживацьке ставлення. Особливість свідомості: змінена психологія, криза моралі, нігілізм та індиферентність, байдуже ставлення до прав і обов'язків.

6. За формами реалізації правових норм: *дотримання* юридичних заборон – суб'єкт утримується від заборонених дій; *виконання* вимог зобов'язуючих норм права – реалізація покладених на особу юридичних обов'язків (законом або договором, напр., сплата податку, виконання трудових обов’язків); *використання* (або невикористання) правових дозволів – дії осіб, активність яких вмотивована бажанням здійснювати суб'єктивні права; *застосування* норм права – правомірні активні дії, здійснювані уповноваженими суб’єктами з прийняття правових рішень (видання наказу про призначення на посаду; постанови про порушення кримінальної справи).

7. За ставленням особи до юридичних наслідків діяння: юридичні *вчинки* – дії, здійснені без мети створення прав та обов’язків, які все ж виникають на підставі закону (напр., створення наукового твору, яке тягне виникнення у особи авторських прав); юридичні *акти* – дії, що вчиняються особою саме із метою настання юридичного результату шляхом використання суб’єктивного права (напр., подання позовної заяви з вимогою відновлення працівника на посаді).

8. За напрямами впливу на юридичні наслідки правомірна поведінка може бути: *правовстановлюючою,* яка породжує суб’єктивні права та обов’язки (напр., цивільно-правова угода); *правозмінюючою*, яка змінює існуючі суб’єктивні права та обов’язки особи (напр., переведення працівника на ін. посаду); *правоприпиняючою*, яка припиняє права та обов’язки особи (напр., рішення про розірвання шлюбу); а також такою, що *не тягне юридичних наслідків*, яка оцінюється нормами права як правомірна, але не викликає жодних юридичних наслідків, є юридично нейтральною з точки зору правових наслідків для особи. Напр., дотримання вимог забороняючих правових норм (бездіяльність) лише констатує правомірність поведінки особи (напр. надання декларації про доходи на вимогу уповноважених суб’єктів – виконання активного обов’язку суб’єкта, що не змінює нових прав та обов’язків.

**3. Правопорушення та його ознаки**

*Правопорушення**– це протиправне, соціально шкідливе, винне діяння деліктоздатної особи, яке тягне для неї негативні наслідки – застосування державно-правового примусу у формі юридичної відповідальності певного виду та міри.*

Правознавство розуміє правопорушення як міжгалузеву правову категорію, визначає критерії її відмінностей від правомірних та таких неправомірних діянь, що не містять ознак правопорушень (напр., об'єктивно-неправомірна поведінка).

Правопорушення – найбільш очевидні масові прояви соціальних конфліктів. Вони не є юридично незмінними в різні епохи з точки зору їх спрямованості, обєктів посягань та специфіки прояву. Законодавець обґрунтовує і фіксує нові види правопорушень, враховує інтенсивність їх поширення, змінює «межу» між нею та правомірною поведінкою.

Соціальні, юридичні та психологічні риси правопорушень відбиті в його ознаках.

1. *Суспільна шкідливість (у т.ч. небезпека, як її прояв)* відбиває квінтесенцію правопорушення як правової аномалії, що проявлена в масовості, типовості: посягання на суспільний розвиток, його пріоритети та цінності; порушення або обмеження приватних та публічних прав людини; деформація правопорядку в цілому. Воно має місце й тоді, коли не завдає реальних збитків, але загрожує соціальним цінностям (наприклад, водій у нетверезому стані). Заподіяна *шкода* виявляється у потенційних та реальних соціальних наслідках діяння – матеріальних або моральних. На відміну від суспільної небезпеки, що не має чіткого вимірювального критерію, шкідливість проявлена зовні як несприятливі наслідки, має конкретні ознаки (псування, збиток), вимірюється й грошовим еквівалентом ступеня шкідливості, в т. ч. при заподіянні моральної шкоди. Критеріями шкідливості діяння вважаються: суспільна значущість об’єкта посягання – охоронюваних правом благ, цінностей (громадський порядок, конституційний лад); розмір завданої шкоди (значний чи незначний); спосіб, час і місце вчинення діяння (вчинок безпечний чи небезпечний для оточуючих); особа правопорушника, стійка деформація її правосвідомості (відкрито негативне ставлення особи до правопорядку чи її ситуативна помилка); форма її вини та рецидивність протиправних вчинків.

2. *Протиправність* – юридична характеристика суспільної шкідливості вчинку особи. Зміст протиправності діяння виявляється в його суперечності нормам права, в його офіційному визнані державою як забороненого. На протиправність діянь указують, передусім, охоронні правові норми, оскільки вчинок не може вважатися протиправним при відсутності в законодавстві правових приписів, які регламентують дану поведінку, незалежно від її негативної моральної оцінки. Правопорушення **–** лише така поведінка, яка прямо порушує заборонні або зобов'язуючі правові норми. Протиправність залежно від змісту негативної поведінки й виду норми, що порушується, виступає в *формах*: недодержання правових заборон; невиконання або неналежного виконання суб'єктом юридичного обов'язку***,*** покладеного на нього законом або договором (невиконання батьківських обов'язків; неякісна послуга за договором); перевищення посадовою особою владних повноважень.

3. *Зовнішній прояв* *вчиненого діяння* у формах протиправної *дії* чи *бездіяльності*. Риси характеру, переконання та інші особисті якості особи самі по собі є юридично нейтральними, поки вони не набувають зовнішнього виразу протиправного діяння. Протиправна дія особи – це суспільно шкідливий зовнішній прояв її активності, яка тягне негативні зміни в об'єкті правової охорони (напр., у відносинах власності). Ознаками дії є: здійснення в активній формі; спричинення реальної шкоди (або загроза її настання) охоронюваним об’єктам; вчинення осудною деліктоздатною особою; можливість застосування міри юридичної відповідальності. Протиправна *бездіяльність* (пасивність) *–* це суспільно шкідлива відсутність юридичної активності зобов’язаної особи, яка тягне негативні зміни в об'єкті правової охорони.

Бездіяльність є протиправною, якщо закон зобов'язує в передбачених випадках діяти активно певним способом. Кордон правомірної й протиправної бездіяльності проходить там, де починається невиконання юридичних обов'язків. *Умови* визнання бездіяльності протиправною: норма права зобов’язує діяти активно у певних ситуаціях відповідним чином (напр., сплатити податок); особа має реальну можливість діяти згідно з приписом норми та відсутні будь-які перешкоди виконати обов’язок (напр., хвороба особи); правомірна активність особи відсутня з її вини.

4. *Винуватість* особи. Правопорушенням є лише діяння, яке містять психічну складову – *вину*, здійснення вчинку під контролем волі і свідомості суб’єкта. Отже, це завжди винна поведінка деліктоздатної осудної особи. Осудність особи – її психічний стан, який свідчить про її здатність за соціально-психологічним розвитком, віком і станом психічного здоров'я усвідомлювати фактичну сторону і суспільну шкоду власного діяння і керувати ним під час вчинення. Закон передбачає і випадки обмеженою (зменшеної) осудності, яка не виключає винність особи.

Вина відрізняє правопорушення від вчинків, які спричиняють шкоду: а) діяння, в складі яких відсутня вина та негативне ставлення суб’єкта до правових приписів (напр., заподіяння шкоди особою під час необхідної оборони), коли діяння лише зовні містить ознаки протиправності, але не є небезпечним й протиправним; б) вчинків, що є суспільно шкідливими, але скоєних неповнолітніми та душевнохворими (тут відсутня передбачувана законом деліктоздатність осіб, а формально – суб’єкт правопорушення); Діяння, що завдають шкоди і порушують права інших суб’єктів за відсутністю вини є об’єктивно неправомірними, але не є правопорушеннями.

5. *Настання негативних юридичних наслідків* для правопорушника, які передбачені нормами права і гарантовані державою. Правопорушення є юридичним фактом, що породжує охоронні правовідносини, в межах яких реалізуються легальні заходи відповідальності та інші примусові заходи до особи правопорушника. Настання негативних юридичних наслідків *–* цевтрати певних благ матеріального, особистого або організаційного характеру, які належать суб’єкту. Контрольованість правопорушення державою передбачає її можливості скористуватися юридичним механізмом притягнення винної особи до юридичної відповідальності за правопорушення з метою відновлення порушених прав суб’єктів. Внаслідок правопорушення, як юридичного факту: виникають процесуальні правовідносини (суб’єкт притягається до відповідальності, напр., до кримінальної, у випадку скоєння ним злочину); змінюються або припиняються ті матеріальні правовідносини, учасником яких була особа правопорушника (наприклад, звільнення працівника у зв’язку з прогулом, розірвання цивільно-правової угоди в разі невиконання чи неналежного виконання зобов’язань особою – стороною договору та ін.).

Настання негативних юридичних наслідків правопорушення не завжди має вираз *караності*: вона не є обов'язковою властивістю, для усіх правопорушень. Її особливістю є те, що: вона є обов'язковою для правопорушень публічно-правових видів (кримінально-правових, адміністративно-правових та ін.); для охорони приватноправових інтересів більше значення має не караність, а відновлення порушеного права суб'єкта, тому караність не є обов'язковою ознакою для цивільних правопорушень, де мета охорони приватного інтересу – не покарання, а припинення протиправних дій і примусове відновлення порушеного права.

**4. Види правопорушень**

Спільність головних ознак правопорушення має їх різні прояви, які визначені багатьма чинниками: ступенем суспільної небезпеки, галузевою належністю порушених норм, заподіяною шкодою, об'єктами посягань, характером охоронюваного інтересу та ін. *За ступенем суспільної шкоди* правопорушення поділяються на а) ***кримінальні правопорушення*** і б) інші ***проступки*** – правопорушення, які передбачені нормами інших галузей права).

В Україні перетворюється традиційне уявлення про правопорушення в кримінальній сфері шляхом введення поняття ***кримінального правопорушення***. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень»[[1]](#footnote-1) змінює у ст. 11 Кримінального Кодексу України (ККУ), за якою *кримінальне правопорушення* – це передбачене ним суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб’єктом кримінального правопорушення. За ст. 12 ККУ кримінальні правопорушення поділяються на ***кримінальні проступки*** і ***злочини***.

***Кримінальний проступок*** – передбачене КК України діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу, ... або інше покарання, не пов’язане з позбавленням волі.

***Злочини*** поділяються на *нетяжкі*, *тяжкі* та *особливо тяжкі*.

*Злочин* — це передбачене кримінальним законом протиправне суспільно небезпечне винне і каране діяння (дія чи бездіяльність), яке спричиняє чи може спричинити істотну шкоду охоронюваним державою суспільним відносинам – державному і суспільному ладу, політичній, економічній та соціальній системам, правопорядку, власності, життю, здоров’ю, правам і свободам особи. *Суб'єкти злочинів –* фізичні особи: громадяни, іноземці, особи без громадянства, посадові особи. Організації суб'єктами злочину не є: за їхні протиправні діяння карну й іншу відповідальність, несуть винні посадові особи, при безпосередній участі яких були здійснені злочини. *Об'єкти* злочинів – права і свободи людини і громадянина, власність, громадський порядок, суспільна безпека, навколишнє середовище, конституційний лад.

***Проступок*** *(провина)* ***–*** це протиправне, винне діяння (дії чи бездіяльність), яке завдає шкоду особі, суспільству, державі, вчиняється в усіх сферах суспільного життя, має різні об’єкти посягання. На відміну від кримінальних правопорушень (у т.ч. – злочинів, передбачених кримінальним законом), проступки та стягнення за їх вчинення визначені у нормативно-правових актах ***інших галузей права***. Проступки поділяються залежно сфері вчинення та їх тяжкості.

*Залежно від галузевої належності норм права*, що порушуються, та характеру стягнення, що застосовується до правопорушників, усі ***проступки*** поділяються на конституційні, адміністративні, дисциплінарні, земельні, екологічні, цивільні, сімейні делікти та ін.

1.*Конституційне правопорушення* **–** вчинкивладних і інших повноважних суб'єктів, які полягають у неналежному здійсненні публічної влади, яке порушує закон і заподіяло або могло заподіяти істотну шкоду правам, свободам і законним інтересам громадян, організацій, обороноздатності й економіці держави, її міжнародному авторитету, суспільству. Це правопорушення має особливості, оскільки його об'єкт безпосередньо пов'язаний з фундаментальними відносинами: конституційним ладом, людиною, її правами і свободами, повновладдям народу, державним суверенітетом, інститутами демократії, виборчими правами. Такими проступками є неправомірні *дії* з видання органами влади незаконних правових актів, або пасивна поведінка органу держави, що не виконує їх конституційних обов’язків.

2.*Адміністративний проступок* ***–*** це протиправна, винна дія (бездіяльність) фізичної або юридичної особи, яке посягає на громадський або державний порядок, суспільні відносини у сфері державного управління, виконавче-розпорядчої діяльності органів держави. Це – порушення санітарних, митних правил, правил перетинання кордону, пожежної безпеки, вуличного руху, дрібне хуліганство та ін., за які настає ​​адміністративна відповідальність. Вони передбачені, як нормами адміністративного права, так і інших галузей (напр., дисциплінарними статутами) і відбуваються у сфері державного управління, врегульованій нормами адміністративного, фінансового, земельного та ін. галузей права. Адміністративні правопорушення поділяють на: 1) *невиконання* юридичних ***обов'язків***, передбачених нормами різних галузей (напр., безквитковий проїзд, ухилення від сплати митних платежів); 2) *недотримання* адміністративно-правових ***заборон***, встановлених Кодексом про адміністративні правопорушення України та ін. нормами (напр., самоуправство, управління автомобілем в нетверезому стані).

*Суб'єкти* цих проступків – осудні *фізичні* особи (громадяни, іноземці, особи без громадянства); *юридичні* особи (підприємства, організації, установи – власники транспортних засобів, наприклад), зокрема, за порушення законодавства про охорону навколишнього середовища; *посадові особи* – суб’єкти, які не дотримуються правил у сфері охорони порядку керування, природи, здоров'я населення та інших правил, виконання яких входить у їхні службові обов'язки. Суб’єкт адміністративного правопорушення не перебуває у трудових або службових відносинах з органами або посадовими особами, які застосовують до нього адміністративні санкцій.

За вчинення правопорушення нормами КпАП та ін. актами (Митним кодексом України, дисциплінарними уставами та ін.) встановлені *стягнення* (штраф, позбавлення спеціального права, напр., права керування транспортом та ін.) та *примусові заходи адміністративного впливу* (наприклад, відсторонення нетверезого водія від керування транспортним засобом).

3. *Цивільно*-*правовий проступок* (делікт) – це діяння, що завдає шкоди врегульованим нормами цивільного права майновим та особистим немайновим відносинам а також відносинам, врегульованим деякими нормами, сімейного, аграрного права та ін. В їх числі – порушення стороною зобов'язань за договором; недотримання або невиконання вимог цивільно-правових норм та принципів цивільного права (наприклад, у випадку аморального правочину); поширення неправдивих відомостей, що ганьблять честь і гідність особи та ін.

Закон не містить визначення і чіткого *переліку* цивільних проступків: ними визнаються будь-які винні протиправні дії, що завдають шкоди майну інших осіб, або особистим немайновим благам – честі, гідності. Принципова вимога цивільного права – повне відшкодування збитків, завданих суб'єктом. Залежно від підстав обов’язку відшкодувати шкоду, правопорушення поділяються на договірні, пов'язані з порушенням договірних зобов'язань – їх невиконанням або неналежним виконанням, і *недоговірні,* пов'язані зі шкодою, завданою особі або її майну.

Суб’єкти цивільних правопорушень – фізичні і юридичні особи, що вчиняли винне і протиправно. Юридичні наслідки для такого суб’єкта – правовідновлювальні заходи відповідальності, передбачені норами цивільного права (наприклад, відшкодування шкоди особою у разі заподіяння нею майнової шкоди власникові). Але допускається відповідальність і *без вини* власника джерела підвищеної небезпеки. Це відповідає функціям цивільно-правових санкцій – правовідновній, компенсаційній.

4. *Дисциплінарні* проступки – суспільно шкідливі протиправні винні вчинки фізичних осіб, які завдають шкоди внутрішньому розпорядку діяльності підприємств, установ, організацій, навчальних закладів шляхом порушення норм, що встановлюють правила трудової, службової, навчальної, військової та іншої дисципліни і тягнуть застосування дисциплінарних стягнень.

Шкідливість таких проступків полягає в тому, що вони порушують нормальне функціонування організацій, установ, спеціальних підрозділів, силових структур, узгодженість дій їх працівників, а в широкому сенсі – заподіюють шкоду соціальну, економічну. *Суб'єкти* дисциплінарних провин – особи, які зобов'язані дотримуватися правил, які встановлюють режим спільної діяльності (робітники, службовці, студенти, військовослужбовці). Способи вчинення проступків – прогул, невиконання розпоряджень власника, порушення технологічних правил, тобто неналежне виконання працівником трудових обов’язків, або їх протиправне невиконання, передбачені в відомчих нормативно-правових актах (положеннях), а також правилах внутрішнього трудового розпорядку установ, підприємств, посадових інструкціях, дисциплінарних статутах, разових дорученнях керівників управлінських структур.

Провина працівника, студента і т.п. тягне застосування дисциплінарного стягнення керівником підприємства, установи, а провина керівника – застосування до нього стягнення вищестоячою посадовою особою.

*Фінансові проступки* ***–*** протиправні винні діяння суб'єктів фінансового права – фізичних та юридичних осіб, вчинені у фінансовій сфері: ухилення від сплати податків та інших обов'язкових платежів, недоплата податків, порушення фінансової звітності, встановлення завищених цін, надбавок на продукцію та ін. правопорушення грошовому обігу. Шкідливі наслідки – зниження грошових надходжень до бюджету.

*Екологічні правопорушення* ***–*** винні протиправні діяння, що завдають шкоди навколишньому середовищу і здоров'ю людей. До них відносяться, напр.,: порушення правил охорони навколишнього середовища при виробництві робіт; порушення правил поводження екологічно небезпечних речовин і відходів; порушення ветеринарних правил і правил, встановлених для боротьби з хворобами і шкідниками рослин; забруднення вод; забруднення атмосфери; знищення і пошкодження лісів.

*Міжнародне правопорушення –* це протиправне винне порушення суб'єктом міжнародного зобов'язання, що заподіює шкоду іншим суб'єктам міжнародного права. Вони включають в себе міжнародні злочини і міжнародні правопорушення (делікти). У першому випадку діяння представляє міжнародну небезпеку для міжнародного співтовариства в цілому (агресія, геноцид, рабство, найманство). Міжнародні правопорушення: не завдають такої шкоди, як злочини; вчиняються будь-якими суб'єктами міжнародних правовідносин; полягають в порушенні міжнародно-правових норм; тягнуть відповідальність суб'єктів. Міжнародне правопорушення *–* явище, що завдає особливої ​​шкоди благу та інтересам суб'єктів світового співтовариства, націям, етнічним і релігійним групам, організаціям і окремим громадянам, за яке на підставі вимог міжнародних актів та національного законодавства застосовуються заходи юридичної відповідальності. Остання може виражатися у формі обмежень, що настають в результаті офіційного визнання протиправності поведінки суб’єкта.

До таких правопорушень відносять міжнародний тероризм, виробництво наркотиків злочинними транснаціональними угрупованнями, їх світове поширення; відродження піратства в районах Світового океану та ін. Шкідливість цих діянь зросла в умовах глобалізації політичних, економічних та інших процесів початку ХХI століття.

**5.** **Об'єктивно-неправомірне діяння**

***Об'єктивно-неправомірне діяння –*** *це невинне, суспільно шкідливе, неправомірне діяння (дія або бездіяльність) особи, яке тягне застосування до неї примусових юридичних заходів, а у спеціально передбачених законом випадках – застосування міри юридичної відповідальності.*

Це поняття: законодавчо не визначене і є категорією правознавства; фіксує самостійну форму прояву нетипового стану неправомірного діяння особи; супроводжується особливим тлумаченням елементів його складу, внаслідок чого іноді термінологічно позначається як своєрідне «безвинне правопорушення», «правова аномалія», вид «правового казусу» і ін.

Поняття «неправомірне діяння» і «правопорушення» не тотожні: не кожна неправомірна поведінка є правопорушенням. Специфіку об’єктивно-неправомірного діяння характеризує його гранична з правопорушенням форма здійснення. Вони мають спільні риси *зовнішньої* схожості. Загальними з правопорушенням рисами є їх суспільна шкідливість (матеріальна ознака) і протиправність (формальна ознака). Відмінність об'єктивно-неправомірного діяння полягає в специфіці прояву його складу (суб’єкта та суб’єктивної сторони) та правових наслідках.

1. **Суспільна шкідливість** (небезпечність) об’єктивно-неправомірного діяння, як вираз його соціальної значущості, полягає у заподіянні матеріальних збитків, моральної шкоди відносинам, в яких права суб'єктів охороняються правовими нормами. Суспільна шкідливість – категорія об'єктивна і характеризує наслідки такого діяння незалежно від його причин, волі і здатності особи усвідомлювати власні дії. У будь-якому випадку правам та інтересам осіб це діяння заподіює шкоду.

2. Протиправність (неправомірність) діяння, як юридична характеристика його суспільної шкідливості, виявляється в порушенні як суб'єктивних прав інших осіб, так і відповідних правових принципів і норм, якими ці права гарантовані. Критерії неправомірності діяння формально закріплені законодавцем: поведінка особи знаходиться в протиріччі з вимогами забороняючих чи зобов’язуючих норм і є неправомірною як при недотриманні юридичних заборон, так і при невиконанні нею юридичних обов’язків. Вчинення такого діяння стає юридичним фактом, котрий об’єктивно перешкоджає реалізації правіншими особами, створює умови для їх обмеження, порушує впорядковані правом соціальні зв'язки, заподіює матеріальну та моральну шкоду правомочній особі, яка в усякому випадку має право на відновлення порушеного права. Наприклад, за цивільним законодавством безвинне заподіяння шкоди джерелом підвищеної небезпеки – діяння об'єктивно неправомірне, що породжує у потерпілого право на відшкодування заподіяної шкоди.

Ознака протиправності є показником відмежування об'єктивно неправомірних діянь від: а) діянь правомірних; б) діянь, які за зовнішнім виявом збігаються з правопорушеннями, але визнані законом правомірними, соціально корисними, необхідними та заохочуваними державою (необхідна оборона, крайня необхідність, затримання злочинця, обґрунтований ризик, виконання наказу або розпорядження).

3. Невинність об’єктивно неправомірного діяння є особливою ознакою і його головною відміною від правопорушення та характеризує такий стан суб’єктивної сторони вчинка, в складі якого відсутня *вина* особи. Така особливість має значення при аналізі суб'єктивних передумов її юридичної відповідальності.

Діяння винне – необхідна умова визнання його правопорушенням. Воно завжди: а) є *усвідомленою* дією або бездіяльністю особи, яка здатна вчиняти за власним розсудом; б) виступає як результат її *вільного* *волевиявлення*. Однак вина суб’єкта обумовлена особливостями її психофізіологічного стану і може бути відсутньою внаслідок того, що особа: не усвідомлювала і не могла усвідомлювати суспільну шкідливість свого діяння в момент вчинення неправомірного діяння, або не передбачала можливість настання його суспільно шкідливих наслідків і не повинна була або не могла їх передбачити. Причинами цього можуть бути: розвиток подій, при якому суб'єкт об'єктивно не може передбачити всієї сукупності обставин і зв'язків, які можуть заподіяти шкоду; причини суб'єктивного характеру, індивідуальні особливості особи (вікові, психічні) – її нездатність усвідомлювати, передбачати і правильно оцінювати розвиток ситуації.

4. Суб’єкти. Категорія безвинної особи уточнює критерії визначення кола суб’єктів об’єктивно неправомірного діяння. За загальновизнаною думкою в правовій науці, об'єктивно неправомірне (протиправне) діяння включає в коло суб'єктів як деліктоздатних невинних осіб, так і: неосудних; недієздатних, а також осіб, які не досягли на момент вчинення діяння віку юридичної відповідальності, передбаченого законом. Відмінність неосудності і невинності полягає в сутнісному розумінні особливостей їх юридичної природи. Сутність *неосудності* полягає в неможливості поставлення в провину суспільно шкідливого (небезпечного) діяння особі, яка *на конкретний момент скоєння* заподіяла шкоду в стані певної міри психічного розладу або недоумства і не здатна діяти винне, усвідомлено, в силу психічного дефекту. Категорія неосудності вилучає таких осіб з числа юридично відповідальних суб'єктів. Психічне ставлення деліктоздатної і неосудної осіб до своїх діянь і їх наслідків різні. Деліктоздатна особа перебуває в психічному стані, при якому вона здатна ставити правомірні цілі, прагне до них, проте наслідки з ними не збігаються. Особа діє безвинно, оскільки невідворотність неправомірного результату виникає через об'єктивну *неможливість* передбачення суб'єктом наслідків її діяння. Результати ж діяння неосудної особи невідворотні через її *нездатність* їх передбачити на момент скоєння, *об'єктивну* *неможливість* запобігти настанню шкідливих наслідків свого діяння і в зв'язку з цим не можуть бути поставлені йому в провину (невинність).

Визнання деліктоздатної особи невинним суб’єктом об’єктивно неправомірного діяння можливе через заподіяння ним шкоди з психо-физиологічної причини, коли шкода заподіяна не дефектами інтелектуального чи вольового змісту (бо особа *усвідомлює* можливість заподіяння шкоди), а *об'єктивною* неможливістю запобігти настанню шкідливих наслідків свого діяння особою в специфічному психічному стані при наявності *екстремальних умов* і *нервово-психічних перевантажень*. Екстремальні умови *–* незвичайне очевидне ускладнення обстановки, яке вимагає особливої уваги, негайного реагування (надзвичайна подія, раптова втрата професійних навичок). Нервово-психічні перевантаження – стан організму (перевтома, стресовий стан внаслідок зовнішніх чинників і т.п.), яка пригнічує інтелект і волю особи при здійсненні його професійних функцій (наприклад, водій автобуса, диспетчер, які відпрацьовують другу зміну поспіль). Психофізіологічні відхилення обох цих видів, позбавляють особу можливості самостійно прийняти рішення, визначити варіанти своєї поведінки і запобігти ті наслідки діяння, які особа в такому стані *передбачає* (на відміну від неосудної особи).

Аналогічна оцінка повинна застосовуватися і до осіб, які не досягли на момент вчинення діяння передбаченого законом віку юридичної відповідальності. За формально-юридичною ознакою таким особам не може бути поставлено в провину або невинність внаслідок їх вікових особливостей, нездатності повною мірою передбачити і усвідомити фактичний характер і суспільну небезпеку своїх діянь і наслідків, що настали. Як у випадках з діяннями неосудних, так і малолітніх питання про вину або її відсутність у таких осіб не обговорюється, можливість встановлення вини або невинуватості особи виключається.

Для визначення кола суб'єктів об'єктивно неправомірного діяння поряд з осудністю має значення юридично визначений ***вік*** настання юридичної відповідальності. При цьому враховується специфіка біологічного, соціального і психологічного віку.

Законодавець враховує психологічний вік, і, беручи до уваги особливості психіки підлітків, одночасно з формальними віковими показниками закріплює і психологічні критерії неповнолітньої особи. За кримінальним законодавством ряду країн, якщо неповнолітній досяг віку кримінальної відповідальності, але внаслідок відставання в психічному розвитку (тобто при невідповідності психологічного віка – паспортному), яке не пов'язане з психічним розладом, під час вчинення суспільно небезпечного діяння не міг повною мірою усвідомлювати фактичний характер і суспільну небезпеку своїх дій (бездіяльності) або керувати ними, він не підлягає кримінальній відповідальності. Відповідно до судової практики в Україні, для вирішення питання про наявність чи відсутність у неповнолітнього відставання у психічному розвитку повинна бути призначена судова психолого-психіатрична або педагогічно-психолого-психіатрична експертиза (п. 7 постанові від 16.04.2004 р № 5 «Про практику застосування судами України законодавства в справах про злочини неповнолітніх»).

Об’єктивно неправомірне діяння *є* діянням безвинним і не кваліфікується як правопорушення. В його юридичному складі відсутня вина як головний показник и невід’ємний атрибут суб’єктивної сторони правопорушення. Тому відсутність вини є свідченням відсутності й суб’єктивної сторони взагалі.

Суб’єктивні прояви об’єктивно неправомірної поведінки полягають і в відсутності неправомірної *мети* та протиправних *мотивів* діяння, які взагалі можуть не усвідомлюватися особою (наприклад, у стані неосудності), а протиправний результат обумовлений причинами, які від особи не залежать (наприклад, дією *непереборної сили*), особливостями психічного стану особи – її нездатністю до самоконтролю, афектогеністю (відчутним душевним хвилюванням).

Серед умов відсутності вини в поведінці суб’єкта є її добросовісна помилка. Вона має місце, коли особа добросовісно вважає неправдиві факти (документи, звітність, статистику) істинними, а про їх помилковість не знає, не може і не повинна знати і приймає неправомірне шкідливе рішення не зі своєї вини.

Таким чином у складі об’єктивно неправомірного діяння відсутні суб’єктивні ознаки правопорушення – суб’єкт та суб’єктивна сторона, або будь-яка одна із цих ознак.

5. Юридичні *наслідки* заподіювання шкоди. Невинне діяння не передбачає юридичну відпо­відальність, допускає її ненастання оскільки воно не є результатом свобідного волевияв­лення особи, в неї відсутня можливість вибору ін­шого варіанту поведінки. Тому, за загальним правилом, основним видом заходів правового примусу, які застосовуються за вчинення об’єктивно неправомірного діяння, є *міри захисту*, під якими розуміють засоби правового впливу, що застосовуються з метою відновлення порушених прав суб'єктів. Їх головною відмінністю від мір юридичної відповідальності є мета – відновлення прав особи, які були порушені. Міри захисту застосовуються до осіб, які вчинили об'єктивно неправомірні діяння.

Базовий принцип юридичної відповідальності – наявність вини суб’єкта. Проте цивільне право містить виключення з принципу винної відповідальності і встановлює юридичну відповідаль­ність за безвинне діяння («відповідальність без вини») за договором та за законом – так звану абсо­лютну, «об’єктивну» відповідальність*.* Остання є породженням приватного права і відноситься до нетипових форм державного примусу. Потреба в існуванні відповідальності без вини обґрунтовується необхідністю захисту суб'єктивного права потерпілого, його майнових інтересів. Інститут безвинної відповідальності за об'єктивно неправомірне діяння – виняткове утворення лише у приватноправових галузях. У публічно-правових галузях (кримінальне, адміністративне право) це правило не застосовується.

Таким чином головними особливостями настання юридичних наслідків за скоєне об’єктивно неправомірне діяння є те, що:

а) В силу невинуватості особи таке діяння не може бути підставою юридичної відповідальності в публічному праві – кримінальному, адміністративному та ін., оскільки відповідні види відповідальності виконують «штрафну» функцію, її підставами є виключно правопорушення (винне діяння);

б) Воно може бути підставою юридичної відповідальності, як міри захисту правовідновного характеру, у сфері приватного права (у цивільно-правових відносинах), і лише у випадках, які прямо передбачені законом. Для суб'єкта це означає виникнення нового додаткового обов'язку, якого не було раніше. Наприклад: невинне заподіяння шкоди власником джерела підвищеної небезпеки (використання транспортних засобів, механізмів, електричної енергії високої напруги та ін.); невинне невиконання договірних зобов'язань суб'єктом підприємницької діяльності; шкода, заподіяна малолітнім, або недієздатною особою внаслідок їх неделіктоздатності (наприклад, підпал будинку малолітньою дитиною не тягне для неї кримінальної відповідальності, але її діяння є об'єктивно неправомірним, тому потерпілий має право вимагати відшкодування збитку, а обов'язок його відшкодувати покладається на батьків, усиновителів та ін.).

Суб’єкт об’єктивно неправомірного діяння не має внутрішнього негативного ставлення до суспільства, особистості, тому застосування до неї міри юридичної відповідальності не мають каральної мети та спрямовані не на особистість, а викликані необхідністю відновлення порушених прав інших осіб.

в) Не тягне взагалі юридичної відповідальності або застосування примусових заходів чи юридичного впливу до особи за шкоду, заподіяну нею, наприклад, за діяння, вчинені в результаті випадку (казусу), коли особа не передбачає, не повинна була і не могла передбачити можливість настання таких наслідків;

г) Законодавчо передбачає застосування примусових заходів і засобів правового впливу, які не є заходами юридичної відповідальності, наприклад, примусові заходи медичного характеру до осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння і заподіяли шкоду в стані неосудності – дефекті інтелектуального чи вольового стану психіки, або її короткочасного розладу; примусові заходи виховного характеру, що застосовуються до малолітніх.

6. Види об'єктивно-протиправних діянь відмежовують за різними показниками.

Залежно від суб'єкта – діяння, вчинені фізичною чи юридичною особою.

За галузевою належністю норм права, які були порушені: кримінально-правові наприклад, заподіяння особою шкоди в стані уявної оборони; заподіяння шкоди фізичною особою в стані сильного душевного хвилювання, викликаного посяганням на особу; заподіяння шкоди особою під безпосереднім фізичним або психічним примусом та інші; адміністративно-правові – діяння, що не містять складу проступку через відсутність вини суб'єкта (наприклад, винесення посадовою особою незаконного рішення під впливом добросовісної помилки); цивільно-правові – невинне заподіяння шкоди, що випливає з договірних та позадоговірних зобов'язань.

Залежно від причини вчинення – об’єктивно неправомірні діяння: вчинені за екстремальними умовами; вчинені за нервово-психічними перевантаженнями; вчинені в результаті випадку (казусу); діяння, наслідки якого викликані непереборноюсилою та ін. При казусі та непереборній сили в діях особи відсутня вина суб'єктів, але з різних причин: при казусі невинуватість особи породжена її суб'єктивним станом (вона не знає, не може і не повинна була знати про подію та настання її шкідливих наслідків); при непереборній силі невинуватість особи полягає в тому, що вона знає про настання події, як результаті зовнішнього впливу, докладає зусиль щодо запобігання шкоди, але шкідлива подія настає.

За правовими наслідками для суб’єкта діяння поділяються на: такі, що тягнуть юридичну відповідальність (майнову); такі, що тягнуть застосування примусових заходів, що не є мірою відповідальності; такі, що не тягнуть жодних правових наслідків (наприклад, внаслідок казусу).

Слід відрізняти об’єктивно неправомірну поведінку від **правопорушень** (діянь винних) та від *інших діянь*, що заподіюють шкоду *правомірне* та зовні нагадують правопорушення. Наприклад, необхідна оборона; затримання особи, яка вчинила злочин; крайня необхідність; виконання наказу чи розпорядження; діяння, пов'язане з ризиком; виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності (ст. 36, 37, 39, 41, 42, 43 та ін. Кримінального кодексу України). Спричинення шкоди у цих випадках не містить користі, але є *суспільно припустимим*, *«санкціонованим», схваленим державою*. Загальні властивості таких діянь:

а) усвідомленість і контрольованість діянь, які можуть завдати реальної шкоди іншим суб'єктам; б) наявність суспільно корисних мети та мотивів вчинку, що заподіює шкоду; в) відсутність мети і мотиву заподіяння шкоди охоронюваним правам та законним інтересам особи; г) заподіяння шкоди іншим суб'єктам є вимушеним і виправданим в конкретній ситуації (наприклад, при затриманні злочинця); ґ) офіційно визнана правомірність вчинку, що заподіює шкоду (тобто закон визнає, що вона заподіяна з метою захисту охоронюваних прав і законних інтересів суб’єктів права); д) пряме виключення законом таких діянь з числа правопорушень; є) відсутність негативних правових наслідків (юридичної відповідальності або застосування примусових заходів) для осіб, які вчинили їх у межах правомірності (наприклад, при неперевищені меж необхідної оборони, або заходів, необхідних для затримання злочинця і т.п.). В цих діяннях відсутня вина і вони лише об’єктивною стороною збігаються з правопорушенням, однак законом віднесені до числа *правомірних*.

**6. Зловживання правом**

Феномен зловживання суб’єктивним правом має багатовікову історію. Римські юристи заперечували можливість зловживання правом в твердженні: «ніхто не вважається таким, що поступає зловмисно, якщо він користується своїм правом», доповнивши з часом судженням: «зловживання непробачне». Обмеження на зловживання правом встановлювалось судами, а як самостійний інститут воно склалося в буржуазному праві. Цей термін використовується, починаючи з французької Декларації прав людини і громадянина 1789 р. і відтворюється: в Кодексі Наполеона 1804 р. – «той, хто використовує своє право в межах правових, не відповідає за шкоду, що випливає для інших осіб»; в германському Цивільному уложенні 1896 р. Введення загальнодозвільного принципу правового регулювання, і формальної юридичної рівності, диспозитивності і свободи вибору цілей здійснення свого права створили передумови для застосовування таких способів правокористування, при яких закон не заважає особі отримати вигоду, переваги за рахунок порушення прав інших осіб. Таке використання права не є соціально допустимим, хоча зловживання ним проявляється в усіх сферах відносин. Ця категорія складна, не визначена законодавством та передбачає теоретичного осмислення її ознак та відмінностей від інших видів юридично значущої поведінки, а також встановлення меж використання суб’єктивного права. *Зловживання правом (злостиве правокористування) – діяння правомочного суб’єкта, спрямоване на задоволення ним інтересу в межах свого суб’єктивного права (тобто в рамках юридично забезпеченої можливості), але в протиріччі з призначенням суб’єктивного права та з використанням таких способів його реалізації, які виходять за законні межі здійснення і завдають шкоди іншим особам, порушуючи їх суб’єктивні права.* Цесамостійний вид неправомірної поведінки, який не збігається із класичним складом правопорушення: при зовнішній схожості вони різні за сутнісними ознаками. Легальне визначення поняття «зловживання правом», його способів та видів відсутні в законодавстві, що потребує кваліфікувати його прояви за сукупністю ознак, бо це поняття залишається оцінним. До того ж, в науці відсутнє єдине розуміння цього феномену. Його аналіз дозволяє визначити головні *ознаки* зловживання правом:

**1**. *Наявність у особи суб’єктивного права,* владного чи посадового повноваження. Воно може бути передбачене законом або договором (трудовим, цивільно-правовим), є можливим в будь-якій галузі права – матеріальній й процесуальній, публічній чи приватній.

**2**. *Можливість зловживання суб’єктивним правом тільки під час його здійснення особою* шляхом її безпосередніх діянь: лише однієї наявності в особи суб’єктивного права ще не достатньо для того, щоб констатувати факт його зловживанням.

**3**. Використання виключно *свого****,*** ане чужого *суб’єктивного права*, як інструмента, яким особа недозволено зловживає. Такими особами є суб’єкти конституційних прав і свобод (громадяни, політичні партії, ЗМІ); фізичні і юридичні особи (наприклад, підприємство-монополіст, яке зловживає домінуючим станом на ринку); посадові особи органів влади, комерційних і інших структур.

**4**. Здійснення суб’єктивного права забороненими законом способами, ***в*** *суперечності з його прямим призначенням* або *з виходом за встановлені законом межі його використання*. Сутність суб’єктивного права утворюють єдність правової мети та законного способу його реалізації особою. Вибрані способи свідчать про наміри суб’єкта. Незаконні способи й засоби здійснення права анулюють і мету (благо, законний інтерес). Тому зловживання правом є діянням особи *без законного інтересу* та *з метою, протилежною змісту права та принципам його здійснення*, тобто є порушенням правомірної моделі здійснення права. Таку модель становлять *принципи* й *межі* використання права. Принципи права формують загальну спрямованість правомірної поведінки та показують, *як* саме треба реалізувати право, а межі використання права вказують на зобов’язання особи при здійсненні нею суб’єктивного права та заборонені способи його використання, охороняючи права інших осіб від порушень. Зловживання правом опирається на такі *способи* його здійснення, які порушують принципи добросовісності, розумності, домірності здійснення права. Наприклад, добросовісність – принцип здійснення права, а заборона певного способу його реалізації – межа здійснення права. Добросовісність вимагає від суб’єкта здійснювати свої права, як це прийняте розумною особою в правових відносинах (наприклад, при виконанні договорів) і, як цього очікують від нього інші особи; його дії не повинні вводити третіх осіб в оману, але повинні: давати їм можливість здійснювати свої права; привносити у відносини стабільність і передбачуваність. При зловживанні правом особа: порушує єдиний обов’язок, що міститься в її суб’єктивному праві – використовувати його добросовісно, тобто не зловживати ним; ігнорує й не поважає права інших осіб, проявляє стосовно них «злу» волю. Тому для правомочних суб’єктів установлені межі здійснення їх суб’єктивних прав – внутрішні, суб’єктивні кордони їх дозволених дій, які визначаються категоріями добросовісності й розумності. Розрізняють межі здійснення права: закріплені в законі та закріплені в договорах (цивільно-правових, трудових та ін.). Зміст заборон зловживання правом – в усуненні неприпустимих цілей і способів здійснення прав.

**5**. *Переслідування особою свого інтересу*. Інтерес є незаконним, якщо він спрямований на досягнення *цілей*, які не відповідають вимогам *домірності, добросовісності, розумності* при здійсненні права. Показниками неправомірності інтересу також є *способи* *здійснення* суб’єктивного права.

**6**. *Наявність в особи мети, яка суперечить законним цілям використання права*. При зловживанні правом порушуються юридично встановлені законом або договором цілі. Призначення права – мінімізувати можливість заподіяння шкоди, збитків однією особою – іншій за допомогою захисту інтересів осіб, установлення рівності їх правових можливостей. Зле правокористування веде до несправедливого применшення інтересів інших осіб. У випадку зловживання правом особа переслідує цілі: перешкодити здійсненню прав іншими правомочними суб’єктами або обмежити їх права; одержати необґрунтовані переваги перед іншими правомочними особами («гіпертрофований» інтерес); заподіяти шкоду правам третіх осіб. При цьому заподіяння шкоди останнім відбувається навмисне або при відсутності наміру (заподіює шкоду фактично).

**7**. *Відсутність формального порушення закону* при зловживанні суб’єктивним правом, тобто його конкретних юридичних заборон чи зобов’язань. Цим зловживання правом відрізняється від правопорушення. Діяння особи виступає як таке здійснення ним свого права чи владного повноваження, яке зовні виглядає як акт підпорядкування його волі формальному дозволу правової норми. Складність кваліфікації зловживання правом у тому, що його зовнішня сторона, форма, у якій воно себе проявляє, завжди представлена як проформа, «легальна видимість». Однак, визнавати такі дії формою реалізації права не можна, оскільки реалізація права – втілення принципів права та приписів правових норм саме у *правомірній* поведінці суб’єкта. Проте зловживання суб’єктивним правом містить лише *зовнішні* ознаки його реалізації в формах використання, виконання чи застосування його норм. Крім того, для зловживання правом не характерні властивості правомірної поведінки – її суспільна корисність та гарантованість державою. Будучи зовні легальним, діяння особи є неправомірним за своєю функціональною суттю, оскільки правова мета зведена особою до формального засобу. Тому кожне зловживання правом – завжди *неправомірне* діяння (дія, бездіяльність, правозастосовне рішення), оскільки вони завжди порушують принцип неприпустимості зловживання правом.

8. *Заподіяння* шкоди (або створення реальної *загрози* її заподіяння) іншим правомочним суб’єктам. Незважаючи на спосіб зловживання правом і наявність або відсутність наміру заподіяти шкоду іншій особі, таке діяння завжди заподіює зло. В юриспруденції під злом (в залежності від галузі права) розуміють шкоду (збитки). Шкода – знищення або применшення матеріальних і нематеріальних благ, що заподіюється публічним або приватним інтересам. Збитки – реальні, а також упущена вигода (наприклад, у цивільному праві). В результаті зловживання правом страждає юридично визнана і гарантована свобода, надана та гарантована кожному в рівному обсязі.

9. Настання *юридичних наслідків для особи,* незалежно від способу її неправомірного користування суб’єктивним правом. У разі зловживання правом відсутня юридична відповідальність, що характерна для правопорушення. Але закон передбачає настання інших негативних юридичних наслідків. Наприклад, при здійсненні цивільних прав, відповідно до Цивільного кодексу України, який не допускає дій особи, вчинених «з наміром спричинення шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах» (ч.3 ст. 13), і передбачаються *наслідки недодержання меж здійснення цивільних прав,* які полягають у можливості суду своїм рішенням зобов’язати особу припинити зловживання своїми правами (ч.6 ст.13 ЦК України), а також застосувати інші наслідки, встановлені законом, наприклад, відмовити в захисті прав такій особі. Така відмова не є заходом юридичної відповідальності, виконує превентивну функцію, спрямована на недопущення неправомірної поведінки особи та запобігання настанню шкоди від зловживання правом. Якщо здійснення особою належного їй цивільного права призвело до заподіяння шкоди майну та (або) майновим інтересам третіх осіб, то суд може таку особу не тільки зобов’язати до утримання в подальшому від зловживання своїми правами, але й *відшкодувати* заподіяні *збитки* (наприклад, згідно ст. 22 ЦК України).

Особливості зловживання правом і його відмінні риси відображені в таблиці в кінці розділу.

Види **(прояви)** зловживанняправом. Зловживати не припустимо *будь-якими* правами і свободами, в тому числі конституційними (свободою слова, друку), процесуальними, батьківськими, службовими та іншими.

1. В залежності від *мети зловживання правом* ці діяння поділяються на: а) вчинені з єдиним наміром заподіяти шкоду іншій особі («*шикана»*); б) вчинені в *інших* *формах* (коли заподіяння шкоди іншим суб’єктам права не є самоціллю) та з іншими *цілями*: збагачення (отримання майнової вигоди – наживи); отримання пільг, необґрунтованих переваг перед іншими особами; з метою уникнути виконання своїх обов’язків. Вказівка п.п. «а», «б» ст. 13 ЦК України на форми зловживання правом є наслідком поєднання в них німецького та швейцарського підходів: в німецькому праві наявність умислу на заподіяння шкоди є ознакою шикани; швейцарське законодавство, встановлюючи заборону зловживання правом, передбачає лише його об’єктивну невідповідність принципу добросовісності.

**2.** За*галузевою належністю норм*(матеріальних і процесуальних), на основі яких виникає суб’єктивне право – особи зловживають:

*Конституційними правами*, наприклад: а) умисні діяння суб’єктів *виборчого процесу* щодо реалізації своїх суб’єктивних прав в протиріччі з їх призначенням. Вони формально не є правопорушеннями, проте спрямовані на заподіяння шкоди іншим суб’єктам виборчого процесу та здійснюються у формах: виборчих технологій (формально дотримується закону про вибори, але спрямований на створення необґрунтованих переваг одному з кандидатів); зловживань активним і пасивним виборчим правом, які пов’язані з передвиборчою агітацією і фінансуванням виборів; б) зловживання *свободою слова* – має місце, коли суб’єкт реалізує правомочності щодо вибору виду та міри своєї мовної поведінки на шкоду іншим особам; в) *дифамація* – формально законне, але винне діяння особи, яке прямо чи опосередковано шкодить особистим благам – гідності, честі, доброму імені, недоторканності приватного життя з метою їх применшення, обумовлене неконституційними інтересами і цілями дифаматора і здійснюється різними способами недобросовісного користування свободами слова та інформації. Правовий наслідок зловживання свободою слова, друку є відшкодування шкоди, моральної шкоди; г) зловживання правом видавати рішення в рамках владних повноважень державними службовцями та органами влади (правовий наслідок – скасування такого рішення); д) зловживання правами *депутата* в рамках інституту депутатського імунітету.

*Правами власності* – всфері відносин майнового права; інтелектуальної власності (наприклад, порушення виняткових прав на товарний знак, включаючи рекламу, продаж, пропозиції до продажу, імпорт продукції з використанням зареєстрованого товарного знаку, маркування); зловживання домінуючим станом з метою обмеження конкуренції, встановлення монопольної ціни на товар.

*Зобов’язальними правами*:використання права на свободу укладення договорів і формування їх умов; удавані (мнимі) угоди та інші.

С*падковими правами*, наприклад, отримання у спадок квартири особою, яка подає заяву в нотаріальну контору про прийняття спадщини, але реально ухиляється від прийняття спадщини і від реєстрації права власності на квартиру з метою уникнути стягнення на його квартиру за виконавчим листом.

*Податковими правами,* наприклад, діяльність платника податку, яка формально не порушує норми податкового права, але спрямована на мінімізацію податкового обов’язку при відсутності мети досягнення реального результату від господарської діяльності.

*Корпоративними правами*: корисливе зловживання правом (наприклад, заволодіння активами господарського товариства, корпоративний шантаж, збагачення з використанням участі в діяльності господарського товариства); зловживання правом з метою вилучення іншої непрямої вигоди (усунення конкурента шляхом його поглинання або розорення в процесі конкуренції; перемога в публічних торгах); зловживання правом акціонера з метою перешкоджання здійсненню товариством господарської діяльності. До таких осіб застосовуються заходи припинення зловживань правами акціонера – способи запобігання і припинення зловживання правом.

*Сімейними правами*: фіктивні шлюби без наміру створити сім’ю (їх наслідок – визнання їх недійсними); зловживання батьківськими правами в цілях, які суперечать їхнім призначенням (батьків позбавляють цього права судовим рішенням).

*Трудовими правами*, наприклад, колективним правом на страйк (заняття службових приміщень, виставлення пікетів, блокування портів, які ускладнюють реалізацію іншими працівниками права на працю, а власника – його майнових прав. Шкода заподіюється відносинам, які не охороняються законом, тому такі зловживання оцінюються як *аморальні* або *недоцільні*.

*Житловими правами*, наприклад, використання права на обмін жилого приміщення з корисливою метою; відмова співвласника житлового приміщення дати іншому співвласнику згоду на обмін або розділ житлового приміщення.

*Процесуальними правами,* наприклад: а) в *цивільному* процесі – зловживання особою правом на подачу позову до суду; неявка особи в судове засідання (всупереч права суду визнавати явку таких осіб обов’язковою); неподання доказів, які витребують від учасників цивільної справи за запитом суду; зловживання правом на подачу апеляційної скарги; зловживання правом суддівського розсуду при здійсненні правосуддя; зловживання правом на захист; б) в *кримінальному* процесі – здійснення особою свого суб’єктивного процесуального права на відмову від дачі показань щодо родичів; явно недобросовісна поведінка учасника процесу з метою штучного створення обставин, які перешкоджають реалізації прав іншими учасниками; обрання слідчим в якості запобіжного заходу утримання під вартою особи, яка вперше вчинила нетяжкий злочин.

Зловживання правом – багатовимірне правове явище. Крім названих видів, воно також іноді трактується в правовій науці в більш широкому сенсі, як поведінка, в якій домінують ознаки або правомірної поведінки, або правопорушення: а) при «правомірному» зловживанні особа не порушує правових приписів і не зазіхає на чиїсь права, а ускладнює і обмежує їх здійснення іншими суб’єктами (наприклад, пересування автомобіля з низькою швидкістю створює затор, водій чинить недоцільно, але в межах свого права; зловживання свободою віросповідання представниками релігійних сект, під впливом яких громадяни добровільно кидають навчання, роботу, сім’ї, майно і т.п. на користь релігійної організації). При цьому суб’єкт дотримується заборонних норм, не здійснює правопорушень і не підлягає юридичної відповідальності; б) деякі види зловживання правом, по суті, є способом вчинення окремих *правопорушень*, спеціально визначених законом (наприклад, використання свободи слова оратором, який закликає до насильницьких дій, масовим безладдям). Такі зловживання правом переходять межі дозволеного, які визначені прямим порушенням заборон на їх вчинення, містять ознаки протиправних та караних діянь – правопорушень, і проявляються у формах: *злочинів* (зловживання посадовим становищем, притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, незаконне затримання особи та ін.). При цьому термін «зловживання правом» прямо не використовується, але фактично багато злочинів вчиняються завдяки здійсненню прав, владних повноважень суб’єктів злочину; *адміністративних* правопорушень (самоуправство, незаконне вилучення посадовими особами паспортів, дрібні зловживання правом посадової особи (дисциплінарний проступок); *цивільних, сімейних, екологічних* та інших правопорушень. Як самостійний вид *неправомірної* поведінки, зловживання правом, в свою чергу, відрізняється від правопорушень і правомірних діянь (*див. порівняльну таблицю*).

**ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ**

1. Ознаки юридичної відповідальності

2. Підстави юридичної відповідальності

3. Види юридичної відповідальності

4. Цілі та функції юридичної відповідальності

5. Принципи юридичної відповідальності

6. Юридична відповідальність і державно-правовий примус

**1. Ознаки юридичної відповідальності**

Юридична відповідальність виникає внаслідок порушення суб’єктами права приписів норм права. Притягнення до юридичної відповідальності за майбутні правопорушення неможливе. Юридична відповідальність є важливим елементом механізму охорони суспільних відносин і завжди має ретроспективний характер, оскільки покладає несприятливі наслідки на особу, яка вчинила правопорушення в минулому.

**Юридична відповідальність** − передбачені санкціями норм права несприятливі наслідки особистого, майнового чи організаційного характеру, що визначені законом, яких зазнає деліктоздатний суб’єкт (правопорушник) за вчинене правопорушення.

Ознаками юридичної відповідальності є такі:

1. Юридична відповідальність носить ретроспективний характер, тобто є реакцією на поведінку, що відбулася в минулому або продовжувану поведінку. Суб’єкт не може нести таку відповідальність за свою майбутню поведінку.

2. Юридична відповідальність передбачає настання несприятливих наслідків особистого, майнового чи організаційного характеру для правопорушника. Наприклад, обмеження свободи (особистого характеру), конфіскація майна (майнового характеру), звільнення з посади (організаційного характеру) тощо.

3. Вона пов’язана з покладанням на правопорушника обов’язку, якого не існувало до вчинення правопорушення, що виражається в заходах негативного характеру щодо нього.

4. Настання юридичної відповідальності можливе лише за наявності вчиненого правопорушення, а саме: юридичних (норма права), фактичних (діяння – дія або бездіяльность) та процесуальних (відповідний процес згідно з нормами права) підстав цієї відповідальності.

5. Застосовується лише до деліктоздатних суб’єктів. Обсяг та характер їх деліктозадатності визначаються відповідним законом.

6. п. 22 ст. 92 Конституції України ….

**2. Підстави юридичної відповідальності.**

Юридична відповідальність можлива лише за наявності підстав, що визначаються законом та договором. Підстави юридичної відповідальності − це сукупність обставин, наявність яких робить юридичну відповідальність можливою і належною. Відсутність сукупності таких обставин виключає можливість її настання.

У зміст поняття «підстава юридичної відповідальності» включають три елементи, а саме; норму права, юридичний факт вчинення юридично значущого неправомірного діяння та правозастосовний акт уповноваженого суб’єкта.

В юридичній науці, розрізняють: а) підстави притягнення до юридичної відповідальності (це сукупність обставин, наявність яких робить юридичну відповідальність можливою); б) підстави настання юридичної відповідальності (сукупність обставин, наявність яких робить юридичну відповідальність належною).

Підстави юридичної відповідальності поділяють на **юридичні, фактичні та процесуальні. Юридичною підставою** такої відповідальності є наявність норми права, що забороняє певну поведінку, визначає її об’єктивні та суб’єктивні ознаки, кваліфікуючи таку поведінку як конкретне правопорушення (наприклад, крадіжка, грабіж тощо) і встановлює відповідні санкції за його вчинення.

**Фактичною підставою** юридичної відповідальності є юридичні факти, у формі протиправних діянь (дії чи бездіяльності), що містять у собі усі елементи складу правопорушення (об’єкт, об’єктивну сторону, суб’єкт, суб’єктивну сторону), що передбачені нормами права. Тільки такі діяння свідчать про наявність фактичної підстави юридичної відповідальності. Якщо діяння є шкідливими, але не забороняються правовими, а іншими соціальними нормами (моральними, звичаєвими, релігійними тощо), то вони не можуть біти фактичною підставою юридичної відповідальності. При цьому, думки, внутрішні переконання, ідеї, уподобання т. і. без їх зовнішнього прояву у формі діянь не можуть тягнути за собою юридичної відповідальності.

**Процесуальною підставою** є рішення компетентного органу ухвалене з додержанням визначеної законодавством процедури про застосування до правопорушника конкретних заходів юридичної відповідальності через визначення виду та міри державного впливу щодо останнього (наприклад, наказ про дисциплінарне стягнення, вирок суду тощо). Лише підсумковий акт про притягнення до юридичної відповідальності характеризує процесуальну підставу відповідальності. Саме цим актом на правопорушника покладаються певні юридичні обов’язки негативного характеру пов'язані з встановленням неправомірного діяння винної особи. Дотримання встановленої процедури його видання слугує гарантією запобігання свавілля і захисту прав і свобод громадян.

Існує коло підстав, що виключають юридичну відповідальність або звільняють від неї. Притягнення до юридичної відповідальності та її настання передбачає обов’язкове виявлення та врахування наявності таких підстав. Виключення юридичної відповідальності не є тотожним звільненню від неї. Виключення має місце у разі неприпустимості юридичної відповідальності, як то, при відсутності у діянні особи складу правопорушення, його соціальній корисності чи нейтральності тощо. При звільненні від цієї відповідальності відбувається позбавлення обов'язку винної особи зазнавати заходів державно-примусового впливу за реальне вчинене правопорушення за наявності передбачених законом відповідних юридичних фактів.

**Правові підстави, які виключають юридичну відповідальність** є сукупністю обставин, за яких притягнення особи до юридичної відповідальності виключається. Так, у кримінальному праві до них належать, зокрема: неосудність; необхідна оборона; затримання особи, що вчинила злочин; крайня необхідність; фізичний або психічний примус; діяння, пов'язане з ризиком, якщо воно заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, але було вчинене в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети; виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації; малозначність діяння; юридичний казус. У цивільному праві, наприклад, у ст. 617 ЦК, закріплені загальні підстави звільнення від відповідальності за порушення цивільно-правового зобов'язання.

Підставами звільнення від юридичної відповідальності суб’єкта є юридичні факти або фактичні обставини, за наявності яких уповноважений владний суб’єкт шляхом правозастосування знімає обов'язок особи зазнавати заходів державного примусу за вчинене нею правопорушення. До таких підстав належать такі: а) юридична відповідальність винної особи вже настала; б) у законі передбачені юридичні підстави звільнення правопорушника; в) є наявними фактичні обставини, які дають право уповноваженому суб’єкту використовувати право звільнення. Такі підстави передбачаються в кримінальному, адміні­стративному, трудовому, цивільному та ін. галузях законодавства.

**Закріплення в законі підстав звільнення від юридичної відповідальності** спрямоване на гуманізацію, індивідуалізацію (врахування особи правопорушника).

**3. Види юридичної відповідальності**

Юридичну відповідальність поділяють на види, виходячи з таких критеріїв: а) за ступенем спільності суб'єктів – особисту та колективну; б) за суб'єктами відповідальності ̶ відповідальність держави, підприємства, відповідальність керівника, відповідальність батьків та ін.; в) за її призначенням та функціями ̶ відновна (відшкодування збитків, поновлення порушеного права) та штрафна (у вигляді покарання); г) за галуззю права ̶ конституційна, адміністративна, цивільна, дисциплінарна, матеріальна, кримінальна. Проаналізуємо основні види юридичної відповідальності, виходячи з останнього критерію.

**Конституційна відповідальність**, настає за конститу­ційне правопорушення і передбачає застосування конституційних санкцій у порядку і формі передбаченими Конституцією та законодавством України. Суб’єктами такої відповідальності є органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, громадяни та їх об’єднання. Прикладами конституційної відповідальності можуть бути дострокове при­пинення повноважень органів державної влади (вотум недовіри Кабінету Міністрів, імпічмент Президентові та ін.) та органів місцевого самоврядування.

**Кримінальна відповідальність/Кримінальні проступки** є найбільш жорстким видом юридичної відповідальності. Вона накладається виключно щодо винної у вчиненні злочину фізичної особи шляхом винесення тільки судом вироку з визначенням покарання, передбаченого кримінальним законом. Особливостями цієї відповідальності є наступні: її підставою є вчинення особою злочину; встановлюється тільки Кримінальним кодексом України; застосовується тільки в судовому порядку, на підставі процесу­ального закону (КПК України); тягне за собою застосування до винної особи санкцій, визначених кримінальним законом (штраф, позбавлення військового, спеціального звання, виправні роботи, обмеження волі, строкове чи довічне позбавлення волі);

**Адміністративна відповідальність** настає за адміністра­тивні проступки, які порушують правила, що діють у сфе­рах, урегульованих адміністративним та іншими галузями законодавства (наприклад, господарським, еко­логічним, трудовим, фінансовим), накладається органами адміністративної юрисдикції (суди, органи виконавчої влади, їх посадові особи та ін.) і передбачає застосування специфічних санкцій, перелік яких встановлено законом (наприклад, штраф, тимчасове позбавлення спеціального права, виправні роботи, адміністративний арешт та ін.).

**Цивільна відповідальність** настає за вчинення цивільно-правового правопорушення і полягає в застосуванні цивільно-правових санкцій, передбачених законом або договором. Її особливостями є те, що суб’єктами накладання такої відповідальності є як суди (загальні, господар­ські, третейські), так, і в певних випадках, самі учасники цивільних правовідносин. Цивільна відповідальність передбачає презумпцію винуватості порушника, тобто відсутність власної вини до­водить особа, яка порушила зобов’язання або заподіяла шкоду. При цьому, існує в передбачених законодавством випадках можливість притягнення до такої відповідальності за відсутності вини (наприклад, за за­подіяння шкоди органом державної влади або джерелом підвищеної небезпеки). Санкції даної відповідальності носять переважно правовідновний ха­рактер.

**Дисциплінарна відповідальність** настає за порушення пра­вил трудової, службової, військової, навчальної або іншого виду дисципліни, тобто підставою дисциплінарної відповідальності є дисциплінарний проступок. Вона може застосовуватися згідно з нормами тієї галузі права, у сфері якої вчинено дисциплінарний проступок. Як правило, це трудове право, а також ін. га­лузі права, які визначають особливості правового статусу окремих катего­рій працівників (наприклад, державних службовців, суддів та ін.) у відповідних законах, дисциплінарних статутах і положеннях про дисципліну. Особливістю дисциплінарних стягнень є те, що вони відносяться виключно до службової (професійної діяльності) особи і це визнана чає їх специфічність (наприклад, догана, звільнення, зауваження, попередження про неповну службову відповідність, зниження у посаді та ін.).

**Матеріальна відповідальність** перед­бачається трудовим законодавством і полягає в обов’язку праців­ника відшкодувати майнову шкоду, завдану роботодавцеві внаслідок невиконання чи неналежного виконання трудових обов’язків. Умовами такої відповідальності є наявність прямої дійсної шкоди та відмова правопорушника добровільно її відшкодувати.

**Міжнародно-правова відповідальність** як елемент міжнародного права передбачає юридичний обов'язок суб'єкта міжнародного права поновити порушене право, а крім того відшкодувати завдану шкоду, завдану ним іншим суб'єктам міжнародного права в результаті порушення міжнародно-правового зобов'язання або у результаті дій, що не порушують норми міжнародного права, якщо таке відшкодування передбачається відповідним міжнародним договором.

**4. Цілі та функції юридичної відповідальності.**

Соціальна цінність і зміст юридичної відповідальності відображаються в її цілях та функціях. Мета юридичної відповідальності є одним з проявів цілей права, втілених в його регулятивних і охоронних функціях. Юридична відповідальність у першу чергу, забезпечує реалізацію насамперед охоронної функції права. Цілі юридичної відповідальності, розкривають саму необхідність юридичної відповідальності, її призначення для ефективного функціонування правової системи.

Їх можна поділяти на загальні (для всього суспільства чи окремої спільноти) та індивідуальні (для конкретного правопорушника). Загальносоціальні цілі юридичної відповідальності полягають в охороні суспільного та правового порядку, що склався у суспільстві, а також відображають його ставлення до самих правопорушень та очікувань щодо юридичних наслідків для правопорушників.

**До загальних цілей відносять такі:**

а) захист правопорядку, що полягає у організації суспільства як єдиного цілісного організму на засадах права, запобіганні анархії та свавіллю в ньому; б) забезпечення прав людини і запобігання правопорушенням, їх профілактика на загально соціальному рівні шляхом правової освіти, пропаганди, просвітницької діяльності тощо; в) утвердження справедливості шляхом покарання правопорушників і поновлення порушених прав осіб, щодо яких вчинено правопорушення.

Індивідуальні цілі юридичної відповідальності полягають у державному забезпеченні поведінки особи згідно з встановленим законодавством правовим порядком в усіх правових ситуаціях або визначенні правових наслідків негативного характеру для неї у випадку вчинення правопорушення. Вони, по суті, трансформують загальні цілі юридичної відповідальності до рівня конкретної особи правопорушника.

**До індивідуальних цілей відносять наступні:**

а) поновлення порушених внаслідок правопорушення суб’єктивних прав суб’єктів права (фізичних і юридичних осіб) шляхом компенсації моральної та матеріальної шкоди, що була заподіяна правопорушником; б) покарання правопорушника що полягає у державно-примусове обмеженні прав винної особи, позбавленні її особистих, духовних, матеріальних та інших цінностей згідно до законодавства; г) превенція (попередження) щодо вчинення нових правопорушень цією конкретною особою правопорушника в майбутньому (загальна превенція) через засвоєння ним принципу невідворотності юридичної відповідальності.

Цілі юридичної відповідальності по різному проявляються у різних галузях права. Так, наприклад, у кримінальному праві ̶ це кара (комплекс обмежень прав та свобод засудженого, які забезпечать його обмеження щодо можливого повторного вчинення злочинів, а також можливу ізоляцію від суспільства), та виправлення злочинця, що проявляються в його готовності жити згідно з приписами закону. Мета матеріальної відповідальності полягає в компенсації матеріальної шкоди, завданої винними діями працівника роботодавцю під час виконання трудової функції. Таким чином, ця відповідальність носить правопоновлююючий характер.

Цілі юридичної відповідальності розкривають зміст юридичної відповідальності, її призначення для ефективного функціонування правової системи. Вони конкретизуються в її функціях.

**Функції юридичної відповідальності** – це система напрямів правового впливу за допомогою передбачених законом способів і засобів на поведінку суб’єктів права, що визначаються її цілями для досягнення позитивних для суспільства юридичних і загальносоціальних наслідків.

Вони характеризуються такими ознаками

1) Є соціально обумовленими, тобто залежать від розвитку і зрілості суспільства.

2) Відображають рівень розвитку суспільних відносин, інституцій громадянського суспільства, взаємовідносини суспільства і держави тощо.

3) Мають цільовий характер та відповідну спрямованість, що відображаються в закріпленні і забезпеченні наявного правопорядку; превенції правопорушень, формуванні поважного ставлення до закону тощо.

Структурними елементами змісту функцій юридичної відповідальності є: а) об'єкти її впливу, тобто поведінка суб’єкта суспільних відносин; б) суб'єкти функцій юридичної відповідальності (суб’єкти правових відносин); в) форми, способи та засоби реалізації функцій юридичної відповідальності.

В науці найбільш поширеною є класифікація функцій юридичної відповідальності за цільовим критерієм. Відтак, її поділяють на превентивну, виховну, відновлювальну, каральну. Окремі науковці виокремлюють також регулятивну функцію юридичної відповідальності, оскільки цілі юридичної відповідальності є похідними як від охоронної, так і регулятивної функції права. Оскільки, охорона суспільних відносин спрямована на встановлення стабільного правопорядку, що по суті також є підвидом регулювання. Проте, при цьому, слід зауважити, що регулювання за допомогою охоронних норм під час реалізації юридичної відповідальності є підвидом охоронної функції права і не може бути в повному сенсі власне функцією юридичної відповідальності.

**1. Превентивна**, тобто **попереджувальна функція** юридичної відповідальності полягає в запобіганні правопорушенням і витісненні протиправної поведінки, а також в обмеженні фактичної та юридичної можливості вчинити нове правопорушення як самим правопорушником так і іншими суб’єктами права. За своєю природою ця функція є втіленням превентивного державного примусу, що спрямований на переборення мотивів протиправної поведінки людини. У здійсненні цієї функції можна виділити два напрями: приватно-превентивний (попередження правопорушень особою, яка вчинили даний делікт понесла відповідальність) і загально-превентивний (попередження правопорушень іншими особами із деформованими морально психологічними якостями, які раніше вчиняли правопорушення або схильні до їх вчинення). Превентивна функція юридичної відповідальності проявляється в наступних напрямах: виключення суб'єкта з певних суспільних відносин (наприклад, при обмеженні свободі пересування, затриманні особи); правова інформація про санкції правової норми і невідворотності покарання; загроза стягнення.

**2. Каральна функція** юридичної відповідальності полягає в покаранні правопорушника, позбавлення його певного соціального блага чи погіршення соціального чи майнового становища за вчинене правопорушення. Суть каральної функції полягає в засудженні діяння правопорушника і покладання на нього згідно до норм права певних право обмежень: осуд правопорушника; звуження його майнових прав, юридично обґрунтоване позбавлення суб'єктивних прав; ліквідація юридичної особи тощо. Кара або осуд робить каральну функцію юридичної відповідальності універсальною, адже такий аспект має місце в усіх її видах. При цьому, застосування до правопорушника кари містить у собі конструктивний аспект щодо правопорушника для його перевиховання і для суспільства, забезпечуючи засади соціальної справедливості.

3. **Відновлювальна функція** юридичної відповідальності полягає у приведенні в попередній, заснований на законі, стан як суспільних відносин, так і правового статусу суб'єктів права. По суті, усі види юридичної відповідальності в певній мірі виконують дану функцію. Відновлювальна функція юридичної відповідальності проявляється в двох аспектах: а) юридичний – відновлення правопорядку, нормального розвитку правовідносин, поновлення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків; б) соціальний – відновлення попереднього нормального стану суспільних відносин, ціннісних орієнтирів суспільства, законослухняності тощо. Цю функцію можна розділити на підфункції: відновлювально-статичної і відновлювально-динамічної; загальносоціального відновлення; компенсаційної; відшкодувальної; правовідновлювальної.

**5. Принципи юридичної відповідальності.**

**Принципи юридичної відповідальності –** основні засади, загальні вимоги, що визначають зміст, характер, підстави та процедуру її застосування.

Верховенство права… необхідною умовою встановлення та задіяння верховенства права…. + до кожного принципу навести приклади ЄСПЛ.

Принципи юридичної відповідальності можна класифікувати за наступними критеріями: а) основоположні — принципи справедливості, гуманізму та рівності; б) загальні – принципи правової визначеності та законності; в) міжгалузеві – принципи обґрунтованості, індивідуалізації, доцільності, своєчасності, невідворотності юридичної відповідальності, відповідальності за вину, дотримання права на захист особи та кваліфіковану юридичну допомогу, заборони притягнення до відповідальності одного виду за одне і те ж правопорушення двічі. Розглянемо основні з них.

1. **Принцип законності** втілюється у суворому та неухильному дотриманні вимог закону усіма суб’єктами права, в першу чергу уповноваженими суб’єктами, при застосуванні юридичної відповідальності. Він передбачає, що юридична відповідальність настає тільки за наявності передбачених законом підстав притягнення до неї, за рішенням уповноважених суб’єктів, що прийняте у встановленому законом порядку, а міра юридичної відповідальності повинна мати чіткі, встановлені законодавством, межі. При цьому, ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавались законом правопорушеннями, за винятком, передбаченим ч. 2 ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідно до якого принцип «ніякого покарання без закону» не є перешкодою для судового розгляду, а також для покарання будь-якої особи за будь-яку дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення становила кримінальне правопорушення відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями.

2. **Принцип обґрунтованості** вимагає об’єктивності у випадку застосування юридичної відповідальності, а саме встановлення факту вчинення правопорушення через всебічне і об’єктивне дослідження обставин та доказів, які мають відношення до справи, доводять, пом’якшують або спростовують вину особи, аргументують призначеного саме такого виду відповідальності. Цей принцип вимагає обґрунтування та письмового закріплення всіх дій і рішень уповноважених суб’єктів в ході реалізації юридичної відповідальності.

3. **Принцип невідворотності**полягає в обов’язковому реагуванні уповноважених суб’єктів на факт вчинення правопорушення шляхом застосування відповідного варіанта юридичної відповідальності, що тягне за собою неминучість її настання. Головне призначення цього принципу − підтримання впевненості осіб у збереженні правопорядку, авторитету права та справедливості. Тому що відсутність відповідальності за наявності правопорушення шкодить авторитету права і сприяє появі почуття впевненості в безкарності при порушенні закону.

4. **Принцип відповідальності за вину**забезпечує врахуванняступеня усвідомлення особою неприпустимості правопорушення та його наслідків і слугує покаранню і перевихованню саме винної особи. Цей принцип також передбачає, що особа, яка притягується до відповідальності, вважається невинуватою, доки її вина не буде доведена у встановленому порядку та встановлена рішенням суду, що набрало законної сили. При цьому, особа може бути притягнута до юридичної відповідальності лише за власну винну діяльність, за виключенням випадків, коли шкода настала під час використання об’єктів підвищеної небезпеки.

**5. Принцип заборони притягнення до юридичної відповідальності одного виду за одне і те ж правопорушення двічі**полягає у недопустимості поєднання двох і більше видів відповідальності за одне правопорушення, а також неможливості двічі чи більше разів нести юридичну відповідальність за одне й те саме правопорушення. Названий принцип не застосовується у випадках, коли одне й те ж правопорушення виступає підставою для притягнення до різних видів юридичної відповідальності.

**6. Юридична відповідальність і державно-правовий примус**

Юридичну відповідальність, як правило, визначають через різні форми державно-правового примусу. При цьому, зрозуміло, що примус існує у всякому людському суспільстві, а у випадку юридичної відповідальності – державно-правовий примус. Особливістю його є те, що воно здійснюється від імені держави відповідними компетентними суб’єктами у визначених законом формах і на законних підставах.

Необхідно зазначити, що в умовах демократичної державності, де людина визнається найвищою соціальною цінністю, сфера використання державно-правового примусу звужується. У таких державах громадяни самі зацікавлені у свідомому і добровільному дотримані законів,а відтак вчиняється менше правопорушень і звужується сф6ера державно-правового примусу і юридичної відповідальності.

Хоча вказані поняття й схожі за своєю суттю, проте не співпадають. Так, найперше слід зазначити, що момент притягнення до юридичної відповідальності і застосування до правопорушника заходів державно-правового примусу не завжди збігаються у часі. Виявлення факту правопорушення, встановлення вини правопорушника і притягнення до відповідальності, як правило, передує державно-правовому примусу.

Досить часто державно-правовий примус застосовується без накладання юридичної відповідальності. Наприклад, затримання особи за підозрою у вчиненні злочину, вибір запобіжного заходу і т.і.

Слід зауважити, що юридична відповідальність не єдиний захід державно-правового примусу і вони мають різну мету і призначення в процесі правового регулювання.

До таких заходів державно-правового примусу відносяться:

1. Заходи захисту суб’єктивних прав, які проявляються в тому, що у певних вказаних в законодавстві випадках застосовуються примусові заходи з метою поновлення порушеного права і захисту суб’єктивних прав без притягнення правопорушника до юридичної відповідальності. Такі заходи закріплюються не в санкціях правових норм, а в їх диспозиціях. Наприклад, виплата аліментів одним з батьків, примусове вилучення майна з чужого незаконного володіння і т.і.

2. Заходи запобіжного впливу, які мають на меті попередження правопорушень. Вони носять правовий характер, здійснюються на підставі і в порядку, які передбачені в законодавстві, але не мають на меті покарання винної особи. До таких заходів відносяться обшук, затримання, огляд тощо.

3. Заходи виховного впливу, які не є юридичною відповідальністю, але мають примусовий характер і спрямовані на перевиховання особистості, яка вчинила правопорушення. Наприклад, заходи виховного впливу щодо неповнолітніх осіб, що вчинили суспільно-небезпечні діяння, але не досягли віку кримінальної відповідальності.

4. Заходи медичного характеру застосовуються виключно на підставі рішення суду до осіб, які вчинили суспільно-небезпечні діяння в стані неосудності, страждають на психічну хворобу, що становить небезпеку як для самого хворого, так і інших осіб. При цьому відповідальність не настає, але здійснюється державно-правовий примус.

**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»[[2]](#footnote-2).

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.

**ЮРИДИЧНА АРГУМЕНТАЦІЯ**

1. Юридична аргументація як вид юридичної діяльності

2. Ознаки та структура юридичної аргументації…………………..

3. Моделі юридичної аргументації………………………….

4. Роль юридичної аргументації у правовому регулюванні……...

1. **Юридична аргументація як вид юридичної діяльності**

***Юридична аргументація*** *–**це інтелектуальна юридична діяльність, що спрямована на обґрунтування чи спростування правових положень за допомогою переконливих юридичних аргументів, доказів щодо правильності розв’язання спірного питання саме запропонованим шляхом.*

Головною метою теорії юридичної аргументації є дослідження шляхів адекватного аналізу аргументів та їх релевантності при вирішенні спірного питання відповідно до загальних правових стандартів прийнятності цих аргументів.

Юридична аргументація досліджується в теорії права, законодавчому процесі, практиці правозастосування (у конституційному, адміністративному, цивільному, кримінальному, господарському процесі). У європейських та американських університетах юридична аргументація є частиною таких курсів, як: теорія юридичної риторики, юридичної інформатики, теорії штучного інтелекту в праві, неформальної логіки. Викладання цієї теми студентам часто починається з пояснення того, що опанування навичок юридичної аргументації є запорукою того, щоб «мислити як юрист». Це вказує на особливість феномену аргументації саме у сфері юриспруденції: адже представники інших професій також мають спеціальні знання, але при цьому не виникають такі висловлювання як «мислити як лікар» або «мислити як інженер». Таке важливе значення аргументації саме для юридичної професії пояснюють тим, що аргументованість правової позиції, з огляду на відсутність можливості перевірити її емпірично (в реальному житті, як це відбувається з діагнозом лікаря або з інженерною конструкцією). Відповідно, забепечити надійність правової позиції, її переконливість для інших учасників врегульованих правом суспільних відносин можна тільки завдяки її належної аргументованості.

Проблема юридичної аргументації має глибоке історичне коріння, яке сягає часів Давньої Греції та Риму, зокрема щодо риторики, силогістики, діалектики, що були започатковані Сократом, Платоном, Арістотелем та розвинута Цицероном і Квінтіліаном. У наступні історичні епохи на формування теорії аргументації визначальний вплив справляли позитивістські та неопозитивістські напрями і течії – аналітична філософія, логічний позитивізм, лінгвістична філософія, логічна семантика тощо, які ґрунтувалися переважно або й винятково на традиційній логічній структурі мислення, в основі якого лежали силогістичні методи. Філософія та логіка Нового часу були орієнтовані на методи наукового пізнання та обґрунтування його результатів.

У 19 ст. і до 40-х рр. 20 ст. посилювалась логіка та зменшувалась значушість риторики. Основним підходом в юридичній аргументації вважався лише логічний, відповідно до якого метою юридичної аргументації є конкретне обґрунтування тези. Сама конкретність аргументації розуміється як відповідність певному ідеалу. Оскільки з процесу моделювання аргументації виключається суб’єкт, то фактично переконливість аргументації дорівнює її коректності. Головним завданням логічного підходу в ході аналізу юридичної документації є з’ясування логічної обґрунтованості міркувань і відбір, визначення та вивчення форм правильних міркувань. У той самий період набуває сили школа «вільного права» та американського реалізму як рух проти надмірного впливу на юриспруденцію формальної логіки та силогістики.

У 2-й пол. 20 ст. закладаються основи концепції юридичної аргументації як самостійного напряму загальнотеоретичного правознавства і навчальної дисципліни. Формується риторичний підхід у юридичній аргументації, в основу якого покладено систему базових цінностей. Юридичну аргументацію розглядають як спробу переконати конкретну аудиторію у прийнятності певної правової точки зору. Раціональність аргументації залежить від прийнятності її для тієї аудиторії, на яку вона розрахована. У цей період утворюються дві основні моделі юридичної аргументації: риторична модель (Х. Перельман) та модель практичного аргументу (С. Тульмін).

Згодом виникає прагма-діалектичний підхід, який комбінує прагматичний та діалектичний погляди на аргументацію. Прагматичний – розцінює аргументацію як цілеспрямовану форму мовлення та аналізує кроки обговорення у критичній дискусії як мовленнєві акти, які мають певну функцію у вирішенні спору. Діалектичний – передбачає, що аргументація є частиною критичного обміну кроками обговорення, що спрямовані на підпорядкування розглядуваної думки критичному тексту. Загалом прагма-діалектичний підхід вимагає обґрунтованих висновків, чітких правил, раціональної дискусії.

Таким чином, не існує єдиної загальноприйнятої теорії аргументації як строгої наукової теорії. Нині є три основних підходи до побудови теорії юридичної аргументації: логічний, риторичний і діалектичний.

У сучасному вітчизняному правознавстві юридичну аргументацію досліджують переважно в межах юридичної логіки. Для більшості вітчизняних правознавців і юристів-практиків панівними або й винятковими залишаються дедуктивні міркування та формально-логічні норми обґрунтування. Утім останніми роками з’явилися дослідження правової аргументації в рамках загальної теорії права.

Поняття юридичної аргументації значно більш розвинене на Заході, де воно здебільшого обмежене дослідженням аргументації у правозастосуванні. У «західній» науці питання юридичної аргументації належить до міждисциплінарного предмета дослідження для загальної теорії права, філософії права, юридичної логіки, теорії аргументації, риторики, мовознавства, теорії літератури, філософії, соціології, психології і теорії комунікацій та «штучного розуму».

**2. Ознаки та структура юридичної аргументації**

Характерними ознаками юридичної аргументації є такі:

– здійснюється в межах певного виду юридичної діяльності;

– спрямована на обґрунтування чи спростування відповідних правових положень;

– складається з відповідних правил формування правових суджень;

– є процесом відшукання та доведення до адресата юридичних аргументів;

– має на меті отримання бажаних юридичних наслідків;

– природно-мовний дискурс, що фокусується на тлумаченні значень загальнотермінологічних понять у світлі конкретних фактів;

– є результатом правового активізму, адже вимагає ініціативності та креативності від учасників правовідносин;

– є процесом зіткнення інтересів (позивач і відповідач, рішення суду і окрема думка судді, заяви та заперечення тощо);

– має на меті дотримання правових цінностей, а не зводиться лише до механічного, формально-логічного правозастосування.

До структури юридичної аргументації входять:

– суб’єкти (аргументатори, реципієнти – адресати);

– юридичні аргументи;

– зміст (правові положення);

– демонстрація (процес послідовних дій аргументування від аргументів до тези);

– мета (бажані юридичні наслідки);

– результат (реальні юридичні наслідки).

Структура аргументації може також мати назву презентаційна (суб'єкт аргументації, специфіка аудиторії, спосіб подачі (письмова, усна чи онлайн-презентація)), логічна (презентація міркувань та моделей, що обґрунтовують міркування) та прагматична (цілі аргументації та методи їх досягнення).

У теоретичній площині юридична аргументація вивчає засоби, прийоми, способи і методи, принципи та завдання, понятійний апарат, види і процес аргументування як логічної процедури, що забезпечують отримання істинного, об’єктивного, єдино правильного результату. У практичній площині юридична аргументація виступає як одна з основних логічних складових юридичної техніки, що має на меті здійснення правозастосування за певними логіко-юридичними нормами. Вона відіграє важливу роль у забезпеченні однозначного та правильного здійснення юрисдикційної діяльності суб’єктів певних суспільних відносин, розв’язання спірних правових питань.

Об’єктом юридичної аргументації в практичному сенсі є правдивість чи неправдивість юридично значущих суджень, справедливість чи несправедливість судових рішень, їх відповідність чинному законодавству, що вимірюється за логічними нормативами істинності.

Мета юридичної аргументації полягає в тому, аби аргументатор переконав реципієнтів у правильності, підставності, обґрунтованості, справедливості тих поглядів, пояснень, висновків стосовно певних юридично значущих фактів, ситуацій, обстоюваних ним.

Повне досягнення мети юридичної аргументації дає підставу вважати її належно якісною, ефективною. Якщо правова аргументація має таку якість, то її об’єкт (юридичний акт тощо) набуває таких властивостей, як: мотивованість (доказовість), переконливість. Їх наявність якраз і забезпечує, доводить ефективність юридичної аргументації.

Значний внесок до сучасного розуміння концепції юридичної аргументації та її ролі у правовому регулювання зробили такі вчені як Н. МакКормік, Р. Алексі[[3]](#footnote-3) та ін.

Сьогодні визнаним є виокремленення трьох основних видів аргументів – лінгвістичного, системного і телеологічного[[4]](#footnote-4).

Лінгвістичні аргументи полягають у тлумаченні тексту з виділенням двох підвидів – аргумент від буденного значення і аргумент від технічного значення. Специфіка названих аргументів полягає в підходах до аналізу значення слів. Як приклад можна навести справу, розглянуту в апеляційному суді штату Каліфорнія, Klein v. Chevron USA[[5]](#footnote-5). Предмет спору полягав у тому, що компанія Шеврон продавала бензин на автозаправних станціях при температурі палива 70 градусів за Фаренгейтом, в той час як технічний стандарт «Американський бензиновий галон» передбачає температуру в 60 градусів за Фаренгейтом. Таким чином, на думку позивача, Шеврон порушив договір, оскільки споживач при покупці виходить із того, що купує бензин в обсязі, який відповідає технічному стандарту. Посилання на технічний стандарт в даному випадку є аргументом від технічного значення слова. Відповідач аргументував свою позицію, зокрема, шляхом посилання на поширений в США тлумачний словник, в якому слово галон визначається як 231 кубічний дюйм, і вказівка на температуру відсутня, а, отже, споживач не бере до уваги при покупці температуру бензину. Цей аргумент є аргументом від повсякденного значення слова.

Наступний вид аргументу – системний аргумент, який має низку підвидів: контекстно-гармонізуючі аргументи, аргументи від прецеденту, аргументи за аналогією, історичні аргументи.

Контекстно-гармонізуючі аргументи виходять з оцінки мети статуту або декількох статутів (нормативно-правових актів) один щодо одного у межах певної галузі або права в цілому. Як приклад можна навести справу Diaz v. Manufacturers Hanover Trust Co. У справі суд визначав значення норми Торгового кодексу штату Нью-Йорк, порівнюючи тексти вказаного кодексу і первісний текст Торгового кодексу США.

Аргумент від прецеденту ґрунтується на ключовій доктрині загального права «стояти на вирішеному» (stare decisis) і принципі послідовності (передбачуваності) судової практики в країнах континентального права.

Аргумент за аналогією полягає в посиланні на більш ранню інтерпретацію розглянутого закону.

Історичний аргумент може включати як порівняння більш ранніх версій нормативного припису, так і оцінку еволюції тлумачення припису в історичній перспективі. Як приклад можна навести одну з найважливіших справ в історії США, розглянуту Верховним судом США, а саме McCulloch v. Maryland. Суддя Маршалл розглядав правомірність створення Банку Сполучених Штатів Америки, аналізуючи повноваження Конгресу, закріплені в статті 3 Конституції США. Встановлюючи, чи порушує права штатів створення Банку США, суд порівняв Конституцію США зі Статтями Конфедерації, що були документом, на зміну якому прийшла Конституція США.

Наступний вид аргументів – телеологічні аргументи, які грунтуються на встановленні первісної мети нормативного припису.

Згідно пункту 41 висновку №11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень обов'язок суддів наводити підстави для своїх рішень не означає необхідності відповідати на кожен аргумент захисту на підтримку кожної підстави захисту. Обсяг цього обов'язку може змінюватися залежно від характеру рішення. Згідно з практикою Європейського суду з прав людини очікуваний обсяг обґрунтування залежить від різних доводів, що їх може наводити кожна зі сторін, а також від різних правових положень, звичаїв та доктринальних принципів, а крім того, ще й від різних практик підготовки та представлення рішень у різних країнах. З тим, щоб дотриматися принципу справедливого суду, обґрунтування рішення повинно засвідчити, що суддя справді дослідив усі основні питання, винесені на його розгляд[[6]](#footnote-6).

1. **Моделі юридичної аргументації**

Виокремлюють моделі (типи) юридичної аргументації, які досить умовно можна назвати дедуктивною, індуктивною, герменевтичною та цілісною (когерентною). Для забезпечення точності, необхідної об’єктивності, реалістичності та динамізму юридичної аргументації у ній мають поєднуватися здобутки всіх її моделей.

Дедуктивна модель ґрунтується на правилах силогізму. Вона характерна переважно для концепції юридичного позитивізму. Відповідно до цієї моделі право трактується як внутрішньо узгоджена, замкнута система, тобто у створюваних законодавцем нормах передбачено все, а тому дедуктивним способом за допомогою суто логічних операцій із них можна вивести відповідь на будь-яке питання. Роль суду за названого підходу зводиться фактично до пасивного його застосування – виведення рішення з норм позитивного права. Дедуктивна модель не враховує колізій між нормами, можливості формулювання правозастосовних рішень усупереч дослівному тексту норм (contra legem), зокрема у випадках їхньої застарілості, невідповідності правовим цінностям тощо.

Індуктивна модель юридичної аргументації ґрунтується на протилежних до дедуктивної моделі засобах і прийомах юридичного дискурсу. Її формування й остаточне утвердження тісно пов’язані зі становленням і розвитком соціологічної юриспруденції та її варіантів. Ця модель звільнила юриспруденцію від надмірного впливу на неї формальної логіки і силогістики.

Герменевтична модель юридичної аргументації своїм становленням і розвитком зобов’язана герменевтиці. Ключовим поняттям цієї моделі є поняття т. зв. герменевтичного кола, під яким розуміється можливість осягнення цілого через осягнення частин і навпаки. Використання поняття герменевтичного кола в юридичній науці, на відміну від ін. наук, має свою специфіку. Серед недоліків герменевтичної моделі є те, що вона не дає відповідей на низку питань, які виникають у ході тлумачення юридичних текстів, і тим більше не пропонує чітких механізмів їх вирішення.

В основі моделі цілісного підходу до проблеми юридичної аргументації лежить ідея системної єдності або когерентності. Остання становить суттєвий елемент раціональності та є незамінною для теорії раціонального юридичного дискурсу. Самостійною моделлю вона стає лише тоді, коли єдність (когерентність) стає домінантною ідеєю. Цілісна модель юридичної аргументації також не є бездоганною. Адже будь-яка система сама по собі не може претендувати на завершеність і когерентність. Це можуть зробити лише люди і певні процедури, якою є юридична аргументація.

1. **Роль юридичної аргументації у правовому регулюванні**

Право має широку сферу дії, яка охоплює більшість людських відносин й іноді досягає найдрібниших деталей. Тому важливо, щоб вимоги права не були свавільними й необгрунтованими. Для забезпечення поваги до права, воно має забезпечувати справедливе й розумне регулювання відносин. Юридична аргументація має сприяти досягненню цієї загальної мети, про який би вид юридичної діяльності не йшлося – при консультуванні клієнта з юридичних питань, поясненні нотаріусом прав і обов’язків сторін при нотаріальному посвідченні договору, виступі адвоката в суді, обгрунтуванні суддею судового рішення тощо. Адже «правосуддя не лише повинно вершитися, а й має бути ясно та безсумнівно видно, як воно вершиться», – зазначив в одному з рішень англійський суддя Лорд Х’юарт[[7]](#footnote-7). Згодом цей принцип взяв на озброєння Європейський суд з прав людини[[8]](#footnote-8). Серед іншого це означає, що навіть правильне під кутом зору права вирішення справи не досягне мети, якщо рішення недостатньо аргументоване, є неочевидним і залишає багато питань[[9]](#footnote-9).

Навіть якщо уявити собі ідеальне суспільство, члени якого поділяють спільні фундаментальні цінності й готові діяти відповідно до них, врегулювання спорів щодо конкретних ситуацій буде дуже затребуваним завданням. Адже навіть якщо усі члени суспільства готові діяти згідно зі встановленими правилами, вони можуть помилятися щодо їх дійсного значення (тоді виникає потреба переконати їх за допомогою засобів юридичної аргументації у правильності дійсного змісту встановленого правила), інші можуть вважати, що саме правило є помилковим. Крім того, встановлені правила можуть містити прогалини у правовому регулюванні, і тоді юридична аргументація покликана знайти доводи на користь варіанту врегулювання ситуації, який не було прописано наперед, а отже, нелегітимізовано органом, наділеним правотворчими повноваженнями.

Навчання юриспруденції не є вивченням набору юридичних правил: по-перше, неможливо вивчити всі чинні норматині акти, по-друге, значна їх частина зазнає змін ще до завершення навчання. Однак що дійсно має відрізняти юриста – набір навичок і вмінь аргументування й прийняття юридично значущих рішень, що разом називається юридичною аргументацією. Тому однією з найбільш важливих місій вищої юридичної освіти є навчити студентів мистецтву юридичної аргументації.

За цільовим призначенням юридична аргументація може використовуватись як у теорії, так і на практиці. У теоретико-прикладних дослідженнях аргументи юридичного значення можуть зустрічатись як у правознавстві, так і в інших суспільствознавчих науках – соціальній філософії, соціології, політології, соціальній психології та ін.

На практиці юридична аргументація може набувати різних значень. Так, вона має суто юридичне значення у правозастосуванні та загальнолюдське соціально-правове значення поза практикою правозастосування, не виключаючи побутових спорів.

**ПРАВА ЛЮДИНИ**

1. Розуміння прав людини

2. Генеза та розвиток прав людини

3. Каталог прав людини

4. Гарантії прав людини

5. Зобов’язання держави у сфері прав людини

6. Захист прав людини в умовах збройного конфлікту

**1 Розуміння прав людини**

Ідея прав людини, пройшовши крізь сторіччя людських страждань, зазіхань та масового насильства, складає основу сучасного світового правопорядку та, разом з цим, залишається основним викликом сьогодення. Загальна декларація прав людини виходить з того, що визнання гідності, яка властива всім членам людської сім’ї, і рівних та невід’ємних прав людини є основою свободи, справедливості та загального миру. Права людини разом з демократією та верховенством права складають ключові цінності європейського правового простору.

Сьогодні жодна з держав світу, навіть тих, що тяжіють до авторитарних чи диктаторських режимів, не можуть дозволити собі повністю ігнорувати права людини, відмовитись від принципів прав людини та заперечувати їх існування[[10]](#footnote-10).

Права людини допомагають захисту людей від тяжких політичних, юридичних чи соціальних посягань[[11]](#footnote-11). Утвердження прав людини виступає основним завданням сучасних держав, які проголосили людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю та взяли на себе юридичні зобов’язання запровадити ефективні засоби її убезпечення від свавілля публічної влади та, відомою мірою, посягань з боку інших осіб.

Західна юриспруденція розглядає права людини як основоположні права, що обумовлені самим фактом людського буття і визнаються як такі міжнародним правом та (або) національними конституціями й законами. Для розуміння прав людини важливе значення має розрізнення двох типів прав: природніх та юридичних прав (англ. *natural and legal rights*). Природні права, що уходять корінням в концепцію природного права Дж. Локка, не залежать від законів та традицій будь-якої конкретної держави чи культури, вони є універсальними, невід’ємними та спрямовані максимально широкому колу адресатів. Це права кожної людини стосовно кожної держави та, відомою мірою, кожних осіб. Природні права мають моральну природу *(«моральні права»)*, відповідно, вони не можуть бути скасовані чи обмежені людськими законами.

У свою чергу, юридичні права (англ. *legal rights*) це права, якими наділяється особа в межах певного правопорядку, відповідно, вони можуть бути змінені, скасовані або обмежені позитивним правом. Ідея прав людини тісно пов’язана з природними правами. Саме *концепція прав людини* спромоглась «конвертувати» в ефективні міжнародні або національні інструменти ідею природних прав, забезпечивши їх юридичними засобами захисту та поступово розвиваючи й розширюючи зміст основоположних прав у відповідь на тенденції науко-технічного та соціально- політичного розвитку.

У вітчизняній юридичній науці утвердилось розуміння ***прав людини*** як основних можливостей, необхідних для існування і розвитку особи, які визнаються універсальними, невід’ємними, неподільними та рівними для кожного й маютьгарантуватись державою в обсязі міжнародних стандартів[[12]](#footnote-12).

Сутність прав людини виявляється в їх *основних властивостях*, які дозволяють сформувати цілісне уявлення про права людини як моральний стандарт сучасного суспільства (*універсальні моральні права*; англ. *universal moral rights*) та практично значущу категорію, забезпечену юридичним, передусім судовим захистом (юридичні права людини; англ. *legal human rights*).

1) Права людини *– це її основні можливості та вимоги, необхідні для нормального існування і розвитку.* Вони є ключовими елементами правової сутності людини, окреслюють сферу автономії індивіда у взаємовідносинах з іншими особами, суспільством та державою, визначають обґрунтований обсяг його індивідуальної свободи. Саме тому права людини виступають загальновизнаними ціннісними орієнтирами.

Права людини охоплюють найбільш значущі *фундаментальні* можливості та потреби, які необхідні для гідного існування і розвитку людини (наприклад, право на життя, свободу та особисту недоторканість, право не зазнавати катувань чи примусової праці, право на їжу та воду , право на освіту). Йдеться саме про базові права (англ. *basic rights*), дотримання та забезпечення яких є передумовою реалізації інших суб’єктивних прав. Тому права людини розглядаються як «мінімальні» права *(англ*. minimal rights), в тому сенсі, що вони не мають бути численними та надто вимогливими.

2) Права людини визнаються *природними, невід’ємними та невідчужуваними.* Природний характер прав людини означає, що вони пов’язані з самим фактом існування людини і не даровані державою. Позадержавний характер походження прав людини обумовлює їх *невід’ємність* від будь-якої людської істоти, оскільки за їх відсутності індивід перестає бути людиною в соціальному сенсі. Це виключає можливість відмови людини від своїх прав, тобто їх *невідчужуваність*.

Невід’ємність прав людини також означає, що ніхто, в тому числі держава, не може їх відібрати, позбавити особу цих прав. У Віденській декларації та Програмі дій, схваленій на Всесвітній конференції прав людини 25 червня 1993 р., стверджується, що «права людини і основні свободи є правами, даними від народження кожній людині; їх захист і заохочення є найпершим обов’язком держав» (п. 1 Віденської декларації). Однак невід’ємність прав людини не слід розглядати в абсолютному сенсі, адже, за певних обставин об’єктивного чи суб’єктивного характеру, вони можуть *бути обмежені у визначених законом випадках та порядку* (зокрема, відбування покарання у вигляді позбавлення волі за вчинення тяжкого злочину тягне за собою обмеження права на свободу пересування).

3) Права людини є *універсальними,* що охоплює ідею їх незалежного існування (англ. independent existence).Основоположні права належать кожній особі (*носію права, англ.* *rights-holder*) незалежно від місця її перебування, культурних особливостей, історичних та правових традицій та позитивного права окремих країн. Універсальний характер прав людини забезпечується *міжнародним правом прав людини (англ. international human rights law)*, яке закріплює єдині стандарти цих прав, що поділяються всіма цивілізованими націями та спрямоване на заохочення та захист прав людини на міжнародному, регіональному та внутрішньодержавному рівнях.

Вимога щодо повсюдного беззаперечного визнання основоположних прав і свобод зумовлена *пріоритетністю* прав людини *(англ.* high-priority of human rights), що означає їх здатність протистояти міркуванням глобальної та національної безпеки, стабільності та добробуту, національному та індивідуальному самовизначенню, культурній різноманітності та суверенній владі окремих держав у випадку їх намагань заперечувати окремі права людини заради досягнення інших, навіть суспільно корисних, цілей. Пріоритетність означає також перевагу (примат) прав людини перед нормами національного законодавства.

Універсальний характер прав людини та їх пріоритетність лишаються предметом інтенсивних дискусій в контексті релятивізму та універсалізму, антропології права та інтерпретацій прав людини у різних правових системах. Однак на Всесвітній конференції з прав людини у 1993 р. було узгоджено, що універсальний характер прав людини «не підлягає сумніву». Віденська декларація та Програма дій стверджують, що «всі права людини є універсальними, неподільними, взаємозалежними і взаємопов’язаними», додаючи при цьому, що «значення національної та регіональної специфіки і різних історичних, культурних і релігійних особливостей необхідно брати до уваги». Універсальність основоположних прав і свобод підтверджує також віднесення *базових прав людини* (зокрема,заборона геноциду, тортур, рабства чи расової дискримінації) до так званого *jus cogens* - імперативного міжнародного звичаєвого права, визнаного усією спільнотою держав, яке накладає на них зобов’язання *erga omnes*.

4) Права людини *мають бути загальними та рівними для кожного.* Вони належать будь-якій особі незалежно від його (її) статі, віку, національності, релігії, стану здоров’я, політичних чи інших переконань та інших факторів, які розглядаються як заборонені підстави *дискримінації*. Йдеться не лише про *формальну (юридичну) рівність* (рівність перед законом і судом), а й про *фактичну рівність,* яка передбачає рівність можливостей, а також рівність у доступі до можливостей та, з точки зору ефективності державної політики, рівність досягнутого результату.

5) Права людини *гарантуються державою в обсязі міжнародних стандартів.* З позиції класичної ліберальної доктрини та сучасного права прав людини їх адресатом *(носієм зобов’язань, англ. duty-bearer*) виступає передовсім держава та її представники (*англ.* *state agents*). Права людини були концептуально розроблені та нормативно врегульовані у відповідь на історичний досвід порушення людської свободи з боку держави та її органів. Разом з тим, права людини звернені і до інших осіб - недержавних акторів *(англ.* *non-state actors)*, що обумовлює обов’язок держави захисти права людини від порушень з боку цих суб’єктів. Відповідно, зобов’язання держави в галузі прав людини носять *негативний характер,* тобто вимагають від державних інституцій утримуватись від порушення прав людини, неправомірного втручання у їх реалізацію, а також *позитивний характер,* який полягає в обов’язку держави всіма належними та доступними засобами сприяти реалізації прав людини, забезпечити їх ефективний захист, а також дотримання прав людини іншими особи.

Гарантування державою прав людини напряму пов’язано з їх закріпленням у національному законодавстві та міжнародному праві. Інституціоналізація «надпозитивних» (*англ.* *suprapositive*) за своєю природою прав людини на національному рівні передбачає їх визнання у конституціях, конституційних (органічних) законах чи прецедентному праві (залежно від особливостей національних правових систем), що засвічує консенсус політичних еліт як умову легітимності останніх.

Каталог прав людини, який гарантується державою, має відповідати *міжнародним стандартам прав людини,* які передовсім становлять собою перелік відповідних зобов’язань держави, що визначаються міжнародними договорами з прав людини, міжнародними звичаями, рішеннями та висновками міжнародних судових установ або моніторингових органів з питань прав людини, іншими джерелами міжнародного права, у тому числі, загальними принципами права. Міжнародні стандарти прав людини включають універсальні стандарти, розроблені в межах ООН, а також регіональні стандарти, сформовані в межах регіональних міжнародних організацій. Для України першочергове значення мають європейські стандарти прав людини, вироблені в межах Ради Європи.

6) Нарешті, невід’ємною властивістю прав людини виступає їх забезпеченість судовим захистом або підлеглість судовій юрисдикції («*юстиціабельність»,* англ. *justiciability*). Ця властивість передбачає здатність прав людини у разі їх порушення бути предметом судового провадження на національному чи міжнародному рівнях або підлягати розгляду квазі-судовим органом (зокрема, моніторинговим органом ООН, Європейським комітетом соціальних прав). Це означає, що у випадку порушення певного права (невиконання зобов’язаною стороною кореспондуючих цьому праву обов’язків), носій права може подати позов до незалежного та неупередженого (безстороннього) судового органу, і у разі задоволення позову отримати належний засіб захисту (відновлення) порушеного права, що буде практично реалізовано виконанням судового рішення.

**2. Генеза та розвиток прав людини**

Сучасна концепція та термінологія прав людини, а також їх правова кодифікація беруть свій початок від європейської філософії Просвітництва, канонів греко-римської античності, а також юдаїзму та християнства. Разом з тим, морально-філософські та релігійні підходи, які могли б ретроспективно інтерпретуватися як еквіваленти ідеї прав людини, простежуються сьогодні в усіх культурах світу, у тому числі, в ісламі та буддизме.

Родовід прав людини розпочинається від ідеї природних прав, що виникла ще за часів Давньої Греції. Філософи *античності* сформували перші уявлення про права громадян на власність та участь у громадських справах. В Середньовічній Англії протистояння короля із баронами та лицарями завершилося прийняттям у 1215 р. *Великої хартії вільностей (Magna Carta)*, яка обмежувала владу монарха, закладала основи пропорційності вини і покарання, визнання вини лише «на основі правомірного судового рішення його перів, або на основі юридичної процедури, що існує в країні». З цього починає своє формування визначальна для англо-американського права формула “справедливої юридичної процедури” (англ. *due process of law*). Magna Carta також закріпила відому формулу «трьох «Ні!»: Ні – «продажу» правосуддя!; Ні – «відмові» в правосудді!; Ні – «затягуванню» правосуддя ! – без яких і тоді, і нині не можна уявити належного, тобто справедливого функціонування правосуддя як основної гарантії прав людини.

Ідея природних, невід’ємних прав людини в її класичному вигляді виникає в доктринах Г. Гроція, Дж. Локка та ін. Це вчення було розвинуто в боротьбі за утвердження державності в Північній Америці. Природно-правовий концепт формує нові параметри взаємодії особи і публічної влади, де держава, створена з метою забезпечення загального блага, зобов’язується всіма доступними засобами поважати та захищати права людини. Такий підхід інституціоналізується у національних законодавчих актах: Петиція про право (Англія, 1628 р.), Хабеас Корпус Акт (Англія, 1679 р.,), Білль про Права (Англія, 1689 р.), Декларація незалежності США (1776 р.) , Білль про права (США, 1789 – 1791 рр.), Французька Декларація прав людини і громадянина (1789 р.).

Так, Хабеас Корпус Акт закріпив процесуальні гарантії прав людини. Декларація незалежності США проголосила, що «*всі люди створені рівними і всі вони наділені своїм Творцем невід’ємними правами, до яких належать життя, свобода і прагнення до щастя, і що уряди встановлюються для того, аби забезпечити ці права, а влада виводиться зі згоди тих, ким вони управляють* ». В перших 10 поправках 1791 р. до Конституції США, які дістали назву Білля про права, права людини набувають конституційного авторитету.

Сам *термін «права людини»* з’являється у книзі «[Права людини](http://uk.wikipedia.org/w/index.php?title=%D0%9F%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0_%D0%BB%D1%8E%D0%B4%D0%B8%D0%BD%D0%B8_(%D0%BA%D0%BD%D0%B8%D0%B3%D0%B0)&action=edit&redlink=1)» Т. Пейна (1792 р.) та остаточно утверджується завдяки статті [В. Л. Гаррісона](http://uk.wikipedia.org/w/index.php?title=%D0%92%D1%96%D0%BB%D1%8C%D1%8F%D0%BC_%D0%9B%D0%BB%D0%BE%D0%B9%D0%B4_%D0%93%D0%B0%D1%80%D1%80%D1%96%D1%81%D0%BE%D0%BD&action=edit&redlink=1) в газеті «Ліберейтор» у 1831 р., в якій автор намагається залучити читача до «боротьби за велику справу прав людини». Розвиток ліберальних традицій дозволив представникам американського конституціоналізму стверджувати, що права людини складають «єдино легітимне джерело походження державної влади та визначають єдино легітимну структуру (організацію) державної влади, єдино легітимні повноваження державної влади та єдино легітимну мету її здійснення – забезпечення збереження невід’ємних природніх прав кожного члена суспільства і досягнення на цій основі загального блага».

Французька Декларація прав і свобод людини проголошувала, що «тільки невігластво і нехтування правами людини є єдиними причинами суспільних лих». У ній робився акцент на природному характері рівноправності і свободи людей. Нормативне закріплення прав людини в законодавчих актах, забезпечило важливу ознаку прав людини та гарантію їх реалізації – *захист законом*.

За два сторіччя після національних кодифікацій прав людини ця концепція була перенесена з внутрішньодержавного також і на міжнародний рівень. Епоха міжнародних прав людини розпочалась після заснування у 1945 р. Організації Об’єднаних Націй (ООН) та активно просунулась з процесом деколонізації в 50-60-их роках ХХ ст. Статут ООН став першим в історії багатостороннім міжнародним договором, який заклав основи сприяння та утвердження поваги до прав людини і основоположних свобод для всіх осіб незалежно від раси, статі, мови чи релігії (п. 3 ст. 1 Статуту). Дії держави щодо власного населення більше не розглядалися як внутрішня справа держави, а потрапляли до зони уваги міжнародного співтовариства. За влучним висловом правозахисників, «захисна броня, «панцир» суверенітету отримав відчутну пробоїну». У цьому кроці полягала справжня революція міжнародних відносин як реакція на масові порушення прав людини в ході диктатури націонал-соціалізму та жахливі нелюдські події Другої світової війни.

Засадничим документом міжнародної спільноти, що визначив «стандарти, досягнення яких мають прагнути всі народи та всі держави», стала *Загальна декларація прав людини,* проголошена резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. Не будучи міжнародно-правовим договором, на сьогодні Загальна декларація належить до основних джерел міжнародного права прав людини, адже її норми набули характеру звичаєвих, та широко використовується багатьма країнами при розробці правозахисних положень національних конституцій та інших актів національного законодавства. Цьому також сприяла та обставина, що в підготовці тексту Загальної Декларації під головуванням Президента Комісії з прав людини ООН Елеонори Рузвельт брали участь представники різних, у тому числі незахідних, культур.

Загальна декларація прав людини становить основу *Міжнародного Біля (Хартії) ООН про права людини* , до якого також входять Міжнародний пакт ООН про громадянські та політичні права (1966 р). та два Факультативні протоколи до нього, а також Міжнародний пакт ООН про економічні, соціальні і культурні права (1966 р.). Ці два пакти належать до основних договорів ООН в галузі прав людини, які забезпечені міжнародним механізмом контролю за виконанням державами взятих на себе зобов’язань. Згодом під егідою ООН було розроблено і прийнято понад 60 декларацій і конвенцій з питань прав людини.

Основу європейського права прав людини становить Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.), тлумачення та застосування якої здійснює Європейський суд з прав людини, а також Європейська соціальна хартія (1996 р., переглянута). Всі вказані міжнародні договори визнані Україною, є частиною її національного законодавства, мають перед ним пріоритет та забезпечені судовим захистом. У результаті «інтерналізації» прав людини відбулося: по-перше, утвердження наддержавних стандартів прав людини; по-друге, запровадження наддержавних контрольних (моніторингових) механізмів, спрямованих на уникнення ситуації, в якій тільки самі держави були б своїми власними контролерами, що свідчить про відмову від абсолютистської концепції державного суверенітету у сфері, що стосується поваги та захисту прав людини.

З точки зору часу і конкретно-історичних умов виникнення тих чи інших прав людини, слідом за К. Васаком, виділяють їх декілька поколінь.

*Першим поколінням* прав людини є засновані на традиційних ліберальних цінностях права і свободи, які забезпечували відносну автономію індивіда від державної влади та визначали межі її втручання у сферу індивідуальної свободи (право на життя, свободу та недоторканність особи, на свободу думки, совісті і релігії, на рівність перед законом, на участь в управлінні державою, окремі інші *громадянські та політичні права* ). Ці права були визнані в часи буржуазних революцій в Європі та отримали своє первісне юридичне закріплення у названих вище національних актах з прав людини.

*Друге покоління* прав людини пов’язане з боротьбою людей за поліпшення свого соціально-економічного становища та культурного рівня. На межі ХХ ст. в окремих країнах Європи (зокрема, Німеччині, Австрії) завдяки соціалістичним та соціал-демократичним політичним течіям законодавчо визнаються основні *економічні, соціальні та культурні права* (право на працю та відпочинок, на соціальний захист, на соціальне страхування та ін.). В другій половині ХХ ст. в межах ООН ці права включаються до міжнародних стандартів прав людини, а також визнаються конституціями багатьох сучасних держав (переважно, країн, що належали до соціалістичного блоку).

*Третє покоління* прав людини формується після Другої світової війни. До нього традиційно належать *колективні права (права солідарності, англ. solidarity rights),* носієм яких виступає не окремий індивід, а група осіб (певний колектив - меншина, народ, нація, людство в цілому). До таких прав належать право на самовизначення, на користування загальною спадщиною людства, на сталий розвиток, на мир, на здорове та безпечне навколишнє середовище, на гуманітарну допомогу та окремі інші. Право на самовизначення гарантується обома Міжнародними пактами ООН 1966 р. і розглядається всіма державами як загальновизнаний принцип міжнародного права. Інші колективні права знаходяться на стадії становлення і зафіксовані в деклараціях міжнародних організацій (наприклад, Декларація про права народів на мир (1984 р.), Декларація про право на розвиток (1986 р.), Декларація про права корінних народів ( 2007 р.), Йоганнесбургська декларація по сталому розвитку (2002 р.). Європейський союз та його члени також визнають право на розвиток як складову концепції прав людини.

В останній час вирізняють *права четвертого покоління*, які пов’язані з наслідками науково-технічного прогресу в галузі медицини, мікробіології, комунікаційних технологій тощо (право не піддаватись медичним експериментам, заборона клонування людини, заборона використання її генетичного матеріалу без вільної згоди, право на доступ до Інтернету та ін.)

Хоча класифікація прав людини на «покоління» охоплює колективні права, тим самим долаючи індивідуалістичну моральну теорію, на якій ґрунтуються права людини, вона більше критикується за відсутність історичної точності та встановлення гострого розмежування між усіма правами. Три виміри прав людини – ліберальні свободи індивіда, соціальні права справедливого розподілу, права політичної участі громадян – в умовах глобалізованого світу визнаються неподільними, взаємопов’язаними та взаємозалежними, на чому наголошує Віденська декларація та Програма дій.

**3 Каталог прав людини**

Каталог прав людини охоплює широке коло прав і свобод, які, будучи взаємопов’язаними й взаємозалежними, класифікуються за різними критеріями:

1) *за ступенем визначеності можливої поведінки та характером державного забезпечення* розрізняють ***права людини*** та ***свободи людини.***З часівїх первісного законодавчого закріплення *права людини* передбачали конкретні предметні можливості людини і пов’язувались з обов’язком держави створити механізм їх реалізації (*«право на…»*). *Свободи людини* означали широкий простір для вільного вибору варіанту поведінки на власний розсуд та під власну відповідальність й вимагали гарантій невтручання держави та інших суб’єктів у сферу їх реалізації (*«свобода від...»*). Ці поняття зустрічаються в міжнародних договорах з прав людини (зокрема, у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, далі - Європейській конвенції), а також у національних конституціях, у тому числі, в Конституції України, однак зараз різниця між ними значною мірою нівельована.

2) *Залежно від сфери суспільних відносин* права людини поділяються на ***особисті (громадянські), політичні, соціальні, економічні, культурні права***. Така класифікація закладена в основу універсальних (оонівських) стандартів прав людини. До *особистих (громадянських) прав людини* передусім належать: право на життя, право на свободу та особисту недоторканість, заборона катування, рабства чи примусової праці, свобода думки, совісті, релігії, вираження поглядів, право на недискримінацію. До *політичних прав людини*належать: [свобода слова](http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%B2%D0%BE%D0%B1%D0%BE%D0%B4%D0%B0_%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B0), [право звернення,](http://ru.wikipedia.org/w/index.php?title=%D0%9F%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE_%D0%BE%D0%B1%D1%80%D0%B0%D1%89%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B9&action=edit&redlink=1) [свобода зібрань](http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%B2%D0%BE%D0%B1%D0%BE%D0%B4%D0%B0_%D1%81%D0%BE%D0%B1%D1%80%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D0%B9) та об’єднання, [право на участь в управлінні державними справами, рівний доступ до державної служби,](http://ru.wikipedia.org/w/index.php?title=%D0%9F%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE_%D0%BD%D0%B0_%D1%83%D1%87%D0%B0%D1%81%D1%82%D0%B8%D0%B5_%D0%B2_%D1%83%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BB%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B8_%D0%B4%D0%B5%D0%BB%D0%B0%D0%BC%D0%B8_%D0%B3%D0%BE%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B0&action=edit&redlink=1) [право на громадянство,](http://ru.wikipedia.org/w/index.php?title=%D0%9F%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE_%D0%BD%D0%B0_%D0%B3%D1%80%D0%B0%D0%B6%D0%B4%D0%B0%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE&action=edit&redlink=1) право обирати і бути обраним та ін.

*Соціальними, економічними та культурними правами людини*визнаються: право власності, свобода підприємництва, трудові права, право на соціальний захист, право на гідний рівень життя, право на житло, на охорону здоров’я, на освіту, на культурну та історичну спадщину, на сприятливе довкілля та ін. Ці права залежать від ступеню розвитку й наявних ресурсів конкретної держави, виконання нею соціальних функцій. Водночас, згідно з Лімбургськими принципами 1986 р., кожна держава, незалежно від рівня її економічного розвитку, зобов’язана забезпечити соціально-економічні і культурні права для всіх, хоча б в мінімальному обсязі.

Тривалий час в ліберально-правовій доктрині можливість судового захисту соціально-економічних прав піддавалась серйозному сумніву, і навіть заперечувалась через їх позитивну природу, «невизначеність» («розпливчастість») зобов’язань держави щодо їх реалізації, а також імовірне порушення судом принципу поділу влад через втручання у сферу законодавчого рулювання та компетенції виконавчої влади. Відповідні міжнародні акти (зокрема, Міжнародний пакт ООН про соціальні, економічні і культурні права) також містять «пом’якшуючі» формулювання, вказуючи на «прогресивний» характер зобов’язань держави стосовно соціально-економічних прав, що мають бути забезпечені «у максимальних межах наявних ресурсів» або всіма «наявними засобами». Така структура зобов’язань, що витікають із соціально-економічних прав, свідчить про їх *«обмежену юстиціабельність»,* адже вони можуть стати предметом судового звернення та отримати судовий захист лише в обмеженому обсязі (наприклад, судові органи не уповноважені визначати, що є «достатнім рівнем життя») [[13]](#footnote-13).

Однак, соціально-економічні права все частіше стають предметом судового (квазі-судового) захисту. Про визнання такого підходу на універсальному рівні свідчить запровадження процедури індивідуальної скарги до Комітету ООН з соціальних, економічних та культурних прав. Європейський суд з прав людини також опосередковано захищає соціально-економічні права тією мірою, якою вони виступають складовою реалізації основоположних прав, гарантованих Європейською конвенцією, наприклад, забезпечення права на чисте довкілля може бути умовою реалізації права на життя. Національна судова практика різних країн світу також доводить здатність соціально-економічних прав отримувати в окремих випадках судовий захист. Це свідчить про *неподільність* всіх прав людини та належність їх до «прав» в юридичному сенсі, а не лише до «програмних цілей», навіть за умови визнання певних меж судового захисту соціально-економічних прав.

3) *За критерієм належності до громадянства країни* розрізняють ***права людини*** і ***права громадянина****.* Права людини існують поза зв’язком їх носія з конкретною державою. Відповідно, вони адресуються кожній державі, в межах юрисдикції якої перебуває індивід, та мають бути забезпечені в обсязі міжнародних стандартів прав людини. Права громадянинапередбачають наявність громадянства як політико-правового зв’язку людини і держави (політичні права, а також окремі соціальні права, зокрема право на соціальний захист). Зобов’язання держав щодо їх забезпечення можуть залежати від наявності в особи громадянства певної країни.

4) Залежно від *механізму реалізації свободи особи та характеру зобов’язань держави* розрізняють ***негативні та позитивні права людини.*** *Негативні права людини,* до яких належить більшість громадянських та політичних прав, вимагають передусім невтручання держави в їх реалізацію. Вони напряму не залежать від рівня соціально-економічного розвитку країни. Крім негативних зобов’язань держави утримуватись від порушення або незаконного обмеження цих прав людини, в практиці Європейського суду з прав людини докладно розроблена доктрина *позитивних зобов’язань держави*, спрямованих на сприяння їх реалізації, забезпечення ефективного механізму юридичного захисту, а також запобігання їх порушенню з боку третіх осіб.

*Позитивні права людини* вимагають більш активної забезпечувальної діяльності з боку державних інституцій. До позитивних прав належать соціальні права, окремі економічні та культурні права. Ці права зобов’язують державу вжити в максимальних межах наявних ресурсів законодавчі, адміністративні та інші заходи для того, щоб поступово забезпечити повне їх здійснення. Відсутність запровадженого державою механізму забезпечення позитивних прав людини унеможливлює їх реалізацію. Оскільки на сучасному етапі визнається, що реалізація будь-якого права людини тією чи іншою мірою вимагає забезпечувальної діяльності держави, то розрізнення негативних й позитивних прав носить радше теоретичний характер. У практичній площині така класифікація характеризує обсяг позитивних та негативних обов’язків, що відповідні права накладають на їхніх адресатів.

*5) За можливістю легітимного обмеження* основоположні права і свободи поділяються на ***абсолютні*** та ***відносні***. *Абсолютні права* не підлягають обмеженням за будь-яких обставин (заборона катування, заборона рабства та примусової праці, заборона притягнення до відповідальності за діяння, що не вважалися злочином на момент вчинення). *Відносні права* можуть бути обмежені у легітимний та легальний спосіб.

Такий підхід розвиває Європейський суд з прав людини, який наголошує на тому, що в основу прав людини покладено інтереси, справедливо збалансовані з інтересами суспільства, що обумовлює необхідність їх розумного обмеження, тобто припускає втручання (англ. *interference*) з боку держави у їх реалізацію. Для вирішення питання про легітимність обмеження прав людини використовується наступний тест: чи передбачене обмеження права (втручання) *законом*; чи переслідує певне обмеження (втручання) *легітимну мету* (зокрема, охорону державної безпеки, громадського порядку, здоров’я, моральності населення, прав і свобод інших)*;* чи було обмеження (втручання) *необхідним у демократичному суспільстві та пропорційним (*тобто, чи забезпечено відповідність між обмежувальними заходами та легітимною метою, чи не є обмеження надто обтяжливими для особи*)*; нарешті, чи не є таке обмеження *дискримінаційним*. У разі послідовних позитивних відповідей на кожне з цих питань обмеження прав людини (втручання з боку держави) є припустимим і не вважається порушенням прав людини, тобто виключає відповідальність держави.

6)*За колом та особливостями їх носіїв* права людини поділяються на ***загальні*** та ***спеціальні права (права окремих груп).*** Загальні права людини належать усім індивідам незалежно від статі, мови, релігії та інших особистих характеристик. *Права окремих груп* включають права жінок, дітей, осіб з інвалідністю, осіб похилого віку, права біженців, вимушено переміщених осіб, національних та інших менших тощо. Особливості цих прав людини обумовлені приналежністю індивіда до певних уразливих груп населення, об’єднаних за соціально-демографічними критеріями (стать, вік, етнічна приналежність, стан здоров’я та ін.). Представники таких груп нерідко потребують підвищеної уваги з боку держави та державних гарантій реалізації їх прав в обсязі міжнародних стандартів. Ці права пов’язані із забороною дискримінації та концепцією рівних можливостей, що забезпечуються через застосування *позитивних дій (англ. positive (affirmative) actions*), зокрема, політичних квот для жінок, квот на працевлаштування для інвалідів, забезпечення переважного доступу вимушених переселенців до житлових програм[[14]](#footnote-14).

Слід відрізняти права окремих груп як індивідуальні права, що належать представникам певних груп, від групових прав, які належать окремим індивідам, але реалізуються лише в асоціації з іншими (зокрема, свобода мирних зібрань та асоціацій, свобода утворення та членства у профспілках), а також колективних прав як прав, що належать спільності людей, колективам (наприклад, право на самовизначення, яке належить народам, а не окремим індивідам).

**4. Гарантії прав людини**

Під *гарантіями прав людини*розуміється система загальних і спеціально юридичних засобів та інститутів, спрямованих на сприяння реалізації прав людини, а також забезпечення їх всебічної охорони та захисту від порушень.

*До загальних гарантій належать:*

*політичні гарантії прав людини,* якими передусім виступаютьдемократичні державні режими, які передбачають політичний плюралізм та багатопартійність; поділ влади; активна участь громадськості в управлінні державними справами; сформована на демократичних засадах виборча система; принципи та стандарти *належного урядування*, які мають бути втілені у публічному адмініструванні;

*соціально-економічні гарантії,* до якихвідносятьсясоціально-орієнтована ринкова економіка, рівність всіх форм власності, створення умов для розвитку підприємництва, високий рівень продуктивності праці та економічного розвитку суспільства, що дає змогу забезпечити гідний рівень життя та соціальний захист населення, подолати бідність, безробіття та ін.

*ідеологічні гарантії прав людини,* які включають визнання людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки найвищою соціальною цінністю; утвердження поваги до права; сприйняття кожним членом суспільства фундаментальних правових цінностей; заборона релігійної чи міжетнічної ворожнечі, пропаганди насильства та жорстокості (так званої мови ненависті – англ. *«hate speeches»*); належний освітній рівень населення та ін.

Основним завданням міжнародного та національного права у сфері прав людини є формування дієвої *системи юридичних гарантій прав і свобод.* З цього приводу Європейський суд з прав людини у справі *Айрі проти Ірландії* *(1979 р.)* зазначив, що Європейська конвенція прагне гарантувати *не теоретичні чи ілюзорні права, а права, які є практичними та ефективними.*

Серед *юридичних гарантій* розрізняють ***національні*** та ***міжнародні. На національному рівні*** такими гарантіями передусім виступають *правові процедури реалізації прав людини*, в основі яких лежать основоположні процесуальні права: право знати свої права і обов’язки; право на юридичну допомогу, в тому числі безкоштовну; право на судовий захист; право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб; право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої їх незаконними рішеннями, діяльністю чи бездіяльністю; встановлення юридичної відповідальності за порушення чи обмеження прав людини; презумпція невинуватості; заборона зворотної дії закону, що встановлює або посилює юридичну відповідальність за правопорушення; заборона бути двічі притягнутим до юридичної відповідальності за одне й те саме правопорушення та окремі ін.

Першочергове значення мають *судові гарантії,* які передбачають *доступ осіб до неупередженого незалежного суду,* у тому числі судовий контроль за конституційністю правових актів вищої юридичної сили *(конституційний контроль)* та законністю адміністративних актів *(адміністративна юстиція).* Найбільш повно стандарти доступності та ефективності правосуддя викладені у практиці Європейського суду з прав людини за ст. 6 Європейської конвенції «Право на справедливий суд». Основу *права на справедливий суд* складає право кожного на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов’язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення.

Для забезпечення права на захист від обвинувачення та доступ до правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах діє *адвокатура,* яка єнедержавним самоврядним професійним об’єднанням, а також система безоплатної правової допомоги (англ. *free legal aid*). Остання покликана гарантувати можливість всіх осіб, які перебувають під юрисдикцією держави, отримати в повному обсязі безоплатну первинну правову допомогу, а також можливість певних, найбільш уразливих, категорій осіб отримати безоплатну вторинну правову допомогу (у тому числі, захист, здійснення представництва їх інтересів в судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, складення документів процесуального характеру).

У багатьох демократичних країнах ефективною гарантією прав людини виступає *прямий індивідуальний доступ осіб до конституційного правосуддя*[[15]](#footnote-15), який переважно реалізується через інститут *конституційної скарги.* У червні 2016 р., завдяки внесенню змін до Конституції України щодо правосуддя, цей важливий інструмент захисту прав людини було запроваджено в Україні.

Важливе місце посідають також *інституціональні гарантії прав людини*, до яких передусім належать національні правозахисні установи (див. *Паризькі принципи 1991 р. щодо статусу національних установ із захисту та просування прав людини*), зокрема інститут омбудсмана, який покликаний захистити права і свободи осіб від свавілля і зловживань з боку органів публічної влади та їх посадових осіб. В Україні парламентський контроль за додержанням конституційних прав і свобод людини і громадянина здійснює Уповноважений Верховної Ради України з прав людини. Також запроваджено посади Уповноваженого Президента України з прав дитини та Уповноваженого Президента України з прав людей з інвалідністю, Урядового уповноваженого з питань гендерної політики.

Багаторічну світову історію має також *право на петицію,* що дозволяє інформувати публічну владу про суспільне ставлення до певної соціально значущої проблеми. Законом України від 2 липня 2015 р. було внесено зміни до Закону України «Про звернення громадян» щодо електронного звернення та електронної петиції, які забезпечили їх запровадження в Україні та визначили порядок їх подання, розгляду, а також юридичні наслідки.

***Міжнародно-правові гарантії прав людини***включають різні засоби та інститути, які входять до універсального та регіональних механізмів захисту прав людини*.* Центральним спеціалізованим органом ООН, діяльність якого спрямована на зміцнення міжнародного режиму захисту прав та свобод людини у всьому світі без застосування подвійних стандартів і без політизації проблем, що розглядаються, виступає *Рада ООН з прав людини.* Важливими гарантіями прав людини виступають також *Консультативний комітет*, який діє при Раді, спеціальні доповідачі, спеціальні представники, а також *Верховний комісар ООН з прав людини*. Важливу роль відіграють *моніторингові органи ООН* (Комітет з прав людини, Комітет проти катувань, Комітет з ліквідації расової дискримінації, Комітет з ліквідації дискримінації щодо жінок, Комітет з прав осіб з інвалідністю та ін.), що забезпечують міжнародний контроль за виконанням державами своїх зобов’язань за основними договорами ООН з прав людини, включно з процедурою розгляду індивідуальних скарг (повідомлень).

Ефективною гарантією є також розгляд індивідуальних скарг *Європейським судом з прав людини -* унікальним правозахисним інструментом Ради Європи, який покликаний відтворювати спільні європейські цінності у дієвій юридичній формі. Як передбачено Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р., рішення Суду є обов’язковими для виконання, а його практика підлягає застосуванню на національному рівні як джерело права. В Україні умисне невиконання службовою особою рішення Європейського суду з прав людини є злочином і передбачає кримінальну відповідальність. Крім того, рішення Суду тягнуть за собою процесуальні наслідки: у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення нею міжнародних зобов’язань при вирішенні справи судом, такі справи підлягають перегляду найвищим суд у системі судоустрою України - Верховним Судом.

На міжнародному рівні нагляд за виконанням державами рішень Європейського суду з прав людини здійснює *Комітет Міністрів Ради Європи*, який у співпраці з [Парламентською Асамблеєю](http://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D0%B0%D1%80%D0%BB%D0%B0%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B0_%D0%90%D1%81%D0%B0%D0%BC%D0%B1%D0%BB%D0%B5%D1%8F_%D0%A0%D0%B0%D0%B4%D0%B8_%D0%84%D0%B2%D1%80%D0%BE%D0%BF%D0%B8) *Ради Європи (ПАРЄ)* контролює дотримання державами-членами своїх зобов’язань. Гідну роль у системі європейських гарантій прав людини відіграє *Венеційська комісія (Європейська комісія «За демократію через право»)* - дорадчий орган [Ради Європи](http://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A0%D0%B0%D0%B4%D0%B0_%D0%84%D0%B2%D1%80%D0%BE%D0%BF%D0%B8) з питань конституційного права, котрий надає [висновки](http://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%92%D0%B8%D1%81%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%BA_(%D1%96%D0%BD%D1%84%D0%BE%D1%80%D0%BC%D0%B0%D1%86%D1%96%D0%B9%D0%BD%D1%96_%D0%B4%D0%BE%D0%BA%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D0%B8)) про відповідність проектів законодавчих актів європейським стандартам та цінностям. Поряд з Радою Європи питання прав людини посідають значне місце у діяльності *Організації з безпеки і співробітництва в Європі* (ОБСЄ), до складу якої входить й Україна.

Окрім державних (міждержавних) гарантій вирізняють також ***позадержавні гарантії прав людини*,** які функціонують на національному та міжнародному рівнях.Серед них на перший план виходить правова активність самих індивідів та різних інститутів громадянського суспільства, систематична фахова діяльність міжнародних та національних неурядових організацій, а також транснаціональних та інших корпорацій у сфері правозахисту.

*Міжнародні та національні неурядові організації* здійснюють активну діяльність у галузі незалежного фахового моніторингу стану дотримання прав людини, а також *«адвокацію» прав людини (англ. human rights advocacy),* тобтоорганізують кампанії у захист тих чи інших прав і свобод та просування необхідних змін на міжнародному та національному рівнях, провадять активну просвітницьку діяльність серед населення, долучаються до підвищення обізнаності у сфері прав людини серед представників публічної влади, готують дослідження та розробляють відповідні рекомендації. Вони наділені можливістю представляти результати своїх спостережень, свої висновки та рекомендації перед різними структурами, що входять до оонівського та європейського механізмів захисту прав людини. Значну роль у реалізації прав і свобод відіграють *правозахисники* (анг. *human rights defenders, HRDs*), які свідомо присвячують свою професійну та громадську діяльність мирному сприянню та захистові прав людини.

### В умовах глобальних інтеграційних процесів все більшу роль відіграють *транснаціональні корпорації та інші бізнес корпорації*, що активно розширюють свій вплив на різні сектори суспільного життя та нерідко спричинюють численні порушення прав людини[[16]](#footnote-16). На сьогодні відсутні міжнародні договори, які б регулювали діяльність таких кампаній з позицій дотримання ними прав і свобод, водночас у серпні 2003 р. Підкомісія по заохоченню та захисту прав людини розробила *Норми відповідальності транснаціональних корпорацій та інших бізнес-структур стосовно прав людини.* Ці стандарти мають рекомендаційний характер, проте сприяють утвердженню *к*онцепції корпоративної соціальної відповідальності, що спрямована на підтримку та захист прав людини в рамках діяльності корпорацій та розвиток соціально відповідального бізнесу.

### У 2011 р. Рада ООН з прав людини на підставі Доповіді Спеціального представника Генерального Секретаря ООН з питань прав людини й транснаціональних корпорацій та інших бізнес-підприємств схвалила досить детальні *Керівні принципи щодо бізнесу та прав людини*. Передовсім ці Керівні принципи, по-перше, вказують на обов’язок держав захищати осіб, що знаходяться під їх юрисдикцією, від порушень прав людини, що здійснюються бізнес-корпораціями; по-друге, постулюють «відповідальність» бізнес-підприємств, незалежно від норм позитивного права, «поважати» фундаментальні міжнародно визнані права людини та права працівників, гарантовані конвенціями Міжнародної організації праці, а також дотримуватись політики добросовісності; по-третє, наголошують, що держави, через відповідне національне законодавство, політику та практику, повинні забезпечувати ефективні засоби судового та позасудового, у тому числі, позадержавного захисту *(англ. state-based judicial and non-judicial mechanisms, non-state-based grievance mechanisms)* від порушень прав людини з боку бізнес-корпорацій[[17]](#footnote-17). Таким чином, хоча послідовний розвиток прав людини поступово розширює коло зобов’язаних ними суб’єктів, початковим та основним адресатом прав людини історично виступала та сьогодні лишається саме держава.

**5. Зобов’язання держави у сфері прав людини**

Права людини були концептуально розроблені і нормативно регламентовані у відповідь на історичний досвід порушення людської свободи з боку держави та її органів. Тому, у сучасному праві прав людини центральне місце посідають *зобов’язання держави* *у сфері прав людини* (англ.  *state human rights obligations*), що охоплюють заборону на втручання держави у сферу індивідуальної свободи, а також вимоги щодо поваги до прав людини, їх забезпечення, захисту та сприяння реалізації. Оскільки порушення прав людини розуміються як невиконання відповідних зобов’язань, аналіз дотримання прав людини (у тому числі, в ході судового провадження), передовсім вимагає встановлення обсягу та змісту таких зобов’язань держави.

Такі зобов’язання держави мають подвійну, міжнародно-правову та конституційно-правову природу, адже їх юридичною підставою виступає міжнародне право прав людини та конституційний правопорядок (норми та принципи конституційного права). На зобов’язаннях держави у сфері прав людини наголошується у Статуті ООН (ст. 55, 56), згідно з якими всі її держави *зобов’язуються* здійснювати спільні та самостійні дії для сприяння загальній повазі та дотриманню прав людини й основоположних свобод для всіх незалежно від раси, статі, мови чи релігії. Ці положення Статуту ООН є найбільш загальним правовим зобов’язанням, на основі якого здійснюється все наступне співробітництво держав в області прав людини, а також реалізується внутрішньодержавна правозахисна політика.

Зобов’язання держави щодо прав людини передбачені Конституцією України, згідно з якою права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності Української держави. *Держава відповідає перед людиною за свою діяльність,* *утвердження і забезпечення прав і свобод людини є* *головним обов’язком держави.* (ст. 3 Основного Закону). Згідно ст. 27 Конституції України, кожна людина має невід’ємне право на життя і ніхто не може бути свавільно позбавлений життя. *Обов’язок держави* - захищати життя людини.

Зобов’язання держави у сфері прав людини мають особливу природу, що визнає їх характерні властивості. По-перше, держави, які ратифікували міжнародні договори у сфері прав людини, зобов’язуються поважати права людини не стільки перед іншими державами, *скільки перед особами, які перебувають під їхньою юрисдикцією.* Теж саме стосується зобов’язань держави за загальним міжнародним правом (передусім, імперативними нормами *jus cogens*), які вимагають не здійснювати геноцид, не допускати тортур, рабства чи расової дискримінації, та мають характер *erga omnes* (лат. *зобов’язання перед усіма*). Такий характер зобов’язань у сфері прав людини пов’язаний із тим, що вони певною мірою незалежні від згоди держав бути ними зв’язаними, оскільки існування прав людини має «природній характер» і передує їх юридичному визнанню.

По-друге, особливістю зобов’язань держави у сфері прав людини є те, що вони реалізуються в межах національного правопорядку та можуть стосуватися законодавчої, виконавчої чи судової форм діяльності держави. Дотримання (виконання) або порушення таких зобов’язань може бути оцінено на національному та міжнародному рівнях уповноваженими судовими (чи квазі-судовими) установами, що тягне за собою відповідальність держави за їх порушення. При чому, заходи такої відповідальності будуть спрямовані на відновлення порушених прав людини, і виконуватись на національному рівні (зокрема, заходи індивідуального характеру у вигляді відновлення прав, перегляду остаточного рішення та ін., а також сплата державою компенсації). Безумовно, політико-правові наслідки для держав за грубе та систематичне невиконання зобов’язань держави у сфері прав людини матимуть загальний ефект та можуть тягнути за собою накладання санкцій та інших заходів міжнародно-правової відповідальності згідно з принципами, викладеними у *Проекті статей щодо відповідальності держави за міжнародно-протиправні діяння*, що схвалено Комісією міжнародного права ООН у 2001 р.

По-третє, зазвичай спосіб, у який мають бути реалізовані зобов’язання держав, не визначається. Держави мають слідувати тому, на що висловили власну згоду, при цьому за ними визнається значна дискреція щодо засобів, які вони використовують для виконання своїх зобов’язань. Однак, цей підхід не застосовується, коли справа стосується прав людини, адже право прав людини виходить з комплексної концепції того, у який спосіб мають виконуватись відповідні зобов’язання на національному рівні, та який обсяг й характер дій (або утримання від них) з боку інституцій держави вони передбачають[[18]](#footnote-18).

Сучасне право прав людини накладає на державу *три рівні зобов’язань:* *зобов’язання поважати, захищати та забезпечувати (англ. obligations to respect, protect and fulfill*). *Зобов’язання поважати* (англ. *оbligations to respect)* вимагають від держави утримання від будь-яких заходів, які можуть позбавити осіб можливості користуватись своїми правами або здійснювати ці права власними зусиллями. Зобов’язання поваги до прав людини переважно охоплюють невтручання держави у їх реалізацію. *Зобов’язання захищати* (англ. *оbligations to protect)* вимагають, щоб держава запобігала порушенням прав людини третіми особами. Вони охоплюють обов’язки держави: а) запобігати порушенням прав і свобод з боку будь-якого індивіду або іншого недержавного «актора» (англ. *non-state actor*); б) уникати та усувати будь-які спонукання до порушень прав з боку третіх осіб; в) забезпечити доступ до засобів правового захисту у випадках порушень прав людини з метою запобігання подальшим зазіханням, відновлення порушеного права та справедливої компенсації постраждалому.

*Зобов’язання забезпечувати (сприяти реалізації) (англ. оbligations to fulfil)* передбачають, що держави повинні вживати заходів (законодавчих, судових, адміністративних, освітніх та ін.) для забезпечення особам можливостей задовольняти основні потреби, гарантовані правом прав людини, що не можуть бути задоволені їх особистими зусиллями. Це - ключове зобов’язання держави стосовно економічних, соціальних та культурних прав, однак воно також стосується й громадянських та політичних прав. При цьому, сприяння реалізації, наприклад, заборони катувань через навчання поліції та запровадження превентивного механізму, права на справедливий суд, права на вільні та чесні вибори або право на правову допомогу також потребує значних ресурсів держави[[19]](#footnote-19).

Зобов’язання держави щодо прав людини можуть стосуватися як зобов’язання діяти певним чином, у певний спосіб, із використанням визначених засобів (*зобов’язання дії (поведінки) – англ. obligations of conduct*), так і зобов’язання досягти певного результату *(зобов’язання результату – англ. obligations of result).* Останні вимагають від держави забезпечити досягнення конкретної ситуації або результату, і залишають державі вибір щодо засобів їх досягнення. При чому, цей результат може бути визначений у позитивний або негативний спосіб, наприклад, не вдаватися до військової сили в порушення статті 2, пар.4 Статуту ООН. Нерідко саме практика міжнародних судових, квазісудових та інших правозахисних інституцій дозволяє уточнити, чи належать певні зобов’язання держави стосовно того чи іншого права людини до *зобов’язання дії* чи *зобов’язання результату*.

«Трирівнева типологія» зобов’язань держави, що стосується як громадянських і політичних, так і соціальних й економічних прав, стирає певним чином між ними відмінності, забезпечуючи їх єдність та неподільність. Разом з тим, реалізація зобов’язань держави стосовно захисту та забезпечення соціально-економічних прав має відбуватись з урахуванням особливостей, визначених у Міжнародному Пакті про соціальні, економічна і культурні права, а саме: кожна держава – учасниця зобов’язується *в індивідуальному порядку і в порядку міжнародної допомоги та співробітництва*, зокрема в економічній і технічній галузях, *вжити в максимальних межах наявних ресурсів;* заходів для того, щоб *забезпечити поступово повне здійснення* визнаних у цьому Пакті прав усіма належними способами, включаючи, зокрема, вжиття законодавчих заходів.

При цьому, Комітет ООН із соціальних, економічних та культурних прав розробив *ідею мінімальних основних зобов’язань (англ. minimum core obligation»*), за якою кожна держава має задовольняти мінімальний необхідний рівень кожного з цих прав[[20]](#footnote-20). Для того, щоб держава могла обґрунтувати нездатність виконати свої мінімальні основні зобов’язання браком наявних ресурсів, вона повинна продемонструвати, що абсолютно всі зусилля та ресурси, що знаходяться у його розпорядженні, були спрямовані на їх виконання в пріоритетному порядку. Однак індивіди також повинні прагнути до задоволення своїх потреб своїми власними ресурсами. Зобов’язання держави полягають в її сприятливій і захисній ролі, а не обов’язково у забезпеченні конкретних соціальних та економічних благ.

Оцінюючи дотримання державою прав людини, Європейський суд з прав людини при тлумаченні та застосуванні положень Європейської конвенції та Протоколів до неї використовує *доктрину позитивних зобов’язань держави.* Європейський суд з прав людини пішов шляхом послідовного визнання не лише негативних, а й позитивних зобов’язань держави стосовного основоположних прав і свобод, які переважно мають «негативну» природу, і перебувають під охороною Європейської конвенції*.*

Загальною юридичною підставою зобов’язань держави в межах європейської системи правозахисту виступає ст. 1 «Зобов’язання поважати права людини» Європейської конвенції, в якій прямо вказано, що держави гарантують кожному, хто перебуває під їх юрисдикцією, передбачені нею права і свободи. Негативні зобов’язання держави, які вимагають від держави не втручатися у реалізацію прав людини, імпліцитно закладені в самому тексті цієї конвенції. Окремі позитивні зобов’язання виводяться з положень деяких її статей, що містять відповідне право (зокрема, положення щодо охорони законом права кожного на життя (ст. 2 Європейської конвенції), щодо забезпечення умов у місцях позбавлення волі, які не мають бути нелюдськими (ст. 3 Європейської конвенції), щодо надання безоплатної правової допомоги та безоплатних перекладачів у контексті права на справедливий суд (ст. 6 Європейської конвенції). Однак більшість позитивних обов’язків є результатом цільової, динамічної інтерпретації закріплених у Європейській конвенції основоположних прав у світлі змінюваних соціальних і моральних передумов та спираються на *принцип «верховенства права»*.

Позитивні зобов’язання відрізняються від негативних тим, що перші вимагають *активного втручання держави* в реалізацію прав людини, тоді як другі вимагають від неї *утриматись від втручання*. В першому випадку порушення прав людини відбуватиметься через відсутність активних дій з боку держави (зокрема пасивність органів державної влади, які *не зробили всього, що розумно очікувалося від них для запобігання реальної та безпосередньої загрози життю, про яку вони знали чи повинні були знати)*, в другому випадку – в результаті перешкоджання своїми активними діями чи непропорційного втручання в реалізацію прав людини.

У цілому, доктрина позитивних зобов’язань держави вимагає від національних органів влади вжити всіх *прийнятних (розумних) та належних засобів для захисту прав людини, їх забезпечення та сприяння їх реалізації.* Такі засоби можуть бути *юридичними (*напр., законодавче закріплення прав людини, встановлення юридичних вимог для здійснення певного роду діяльності або нормативна регламентація поведінки певних категорій осіб), чи *практичними* (зокрема, обов’язок держави вжити всіх практичних засобів для запобігання вбивству чи нанесенню тілесних ушкоджень особам, які перебувають під вартою, або запобігти самогубству засуджених). Серед позитивних зобов’язань держави виділяють не лише *матеріальні («субстантивні»)*, а й *процедурні,* наприклад проведення *ефективного, оперативного та невідкладного розслідування випадків порушення прав людини незалежними компетентними особами*[[21]](#footnote-21)*.*

У сучасному праві прав людини також виникла та сформувалась концепція зобов’язань *«належної сумлінності»* (*або «належної уваги»*) (англ. *due diligence obligations*), яка вимагає від держави застосування всіх можливих заходів для *попередження* порушень тих чи інших прав людини, *захисту* від таких порушень, *покарання* за них та належної *компенсації* постраждалим. Уперше на таких зобов’язаннях відкрито наголосив Міжамериканський суд з прав людини у своєму знаковому рішенні у справі *«Веласкес Родрігез проти Гондарасу»* (*Velásquez Rodríguez v Honduras*), яка стосувалась примусового зникнення за невизначених обставин студентського активіста. Суд вказав, що держава несе відповідальність коли вона дозволяє приватній особі або групі осіб діяти вільно та безкарно, завдаючи при цьому шкоду правам людини. Стандарт «належної сумлінності» при виконанні державою своїх зобов’язань широко застосовується для оцінки ситуації у сфері протидії домашньому насильству та іншим формам насильства над жінками та дітьми, що в останні десятиліття було визнано однією з ключових проблем прав людини. Він вперше знайшов своє відображення в українському законодавстві в Законі України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» (ст. 5) від 7 грудня 2017 р.

*Зобов’язання належної сумлінності* належить до *зобов’язань дії (поведінки), а не результату,* і кореспондує згаданому вищезобов’язанню держави захистити права людини, адже його основний зміст полягає в обов’язку«проактивно» забезпечити, щоб особи у межах її юрисдикції не страждали від порушень їх прав і свобод з боку третіх осіб. Очевидно, що держава не несе відповідальність за кожне втручання в індивідуальні права з боку приватних осіб. Однак держава відповідає за неналежну увагу до убезпечення індивіда від зазіхань на його права з боку інших осіб та відсутність будь-яких дій, спрямованих на його захист. Такий підхід відомий як *«непрямий горизонтальний ефект прав людини»* (англ. *indirect horizontal effect*, нем. *Drittwirkung*). В останній час зростає тенденція щодо звернення до міжнародних судів або моніторингових органів з прав людини проти відповідної держави, з посиланням на порушення прав людини недержавними структурами та свавільне застосуваннями ними сили.

**6. Захист прав людини в умовах збройного конфлікту**

Зобов’язання держави стосовно поваги та захисту прав людини не зникають в умовах збройних конфліктів та у разі втрати контролю над частиною власної території. Підтвердженням того виступають положення самих міжнародних договорів про права людини, які не виключають їх застосування у період збройних конфліктів, хоча й передбачають можливість відступу держави від окремих зобов’язань під час надзвичайної ситуації (дерогацію – *англ. “derogation”).* До прикладу, Європейська конвенція (ст. 15) вказує, що «під час війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації», держава може вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за цією Конвенцією, «виключно в тих межах, яких вимагає гострота становища, і за умови, що такі заходи не суперечать іншим її зобов’язанням згідно з міжнародним правом». При цьому не допускається відступ від зобов’язань держава щодо право на життя, крім випадків смерті внаслідок правомірних воєнних дій, а також від заборони катування, заборони рабства і примусової праці та заборони «покарання без закону».

Верховна Рада України Постановою від 21 травня 2015 затвердила Заяву «Про відступ України від окремих зобов’язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод». Конституція України також передбачає можливість обмеження прав людини у передбачених нею випадках. Згідно ст. 64 Основного Закону, в умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень.

В умовах воєнних дій, операцій з підтримки миру та відсічі агресії підлягає застосуванню міжнародне гуманітарне право (МГП) - система міжнародно визнаних правових норм і принципів, що застосовуються під час збройних конфліктів, встановлюють права і обов’язки суб’єктів міжнародного права щодо заборони чи обмеження використання певних засобів і методів ведення збройної боротьби, забезпечення захисту жертв конфлікту та визначають відповідальність за порушення цих норм. При цьому, обсяг зобов’язань сторін стосовно прав людини в умовах збройного конфлікту та пов’язаних з ним ситуацій залежить не лише від типу такого конфлікту та його сторін, а й від ступеню його інтенсивності. В ситуаціях гострої фази збройного конфлікту застосовується переважно гуманітарне право, тоді як у збройних конфліктах низького ступеню інтенсивності та ситуаціях, які нагадують правоохоронні операції (припинення масових заворушень, антитерористичних операціях, затримання особи під час збройного конфлікт, ситуації окупації та ін.), положення про права людини будуть більш відповідними.

На цьому наголошується в Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України, затвердженої Наказом Міністерства Оборони України від 23 березня 2017. За МГП держава також несе позитивні та негативні зобов’язання – *зобов’язання поважати* та забезпечити повагу (англ. *obligation to respect and to ensure respect),* які доповнюють одне одного. Перше означає зобов’язання сторін, що знаходяться у збройному конфлікті, не завдавати шкоди особам і об’єктам, які захищені МГП. Друге, яке є по суті *зобов’язанням захисту,* вимагає відвернення небезпеки від вказаних осіб і об’єктів, а також забезпечення поваги з боку третіх осіб та надання допомоги.

За правом прав людини в умовах збройного конфлікту та тимчасової окупації за державою зберігаються позитивні зобов’язання, які передбачають її активні дії, спрямовані на забезпечення, захист та сприяння реалізації прав людини в ситуації конфлікту та наслідків бойових дій. Такі зобов’язання перш за все охоплюють обов’язок планування та контролю силових операцій; захист населення від вибухонебезпечних залишків війни; обов’язок держави нести відповідальність за долі безвісти зниклих осіб; обов’язок вживати заходів для захисту населення від повстанців та інших незаконних воєнізованих формувань; а також широкий спектр позитивних зобов’язань щодо прав людини внутрішньо переміщених осіб.

У разі тимчасової втрати контролю над частиною її території, в тому числі в результаті воєнної окупації, держава не позбавляється повністю своєї юрисдикції стосовно прав людини осіб, які лишились на непідконтрольній територій. Однак обсяг юрисдикції обмежується позитивними зобов’язаннями, які приписують державі вживати всіх доступних дипломатичних, політичних, економічних, судових та інших заходів задля відновлення втраченого контролю та гарантування прав і свобод жителів окупованих територій, зокрема, через спроби звільнити осіб, які утримуються де-факто владою[[22]](#footnote-22).

Зобов’язання держави щодо різних категорій прав людини з урахуванням сучасних викликів, що постали перед країною, стали основою Національної стратегії у сфері прав людини, затвердженої Указом Президента України 25 серпня 2015 р., та Плану дій з реалізації стратегії на період до 2020 р., схваленого Кабінетом Міністрів України 23 листопада 2015 р.

**ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА**

1. Ідея верховенства права

2. Сучасна доктрина верховенства права

3. Вимоги верховенства права

4. Верховенство права і правосуддя

**1. Ідея верховенства права**

Ідея верховенства права є результатом боротьби західної цивілізації за свободу людини від державної сваволі. Починаючи з доби Середньовіччя упродовж століть західна юридична думка й суспільна практика, в різні часи з різною енергійністю, розробляли фундамент величної будівлі верховенства права й ефективного (справедливого, розумного, демократичного) державного ладу на різноманітних засадах, об’єктивно доступних людському розумінню в певний час і в певному місці. Дослідники називають різних попередників доктрини верховенства права. Серед загальновизнаних мислителів слід відзначити римського популяризатора демократичних ідей Цицерона, сміливих авторів і натхненників *Magna Carta («Великої Хартії вольностей»)*, фундаторів концепції обмежень державного суверенітету правами та свободами громадян, англійських, французьких і американських просвітників, батьків-засновників США тощо.

Визначення верховенства права як «правління законів, а не людей» було вперше запропоновано в середині ХVII ст. англійським публіцистом *Джеймсом Гаррінґтоном*. Але ще раніше важливий внесок у доктрину верховенства права здійснив головний королівський суддя Англії сер *Едвард Коук* — провідник ідей незалежності судової влади та її опозиційності спробам посилити королівську прерогативу[[23]](#footnote-23). У справі доктора Томаса Бонема (1610 р.) Коук згідно з вимогами загального права легалізував принцип, відповідно до якого *«ніхто не може бути суддею у своїй справі»*, зокрема приймати рішення щодо стягнення штрафів на свою користь. Не менш актуальною є настанова Коука стосовно того, що *«ми повинні перебувати під владою законів, а не людей»*[[24]](#footnote-24). У новітній історії її було повернено до життя, наприклад, під час розгляду сумнозвісної Вотерґейтської справи у США, що стало переконливим доказом реального впровадження принципу верховенства права у державну практику.

Рішучим кроком у напряму сучасного розуміння верховенства права стають ідеї представників європейського Просвітництва, насамперед німецького філософа *Іммануїла Канта*, який вважається фундатором доктрини правової державності. Кантові належить славнозвісний вислів: *«Людина є вільною, якщо вона має коритися не іншій людині, а законові»*. Ідеї Канта заклали фундамент двох взаємопов’язаних доктрин, принципово важливих для сучасного розуміння держави, мети її заснування та існування — правової державності та верховенства права.

Поряд з німецькою *доктриною правової держави (Rechtsstaat)* у Великій Британії наприкінці XIX cт. оформлюється окрема концепція *«верховенства права» (the Rule of Law)*. Її фундатор — професор Оксфордського університету, член Британської академії *Альберт Венн Дайсі* у своїй праці «Вступ до вчення про право конституції» розглядає верховенство права як сукупність низки універсальних правових принципів, серед яких найважливішими є такі: 1) жодна людина не може зазнавати покарання, окрім як у випадку явного порушення закону, який повинен забезпечувати визначеність та передбачуваність, щоб ним могли керуватися громадяни при вчиненні дій чи веденні справ, і який не повинен дозволяти карати особу ретроспективно (за сучасною термінологією — «законність» та «правова визначеність»); 2) жодна людина не перебуває понад законом, та усі суспільні класи є загальнопідпорядкованими єдиним приписам права (сьогодні це визначається як «рівність перед законом»); 3) верховенство права повинно випливати не з писаної конституції, а із звичаєвого (витвореного суддями) права[[25]](#footnote-25).

Ліберальні за своєю сутністю доктрини правової держави та верховенства права, що поступово формувалися та зміцнювалися в цивілізованому світі впродовж століть, у XX ст. поглибилися окремими ідеями та цілісними концепціями багатьох дослідників. Так, австро-англійський політичний філософ та економіст, лауреат Нобелівської премії *Фрідріх Авґуст фон Гаєк* рецептом гарантування свободи особистості та її захисту від довільного державного втручання вважає повернення до первинних принципів класичних ліберальних доктрин правової держави і верховенства права, які, на його переконання, зазнали занепаду в західних державах. Водночас саме їх мислитель охарактеризував як наріжний камінь свободи. Гаєк запропонував таке визначення принципу верховенства права: *«це означає, що уряд має виконувати правила, встановлені й проголошені заздалегідь, — правила, що дають змогу з певністю передбачати, як влада використовуватиме свої повноваження здійснення примусу за певних обставин і планувати власні справи на підставі цього знання»*. На думку Гаєка, законодавець, керуючись цим принципом, має формулювати в законах не створені ним штучні веління, а вже апробовані суспільством загальні правила гідної поведінки, основні права громадян, що державним обмеженням не підлягають. Принцип верховенства права передбачає, передовсім, верховенство закону, який гарантує свободу людини, а не обмежує її.

Першою ознакою такого закону є його *загальність*, абстрактність його приписів — закон має містити лише найбільш загальні норми, давати особистості, що їх застосовує, простір для свободи волі, не повинен мати на увазі жодного конкретного індивіда. Саме це філософ вважає гарантією того, що закон не обмежить свободу, відповідатиме принципу верховенства права, буде стабільним. Другою ознакою є *доступність та очевидність* такого закону — результат його застосування й тлумачення має бути передбачуваним, очевидним. За висловом Гаєка, «важко перебільшити ту вагу, яку має очевидність закону для поступального й ефективного руху вільного суспільства». Третьою ознакою такого закону є його *рівність*, що означає однакове його застосування до всіх осіб. Нормам закону «повинні підлягати й ті, хто уклав їх, і ті, хто їх застосовує, тобто й урядовці, й підлеглі, не має бути винятків ні для кого».

Гаєк виступає як проти прихованого звільнення держави та її посадових осіб від дотримання законів, так і проти влади уряду робити для окремих індивідів винятки із загальнообов’язковості закону. Як зазначає мислитель, лише за умови відповідності законів цим ознакам *«можна говорити, що правлять закони, а не люди»*[[26]](#footnote-26).

**2. Сучасна доктрина верховенства права**

Сучасна доктрина верховенства права увібрала в себе усі важливі досягнення тисячолітньої історії правової думки та державної практики її реалізації. Водночас вона постійно розвивається й удосконалюється. Її джерелами є передовсім юридична наука й судова практика. Велику роль у розбудові сучасної доктрини верховенства права, її конкретизації та впровадженні в суспільну практику відіграли твори західних теоретиків і філософів права, зокрема *Томаса Бінґема, Джеремі Волдрона, Пола Гаудера, Рональда Дворкіна, Браяна Таманаги*. Українську наукову доктрину верховенства права сформували праці вітчизняних правознавців *Cергія Головатого, Миколи Козюбри, Сергія Максимова, Олександра Петришина, Петра Рабіновича, Марка Цвіка, Станіслава Шевчука* та ін.

У сучасній юридичній науці існують різні визначення та розуміння змісту верховенства права, натомість є безперечний консенсус щодо легітимних цілей цього принципу. Ними є обмеження свавілля державної влади та захист прав людини. Причому «ідея обмеження державного свавілля є відповіддю на питання “що нам слід робити?” (нам слід обмежувати державну владу). В той же час ідея захисту прав людини є відповіддю на питання “чому нам слід це робити?” (нам слід обмежувати державну владу щоб захистити права людини)»[[27]](#footnote-27).

У *широкому розумінні* верховенство права розглядається як модель правової організації державної влади у суспільстві, тобто як *«верховенство права над державою»*, згідно з чим воно охоплює практично всі засади правової державності. Наприклад, підтримання верховенства права в американській правовій традиції включає вирішення широкого кола питань, пов’язаних з конституціоналізмом, федералізмом, поділом влади, громадянськими правами, судовим захистом, судовою системою, кримінальним судочинством, адміністративним правом та ін. Так, американський правознавець, професор Корнельської школи права *Роберт С. Саммерс* виокремлює такі *елементи («принципи») верховенства права*: 1) належне уповноваження (чинність); 2) чіткість та простота застосування критерію визначення такої чинності; 3) загальність права (застосовність до всіх, незалежно від їхнього статусу та соціального становища); 4) чіткість та визначеність усіх законів; 5) їх доступність (письмова форма, офіційне обнародування); 6) заборона зворотної дії; 7) виконуваність; 8) стабільність (незмінюваність); 9) заздалегідь відомі органи та процедура правових змін; 10) єдність тлумачення та застосування права; 11) наявність заздалегідь відомих засобів правового захисту та наслідків невиконання правових вимог; 12) незалежність та безсторонність судової влади; 13) судовий контроль; 14) наявність дієвих обмежень судової влади; 15) доступність правосуддя для постраждалих від правопорушень; 16) загальний принцип завчасного повідомлення відповідачів; 17) доступність апеляційного та касаційного перегляду судових рішень; 18) загальна доступність правової системи[[28]](#footnote-28).

У *вузькому розумінні* верховенство права інтерпретується як модель співвідношення права і закону в регулюванні суспільних відносин. На такий підхід орієнтує ст. 8 Конституції України, яка декларує визнання й дію принципу верховенства права, роз’ясняючи його зміст зокрема як: 1) найвищу юридичну силу Конституції, яка уособлює найвищі правові цінності та передбачає, що закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції й повинні відповідати їй; 2) пряму дію норм Конституції, яка передбачає гарантування звернення до суду для захисту конституційних прав безпосередньо на її підставі[[29]](#footnote-29).

Основними *властивостями* верховенства права, що визначають його унікальну значущість й виокремлені загальною теорією права на підставі системного тлумачення доктринальних джерел і практики європейських конституційних судів та ЄСПЛ, є такі.

По-перше, цей принцип відображає спосіб організації життя суспільства на правових засадах, на відміну від анархії, а також є засобом унеможливлення свавільного та антидемократичного правління.

По-друге, він відображає моральні основи права, тобто є проявом природного права разом з такими правовими цінностями, як людська гідність, справедливість, рівність, а також загальними принципами пропорційності, сумлінності, розумності тощо, й у цьому сенсі він є основним критерієм визнання законів неправовими та слугує своєрідним гарантом справедливості правових актів.

По-третє, верховенство права є засобом організації належної правової системи, оскільки його складовими є принципи правової визначеності, стабільності та довіри до права, принцип «немає покарання без закону», принцип законності, заборона неправомірної дискреції та зворотної дії нормативно-правових актів, незалежна судова влада та судовий контроль, принцип єдності судової практики тощо.

Крім того, цей принцип слугує основою процесу обмеження та «зв’язування» держави правами людини (сутність цієї ідеї найточніше передається у ч. 1 ст. 8 КАС України, зміст якої полягає в тому, що суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого зокрема людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст та спрямованість діяльності держави)[[30]](#footnote-30).

Як зазначалося вище, верховенство права (у широкому розумінні) є його верховенством не над державою, а над іншим специфічним соціальним регулятором (неправовим та ненормативним) — державною сваволею. Хоча остання є вельми ефективним і простим у реалізації інструментом соціальної регуляції, проте це дуже небезпечний інструмент, що є антиподом ідеологем правової держави та верховенства права. Вона є об’єктивною реальністю, завжди співіснує разом з державою, хоча заради виживання і змінює свої зовнішні прояви. Правники, передовсім науковці, судді, правоохоронці, мають усвідомити, що вибір між системами координат верховенства права і верховенства державної сваволі — це важкий, але очевидний цивілізаційний вибір. Як зазначає *Правлячий Князь Ліхтенштейну Ганс-Адам ІІ* у своїй книзі «Держава у третьому тисячолітті», «єдиною сферою, за виключенням міжнародних відносин, в якій держава… все ще має конкурентну перевагу перед приватними компаніями, місцевими громадами і союзами громад, — це верховенство права. Для переважної більшості населення найважливішим завданням держави є забезпечення правового захисту, закону і порядку… Те, що верховенство права дотепер існує у багатьох демократичних державах, варто назвати маленьким чудом… Яка користь від демократичної правової держави, що розбудувала найскладнішу суспільну систему чи проводить витончену культурну політику, тоді як головний стовп конституційної держави — верховенство права — обрушився і держава не в змозі надати своїм громадянам гідний правовий захист?»[[31]](#footnote-31). Гідна відповідь на це актуальне для України питання, так само як і найважливіший цивілізаційний вибір єдиної правильної системи координат, в якій ця відповідь знаходиться, є предметом відповідальності публічної влади і представників юридичної професії як перед сучасним українським суспільством, так і перед майбутніми поколіннями.

**3. Вимоги верховенства права**

Верховенство права разом з демократією і правами людини вважається однією з трьох засад Ради Європи, що закріплені у Преамбулі до ЄКПЛ, а також у низці інших міжнародних документів у сфері прав людини. Ураховуючи значущість цього принципу, з метою конкретизації його змісту та практичної його застосовності в юридичній, передовсім судовій, практиці Європейська Комісія «За демократію через право» (Венеційська Комісія) у *Доповіді про верховенство права,* схваленій на 86-му пленарному засіданні 25-26.03.2011 р., та *Контрольному переліку питань для оцінки додержання верховенства права (The Rule of Law Checklist)*[[32]](#footnote-32), прийнятому на 106-му пленарному засіданні 11-12.03.2016 р., вказала на такі його обов’язкові *вимоги* та максимально деталізувала й розтлумачила кожну з них[[33]](#footnote-33).

1) *Законність* (верховенство закону / supremacy of the law), у тому числі прозорість, підзвітність та демократичний порядок ухвалення законів. Відповідно до цієї вимоги держава повинна діяти на підставі закону та відповідно до закону; процедура введення закону в дію має бути прозорою, підзвітною та демократичною; влада має здійснюватися відповідно до приписів права, а її закони мають містити положення про винятки, внаслідок чого виникає можливість застосовувати особливі (індивідуальні) заходи; в національному праві мають бути норми, що забезпечують підпорядкування держави міжнародному праву. Складовою цієї вимоги є, зокрема, принцип *nulla poena sine lege* (нікого не може бути покарано за вчинення чогось, що не заборонено законом). Принцип законності як складову верховенства права визнають та застосовують у своїй практиці і ЄСПЛ[[34]](#footnote-34), і Європейський Суд Справедливості[[35]](#footnote-35).

2) *Правова визначеність* (legal certainty), що передбачає легкість та доступність з’ясування змісту права і юридично забезпечену можливість скористатися цим правом. Відповідно до цієї вимоги всі закони мають публікуватися та викладатися зрозумілою мовою; зворотна дія законів має бути заборонено; судова практика національних судів має бути послідовною; національне законодавство має бути придатним для застосування із забезпеченням його виконання; оцінка законодавства має здійснюватися на регулярній основі[[36]](#footnote-36).

Важливим елементом правової визначеності є принцип res judicata (скорочення від давньоримського юридичного правила «res judicata pro veritate habetur!» — з лат. «судове рішення визнається за істину»), що вимагає поваги до остаточного рішення суду й забороняє перегляд остаточного та обов’язкового до виконання судового рішення лише з метою домогтися повторного розгляду та винесення нового рішення у справі. За цим принципом, остаточне судове рішення має виконуватися й, як правило, не може бути переглянуте, повноваження судів вищого рівня з перегляду мають здійснюватися виключно для виправлення судових помилок і недоліків. Відхід від res judicata можливий лише тоді, коли цього вимагають відповідні вагомі й непереборні обставини[[37]](#footnote-37).

3) *Заборона свавілля* (prohibition of arbitrariness), у тому числі обмеження дискреційних повноважень органів держави, обґрунтованість їх рішень. Для забезпечення виконання цієї вимоги в національному законодавстві мають бути встановлено конкретні правила, що забороняють свавілля, та визначають межі дискреційних повноважень; має існувати система повної доступності до інформації про діяльність уряду, існувати вимоги стосовно обґрунтованості рішень, що ухвалюються.

4) *Доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами*. Ця вимога передбачає ефективний доступ до правосуддя, судовий контроль за законністю та конституційністю актів державної влади, функціонування незалежної адвокатури, виконання рішень судів. Суди мають бути незалежними від державного апарату, діяти на підставі закону, а не відповідно до політичної доцільності; судді не повинні зазнавати політичного впливу або маніпуляцій; правосуддя повинно бути безстороннім, а громадяни — мати ефективний доступ до нього, включно з метою судового контролю діяльності виконавчої влади; наявною має бути визнана, організована та незалежна юридична професія; судові рішення повинні виконуватися[[38]](#footnote-38); має бути забезпечено дотримання принципу *res iudicata*.

5) *Дотримання прав людини,* передовсім гарантованість права на ефективний засіб правового захисту, на справедливий суд, право бути вислуханим, презумпція невинуватості, заборона зворотної дії закону. Ця вимога передбачає гарантованість таких прав на практиці; права громадян на ефективний доступ до правосуддя, на законного і компетентного суддю, на виклад своєї позиції (*the right to be heard*), на те, щоб не було подвійного покарання за одне й те саме діяння (*non bis in idem*), на те, щоб заходи, які накладають обтяження, не мали зворотної сили, на ефективні засоби юридичного захисту, на презумпцію невинуватості та на справедливий суд.

Вимога пов’язаності публічної влади правами людини, тобто їх додержання й забезпечення, є однією із засадничих вимог (принципів), додержання яких публічною владою становить концепт і зміст доктрини верховенства права. Ця вимога, яку сформульовано й розвинено, передовсім, у рішеннях європейських національних конституційних судів та ЄСПЛ, становить стрижень сучасної *судової доктрини верховенства права*.

З наведеного, у свою чергу, випливає вимога до публічної влади використовувати всі прийнятні (розумні) та належні засоби для захисту прав людини. Такі засоби можуть бути правовими (зокрема законодавче закріплення прав людини, встановлення певних юридичних процедур, вимог тощо) або практичними (наприклад, вжиття певних заходів з метою запобігання нанесенню засудженим особам тілесних ушкоджень)[[39]](#footnote-39).

6) *Заборона дискримінації та рівність перед законом,* що передбачає недискримінаційне застосування та тлумачення законів; недопущення в законах дискримінації осіб або груп, а також недопущення надання законом особливих привілеїв особам чи групам.

Обґрунтовуючи значущість цих вимог, Венеційська комісія зазначила, що верховенство права є поняттям універсального юридичного значення. Так, у Преамбулі та ст. 2 Договору щодо ЄС зазначено, шо верховенство права є однією із засадничих цінностей, що їх поділяють ЄС та його держави-члени. Європейська Комісія у своєму документі «Нові параметри зміцнення верховенства права, 2014 р.» нагадує, що «принцип верховенства права поступово перетворився на організаційну модель сучасного конституційного права та міжнародних організацій, що регулює здійснення публічної влади». Верховенство права як засадничий принцип на універсальному рівні проголосила ООН (зокрема у Покажчиках верховенства права — *The Rule of Law Indicators*). Верховенство права згадано в преамбулі до Статуту Ради Європи як один із трьох «принципів, що становлять підвалини цілком правдивої демократії», поряд із свободою особи та політичною свободою. Стаття 3 Статуту зважає на принцип верховенства права як передумову вступу нових держав-членів до Організації. На тісному взаємозв’язку верховенства права з демократичним суспільством наголосив ЄСПЛ, уживаючи різноманітні вирази, як-то: «демократичне суспільство, що визнає верховенство права», «демократичне суспільство, базоване на верховенстві права», «верховенство права у демократичному суспільстві». Систематичне посилання на верховенство права міститься у більшості політичних документів Ради Європи, в численних конвенціях та рекомендаціях. Як елемент спільної спадщини верховенство права згадується у преамбулі до ЄКПЛ, як пріоритетна мета — в Статуті Венеційської Комісії[[40]](#footnote-40).

Слід мати на увазі, що зміст верховенства права не обмежується зазначеними у Доповіді вимогами. Його впровадження у правове регулювання, в усі види юридичної діяльності, передовсім у нормотворчість та правозастосування, передбачає як забезпечення правових цінностей (людської гідності, свободи, справедливості, рівності)[[41]](#footnote-41), так і додержання не поіменованих у Доповіді загальних принципів права (пропорційності, розумності, сумлінності та ін.)[[42]](#footnote-42), галузевих юридичних принципів (зокрема презумпції невинуватості, заборони зворотної сили нормативно-правових актів), принципів організації та діяльності державних органів (поділу влади, належного врядування, належного адміністрування) тощо[[43]](#footnote-43). Принципи (вимоги), що складають верховенство права та сформульовані у своїх рішеннях судами, зокрема європейськими національними конституційними судами та ЄСПЛ, становлять сучасну *судову доктрину верховенства права*.

Важливою вимогою верховенства права є *сумлінність (добросовісність) публічної влади*, тобто сумлінна реалізація органами публічної влади та їх посадовими особами наданих їм повноважень. Чи не основною перепоною на шляху до впровадження верховенства права у суспільне життя є корупція та інші зловживання публічною владою. Тотальна корупція як усталена вада функціонування публічної влади, передовсім органів охорони правопорядку і судів, унеможливлює впровадження верховенства права, вщент його розтрощує, оскільки є вочевидь несумісною з більшістю його вимог. При цьому держава втрачає надійні орієнтири й координати верховенства права, що послаблює її, відриває від сучасної цивілізації, неминуче рано чи пізно призводить до її політичного та економічного занепаду. Отже, цілісність і стресостійкість (resilience) корумпованих держав насправді є тимчасовими, а економічні та політичні перспективи за відсутності суттєвих систематичних змін у напрямку повернення до координат верховенства права — вочевидь песимістичними. І підтверджень цього на політичній мапі світу достатньо.

Підсумовуючи викладене і враховуючи висновки, зроблені вітчизняними та західними правознавцями, ми можемо визначити *верховенство права як комплексний принцип права, що ґрунтується на загальновизнаних правових цінностях, об’єднує загальні принципи права як невід’ємні вимоги до правового регулювання, нормотворчості, реалізації та застосування права й має на меті обмеження свавілля державної влади і захист прав людини*[[44]](#footnote-44)*.*

**4. Верховенство права і правосуддя**

Фундаментальною національною гарантією прав людини і водночас вимогою верховенства права є незалежна, неупереджена й некорумпована *судова влада* — відокремлена гілка державної влади, що має монопольне право здійснювати *правосуддя* у державі, незалежність та ефективність якої є важливими умовами верховенства права і забезпечення прав людини у цивілізованому демократичному суспільстві.

Проблема розбудови та реформування судової влади в Україні є предметом перманентного теоретичного дискурсу та практичної діяльності великої кількості українських та зарубіжних науковців, чиновників, громадських діячів та інших зацікавлених осіб упродовж останніх десятиліть, тобто усієї сучасної вітчизняної історії. Довгий, тернистий та, як іноді здається, нескінченний шлях розбудови та реформування судової влади є, фактично, відбиттям головних рис і властивостей шляху України до європейської цивілізації та її універсальних цінностей. Адже в когорті засадничих ідей, що вплинули на європейську цивілізацію й сформували її теперішнє обличчя, одне з найпочесніших місць обіймає саме ідея судової влади, без реального втілення якої мета розбудови правової державності, впровадження верховенства права у щоденне буття політичної нації є недосяжною.

В історії світової, передовсім західної, правової думки від давніх часів до сучасності простежується наступність ідей судової влади, її визначальних функцій та принципів здійснення, суспільної корисності правосуддя, проглядається якісний розвиток ідей про світську природу цієї влади, спочатку суто функціональну, а пізніше й організаційно-правову її відокремленість від інших державних інститутів. У працях видатних мислителів минулого виявляються її значущість для суспільного розвитку й розв’язання соціальних конфліктів, необхідність її легалізації та легітимації, органічну «вбудованість» у систему вимог верховенства права[[45]](#footnote-45).

Вирішенню надзвичайно актуальної для сучасної вітчизняної практики проблеми розбудови незалежної та ефективної судової влади присвячені, зокрема, *статті «Федераліста»*, авторами яких є американські конституціоналісти *Александер Гамільтон*, *Джеймс Медісон* та *Джон Джей*. На думку Гамільтона, суди ніколи не становитимуть загрози для загальної свободи народу, проте можуть бути дуже небезпечними в союзі з будь-якою з інших гілок влади, від якої повсякчасно ризикують зазнати утиску, залякування та впливу внаслідок своєї природної слабкості. Перешкоду цій небезпеці Гамільтон вбачає у встановленні системи забезпечення незалежності судів. До цієї системи входять незмінюваність суддів (довічне здійснення ними своїх повноважень за умови їх бездоганної поведінки під час перебування в суддівській посаді) та належна оплата їхньої праці. Цілковита незалежність судів є особливо важливою для реалізації ними права визнавати нечинними акти законодавчої влади через їхню невідповідність конституції. Проте з цього не випливає висновок про верховенство судової влади над законодавчою. Гамільтон підкреслює, що це право означає лише, що влада народу є вищою за обидві, і там, де воля законодавчого органу, висловлена в його законах, суперечить волі народу, висловленій у Конституції, судді мають керуватися не законами, а Конституцією. Саме це право надає можливості розглядати суди як «бастіони обмежувальної Конституції проти зазіхань законодавчої влади»[[46]](#footnote-46).

Окреме місце в історії правових учень обіймає *доктрина судового конституційного контролю*. Ідею саме судового конституційного захисту прав людини державознавці висували ще у XVIII-XIX ст. (*Еммануель-Жозеф Сійєс*, *Роберт фон Моль*, *Рудольф фон Ієрінг*, *Леон Дюґі* та ін.). Проте лише *Ганс Кельзен* у працях «Загальне вчення про державу» та «Судова гарантія Конституції (конституційна юстиція)» обґрунтував необхідність створення окремого, єдиного органу конституційної юстиції для судового захисту Конституції — *конституційного суду*. На думку мислителя, цей орган є необхідним, щоб вирішувати конфлікти між вищими державними органами щодо їхньої компетенції й визнавати видані ними юридичні акти недійсними в разі їх невідповідності Конституції. Водночас він є чинником політичної стабільності, захисником демократичних принципів[[47]](#footnote-47).

У наш час ідея судової влади, її високої соціальної значущості, суддівської незалежності та безсторонності як вимог верховенства права практично втілюється не лише в національних конституційних актах та поточному законодавстві, а й у міжнародних документах. Так, резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29.11.1985 р. та 13.12.1985 р. схвалено *Основні принципи незалежності судових органів* (закріплено 20 основних принципів), резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН від 27.07.2006 р. № 2006/23 схвалено *Бангалорські принципи поведінки суддів від 19.05.2006 р.* (визначено такі показники етичної поведінки суддів, як незалежність, об’єктивність, чесність та непідкупність, дотримання етичних норм, рівність, компетентність та старанність; закріплено принципи, що відповідають цим показникам та правила їх застосування). Рада Європи у ст. 6 ЄКПЛ проголошує право на справедливий суд, відповідно до якого, зокрема, кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов’язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Детальне й динамічне тлумачення цієї норми ЄКПЛ міститься у рішеннях ЄСПЛ, які є важливим джерелом українського права та чинником реформування національної правової системи.

Європейська Комісія «За демократію через право» (Венеційська Комісія) у вищезгаданих *Доповіді про верховенство права* та *Контрольному переліку питань для оцінки додержання верховенства права (The Rule of Law Checklist)* визначила доступ до правосуддя, представленого незалежними, безсторонніми судами, як один з обов’язкових елементів понять «верховенство право» та «правова держава», які є не лише формальними, а й субстантивними чи матеріальними. Комісія, зокрема, зазначила, що *роль судівництва є істотно важливою в державі, заснованій на верховенстві права*. Судівництво є гарантом справедливості — основоположної цінності у державі, керованій правом. Судівництву належить бути незалежним та безстороннім (неупередженим).

*Незалежність* означає, що судівництво є вільним від зовнішнього тиску і не контролюється іншими гілками влади, особливо виконавчою. Ця вимога є невід’ємною частиною основоположного демократичного принципу поділу влади. Судді не повинні зазнавати політичного впливу чи маніпуляції.

*Безсторонність* означає, що судівництво — навіть за зовнішніми ознаками — не видається упередженим щодо результату справи.

ЄСПЛ виокремлює *чотири елементи незалежності суддів*: спосіб призначення, термін повноважень, наявність гарантій проти зовнішнього тиску (зокрема, з бюджетних питань) і те, чи сприймаються судові органи як незалежні та безсторонні (тобто легітимність судової влади — складова, яка, на жаль, завжди залишається поза увагою вітчизняних реформаторів, і недооцінка якої зводить нанівець результативність усіх зовнішньо привабливих та прогресивних проектів).

Комісія, зокрема, зазначає, що наявність достатньої кількості ресурсів є обов’язковою умовою для забезпечення незалежності судових органів від державних установ та приватних осіб, з тим, щоб судові органи могли чесно й ефективно виконувати свої обов’язки, зміцнюючи тим самим віру громадськості у справедливість та верховенство права. Можливість органів виконавчої влади урізати бюджети судової системи є одним з прикладів того, як фінансування судової системи може служити інструментом неналежного тиску. Незалежність окремих суддів від законодавчої та, особливо, від виконавчої гілки влади повинна бути забезпечена точно так само, як і незалежність судової системи в цілому. Неупередженість судових органів повинна бути забезпечена як на практиці, так і в законодавстві.

Класичною є формула, викладена в судовій практиці ЄСПЛ: *«правосуддя повинно бути не лише дієвим, але й наочним»*. Це передбачає як об’єктивну, так і суб’єктивну неупередженість. Сприйняття з боку суспільства може допомогти в оцінці того, наскільки судові органи неупереджені на практиці. Вони не повинні сприйматися як далекі від народу й бути оповитими таємницею[[48]](#footnote-48).

Усі зазначені вимоги міжнародних інституцій до *легальності* та *легітимності* судової влади, що разом визначають її правовий характер у демократичній державі, мають бути враховані на кожному етапі судової реформи, оновлення судової системи на принципах незалежності та доброчесності суддів.

Оскільки реформування судової системи є обов’язковою умовою розбудови сучасного цивілізованого суспільства у відповідності до вимог верховенства права, демократичні принципи діяльності судових органів необхідно впроваджувати в Україні. Лише незалежна, високопрофесійна, сумлінна та ефективна судова влада здатна примусити державу та її інститути відмовитися від права сили на користь сили права та його верховенства, а суспільство — повірити у незворотність цієї відмови та забезпечити її сталість цивілізованими засобами. Зрозуміло, що йдеться про реальні змістовні правові реформи на плідному природному ґрунті світового теоретичного та практичного досвіду у поєднанні з національною наполегливістю та вимогливістю.

1. Набуття чинності закону заплановано на 07. 2020 р. [↑](#footnote-ref-1)
2. Рулан Норбер. Историческое введение в право: учебное пособие для вузов / Норбер Рулан. – М.: NOTA BENE, 2005. – С. 191. [↑](#footnote-ref-2)
3. MacCormick. N. Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford, Clarendon Press, 1978.

   Alexy. R. A Theory of Legal Argumentation. Oxford, Clarendon Press,1989. [↑](#footnote-ref-3)
4. Siltala R. Law, Truth, and Reason. A Treatise on Legal Argumentation. Law and Philosophy Library. Vol. 97. Springer. 2011. P. 251-254 [↑](#footnote-ref-4)
5. Klein v. Chevron U.S.A., Inc., 202 Cal. App. 4th 1342 (Cal. App. 2d Dist. 2012) [↑](#footnote-ref-5)
6. Див. постанову Верховного Суду від 19.02.2019 р. http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79997842. [↑](#footnote-ref-6)
7. Rex v. Sussex Justices, 1, King‘s Bench Reports, 256, at 259 (1924). [↑](#footnote-ref-7)
8. Пункт 31 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Делькорт проти Бельгії» від 17 січня 1970 р. (Para. 31 of the Judgment of The European Court of Human Rights in Case of Delcourt v. Belgium, 17 January 1970, Series A no. 11) // Джерело в Інтернеті: http:// hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57467. [↑](#footnote-ref-8)
9. Куйбіда Р., Сироїд О. Посібник із написання судових рішень. – К.: «Дрім Арт», 2013. С. 12. [↑](#footnote-ref-9)
10. Петерс А. Международная защита прав человека: риск и шансы актуального развития. Институт Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву. Дайджест Публичного Права. 2014. Выпуск 3(1). С. 71 [↑](#footnote-ref-10)
11. Human Rights. First published Feb. 7, 2003; substantive revision Nov. 8, 2014. [Stanford Encyclopedia of Philosophy](https://plato.stanford.edu/index.html). URL: <https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/> [↑](#footnote-ref-11)
12. Теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. В Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін.; за ред. О. В. Петришина. Х.: Право, 2014. С. 297. [↑](#footnote-ref-12)
13. Див. більш докладно: Nolan A., Porter B., Langford M. The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal (July 16, 2009). CHRGJ Working Paper No. 15 . URL: [https://ssrn.com/abstract= 1434944](https://ssrn.com/abstract=%201434944) [↑](#footnote-ref-13)
14. Див. більш докладно: Христова Г. О. Каталог прав людини // Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Т. 3 : Загальна теорія права / редкол. : О.В. Петришин (голова) та ін.; Нац. акад. прав. Наук України; Ін-т держави і права ім. В.М Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків: Право, 2017. С. 217–224. [↑](#footnote-ref-14)
15. Study on Individual Access to Constitutional Justice on the basis of comments by G. Harutyunyan, A. Nussberger, P. Paczolay. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). URL: <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e> [↑](#footnote-ref-15)
16. Див.: Бізнес і права людини. навч. Програма / О. Уварова, Ю. Размєтаєва, К. Буряковська та ін.; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Харків : Право, 2018. – 84 с. [↑](#footnote-ref-16)
17. Walther R. UN Guiding Principles on Business and Human Rights & Effective Remedies: A state-based non-judicial grievance mechanism for Switzerland (May 15, 2014). URL: <https://ssrn.com/abstract=2486186> [↑](#footnote-ref-17)
18. International Human Rights Law / Edited by D. Moeckli, S. Shah, S. Sivakumaran, D. Harris. Oxford: Oxford University Press, 2010. Р. 129, 130. [↑](#footnote-ref-18)
19. Icelandic Human Rights Centre. Human Rights Education Project /[Human Rights Concepts, Ideas and Fora](http://www.humanrights.is/en/human-rights-education-project/human-rights-concepts-ideas-and-fora)  / [Part I: the Concept of Human Rights/ Definitions and Classifications](http://www.humanrights.is/en/human-rights-education-project/human-rights-concepts-ideas-and-fora/part-i-the-concept-of-human-rights) URL: <http://www.humanrights.is/en/human-rights-education-project/human-rights-concepts-ideas-and-fora/part-i-the-concept-of-human-rights/definitions-and-classifications> [↑](#footnote-ref-19)
20. CESCR General Comment No. 3: The Nature of States Parties’ Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant). Adopted at the Fifth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 14 December 1990 (Contained in Document E/1991/23). URL: [www.refworld.org/docid/4538838e10.html](http://www.refworld.org/docid/4538838e10.html) [↑](#footnote-ref-20)
21. Akandji-Kombe J.-F. Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights / J.-F. Akandji-Kombe // Council of Europe: Human rights handbooks, 2007. Р. 16-17. [↑](#footnote-ref-21)
22. Див. більш докладно: Христова Г.О. Про позитивні зобов’язання держави в умовах збройного конфлікту та тимчасової втрати контролю над частиною своєї території // Вісник Національної академії правових наук України : зб. наук. пр. / редкол.: О. В. Петришин та ін. Х. : Право, 2017. № 2(89). С. 54-67. [↑](#footnote-ref-22)
23. Розповідь Коука про нараду з королем Яковом є яскравим прикладом становлення ідеї верховенства права над державною (навіть королівською!) сваволею — задовго до народження як теорії поділу світської влади, так і доктрини верховенства права: «Тоді король мовив, що, на його думку, право ґрунтується на розумі й що йому та іншим розум притаманний так само, як і суддям; на що я відказав, що Бог і справді наділив його величність блискучими знаннями і великим природним хистом, але його величність не був навчений правам свого королівства Англія, і справи, які стосуються життя, чи права спадковості, чи майна, чи щастя його підданих, мають розв’язуватися не природним розумом, а штучним розумом та присудами закону, і що закон той — документ, який вимагає тривалих студій і досвіду, щоб людина могла досягти його розуміння… чим король був непомалу ображений і сказав, що це ставить закон над ним, а отже, затверджувати такий закон, як він висловився, було б зрадою; на що я відповів, що Брактон сказав: “Quod rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege” (*“Король повинен ходити не під людьми, а під Богом і під законом”*)» (Цит. за: Себайн Дж. Г., Торсон Т. Л. Історія політичної думки ; пер. з англ. — К. : Основи, 1997. — 838 с. — С. 403-404). [↑](#footnote-ref-23)
24. Енциклопедія політичної думки ; пер. з англ. — К. : Дух і Літера, 2000. — 472 с. — С. 192. [↑](#footnote-ref-24)
25. Докладніше див.: *Dicey A. V.* An Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 10th edition. — Palgrave Macmillan. — 535 p. [↑](#footnote-ref-25)
26. *Hayek F. A. von.* The Road to Serfdom : text and documents ; edited by Bruce Caldwell — Definitive ed. — L. : The University of Chicago press, 2007. — 284 p. — С. 112-123. [↑](#footnote-ref-26)
27. *Вовк Д. О.* Верховенство права і толерантність : навч. посіб. / Д. О. Вовк, Д. С. Бойчук. — Х. : ФОП Лисенко І. Б., 2018. — 170 с. — С. 17. [↑](#footnote-ref-27)
28. *Summers R.* The Principles of the Rule of Law // Notre Dame Law Review. — 1999. — Vol. 74. — P. 1691-1712. [↑](#footnote-ref-28)
29. Теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін. ; за ред. О. В. Петришина. — Х. : Право, 2014. — 368 с. — С. 335. [↑](#footnote-ref-29)
30. *Шевчук С. В.* Верховенство права / Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Т. 3: Загальна теорія права / редкол.: О. В. Петришин (голова) та ін. — Х. : Право, 2017. — 952 с. — С. 28-29. [↑](#footnote-ref-30)
31. *Ганс-Адам, ІІ.* Держава в третьому тисячолітті; пер. з англ. — К. : ДІПА, 2018. — 224 с. — С. 101-102. [↑](#footnote-ref-31)
32. Цей документ на замовлення Програми агентства США з міжнародного розвиткку (USAID) реформування сектору юстиції «Нове правосуддя» перекладено українською мовою професором Сергієм Головатим і видано під назвою *«Мірило праволаддя»* (Мірило правовладдя. Коментар. Глосарій. Rule of Law Checklist : пер. з англ. С. Головатого. — USAID, 2017. — 163 с.). У цьому розділі використано цей переклад документу, звірений з оригінальним текстом, що розміщено на сайті Венеційської комісії. [↑](#footnote-ref-32)
33. Необхідність у визначепнні вимог верховенства права Комісія пояснила так: «Законодавчі положення стосовно верховенство права — як на національному, так і на міжнародному рівнях — мають дуже загальний характер та не визначають цього поняття докладно. Це спричинило сумніви щодо самої корисності розглядати верховенство права як юридичну концепцію практичного характеру. Проте поняття верховенства права все частіше входить до текстів національного і міжнародного права та судової практики, особливо практики ЄСПЛ. Верховенство права насправді становить основоположний і спільний європейський стандарт за змістом — скеровувати та стримувати здійснення демократичної влади. З метою здобути загальновизнане чітке розуміння верховенства права, а також з’ясувати його стрижневі елементи, аби Рада Європи — міжнародна організація, що визначила верховенство права як одну із своїх трьох підвалин — могла зробити свій внесок, разом з іншими організаціями та інститутами, у практичне впровадження цього важливого принципу шляхом його тлумачення і застосування як у своїх стосунках із її державами-членами, так і в рамках національних систем її держав-членів» *(Доповідь про верховенство права*, п. 67-70). [↑](#footnote-ref-33)
34. Див., зокрема, рішення ЄСПЛ у справах *Сокуренко і Стригун проти України* від 20.07.2006 р., *Верітас проти України* від 13.11.2008 р. [↑](#footnote-ref-34)
35. Див., напр., рішення Суду ЄС у справі *Commission of the European Communities v CAS Succhi di Frutta SpA* від 29.04.2004 р. [↑](#footnote-ref-35)
36. Відповідні вимоги до нормотворчості та правозастосування були сформульовані професором Гарвардської школи права *Лоном Л. Фуллером* як такі, що складають так звану *«внутрішню моральність права»*: закони повинні мати загальний характер; закони мають бути оприлюднені, щоб громадяни знали норми, яких вони повинні дотримуватися; ухвалення і застосування законів, що мають зворотну дію, слід звести до мінімуму; закони мають бути зрозумілими; закони не повинні бути суперечливими; закони не повинні вимагати дій, що виходять за межі спроможностей тих, хто має їх дотримуватися; закони повинні бути відносно постійними; повинна існувати відповідність між формулюванням законів та їх реальним застосуванням (*Фуллер Л. Л.* Мораль права ; пер. з англ. — К. : Сфера, 1999. — 232 с. — С. 16-43). [↑](#footnote-ref-36)
37. Див., зокрема, рішення ЄСПЛ у справах *Брумареску проти Румунії* від 28.10.1999 р., *Науменко проти України* від 09.11.2004 р., *Пономарьов проти України* від 03.04.2008 р., *Христов проти України* від 19.02.2009 р. [↑](#footnote-ref-37)
38. Проблема неухильного та оперативного виконання судових рішень як необхідна умова правової визначеності та верховенства права загалом є дуже актуальною та болісною для України, на що неодноразово вказував ЄСПЛ. Так, Велика Палата ЄСПЛ у справі *«Бурмич та інші проти України»* щодо тривалого невиконання рішень українських судів наголосила, що з часу пілотного рішення у справі Іванова Україна не зробила нічого, аби вирішити проблему — кількість подібних скарг до ЄСПЛ лише зросла. Суд відзначив, що він вже виконав свою роль у цій справі, а саме: ідентифікував системну проблему, констатував порушення права на справедливий суд і надав вказівки щодо заходів, які слід прийняти Україні. Суд не вбачає своєї подальшої ролі у вирішенні питання, а повторення тих самих висновків ЄСПЛ у тисячах подібних справ не вирішить проблему. ЄСПЛ прийняв унікальне рішення у цій справі: не розглядаючи 12 143 справи, передав їх до Комітету Міністрів Ради Європи, аби останній разом з Урядом України знайшли вирішення цієї системної проблеми. Всі нові скарги до ЄСПЛ з цього питання одразу передаватимуться до Комітету Міністрів. [↑](#footnote-ref-38)
39. Докладніше див. розділ «Права людини» цього підручника. [↑](#footnote-ref-39)
40. Мірило правовладдя. Коментар. Глосарій. Rule of Law Checklist : пер. з англ. С. Головатого. — USAID, 2017. — 163 с. — С. 7-14. [↑](#footnote-ref-40)
41. Докладніше див. розділ «Правові цінності» цього підручника. [↑](#footnote-ref-41)
42. Докладніше див. розділ «Принципи права» цього підручника. [↑](#footnote-ref-42)
43. Саме таким шляхом йде і вітчизняна судова практика. Напр., у постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 21 січня 2020 р. зазначено, «що виходячи із *принципу відповідальності держави перед людиною за свою діяльність (ст. 3 Конституції України)* (курсив мій — В. С.), уповноважений державний орган належним чином буде виконувати свої повноваження з тією метою, з якою йому надано ці повноваження. Тому позивач, отримавши від уповноваженого органу за наслідками його звернення посвідки на постійне проживання в Україні мав усі підстави розраховувати, що дане рішення прийнято на підставі закону та в межах повноважень цього органу. Відтак, позивач добросовісно отримав посвідку на постійне проживання в Україні від уповноваженого органу, не знаючи про те, чи всі належні процедури виконав даний уповноважений орган при розгляді його заяви, як не має підстав і для передбачення, що заявник мав можливість перевірити правомірність проведених цим органом процедур чи достовірно знати про їх протиправність. Отже, фактичне покладення на позивача відповідальності за неналежне виконання уповноваженими державними органами функцій, покладених на них законом, не відповідає принципу верховенства права». [↑](#footnote-ref-43)
44. Слід розуміти, що жодного універсального, тим більше нормативного, визначення верховенства права не існує й не може існувати. Цікавим, зокрема, є визначення цього поняття, запропоноване колишнім Генеральним секретарем ООН *Кофі Аннаном* у його доповіді 2004 р.: «Поняття «верховенство права» (...) має стосунок до принципу врядування, за якого всі люди, інститути та установи, юридичні та фізичні особи, включаючи саму державу, відповідальні перед законами, які в суспільстві є оприлюдненими, застосовуються однаково до всіх і на основі яких здійснюється незалежне судочинство, та які відповідають міжнародним нормам і стандартам прав людини. Воно вимагає також заходів на забезпечення дотримання принципів ієрархічної вищості закону, рівності перед законом, відповідальності перед законом, справедливого застосування закону, поділу влади, участі у прийнятті рішень, правової визначеності, уникнення свавілля та процесуальної і судової прозорості» (цит. за: п. 25 *Доповіді про верховенство права*). [↑](#footnote-ref-44)
45. Див.: *Смородинський В. С.* Ідея правосуддя в історії правничої думки / Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення : колективна монографія / відп. ред. В. С. Бігун. — К. : Вид-во «Реферат», 2009. — 316 с. — (Бібліотека Міжнар. часопису «Проблеми філософії права»). — С. 46-70. [↑](#footnote-ref-45)
46. Федераліст: коментар до Конституції Сполучених Штатів / А. Гамільтон, Д. Медісон, Д. Джей ; пер. з англ. — К. : Сфера, 2002. — 492 с. — С. 392-395. [↑](#footnote-ref-46)
47. *Кельзен Г.* Судебная гарантия Конституции (Конституционная юстиция) ; пер. с нем. // Право и политика. — 2006. — № 8. — С. 5-14; № 9. — С. 5-18. [↑](#footnote-ref-47)
48. Мірило правовладдя. Коментар. Глосарій. Rule of Law Checklist. — С. 36. [↑](#footnote-ref-48)