

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
УЖГОРОДСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ**

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

АНІСІМОВ ОЛЕГ ВАЛЕРІЙОВИЧ

УДК 342.56 (477):347.962

ДИСЕРТАЦІЯ

**КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ СУДОВОЇ ДИСКРЕЦІЇ ЯК ГАРАНТІЇ
САМОСТІЙНОСТІ ТА ЕФЕКТИВНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ**

Спеціальність – 081 Право
(галузь знань – 08 Право)

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії.

Дисертація містить результати власних досліджень.

Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело _____ О.В. Анісімов

Науковий керівник: - Ленгер Яна Іванівна, докторка юридичних наук, професор, професор кафедри конституційного права та порівняльного правознавства ДВНЗ «Ужгородський національний університет».

АНОТАЦІЯ

Анісімов О.В. Конституційні засади судової дискреції як гарантії самостійності та ефективності судової влади. – *Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.*

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії з галузі знань 08 Право за спеціальністю 081 – Право. – Державний вищий навчальний заклад «Ужгородський національний університет», Ужгород, 2021.

Зміст анотації

Актуальність. Дисертація присвячена дослідженню судової дискреції, як гарантії самостійності та ефективності судової влади.

Усталені стандарти демократичного, цивілізованого зразка суспільства західного зразка окреслюють умови, за яких державна влада повинна здійснюватися на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову владу. Визначальною умовою такого поділу, служить якраз запобігання узурпації державної влади, не порушуючи при цьому принципів її єдності. Основний зміст запобігаючих чинників узурпації полягає в тому, що всі три гілки влади, взаємодоповнюють одна одну, співпрацюють між собою, проте, разом з цим здійснюють функції взаємоконтролю. Одним із засадничих декретів розподілу організації діяльності державної влади в Україні служить забезпечення функціонування в Україні системи «стримувань та противаг», зміст якої полягає в унеможливленні зосередження влади в одних руках. Судова дискреція в свою чергу виступає одним із основоположних факторів впливу самостійності судової влади та надає суду можливість на рівних засадах існувати поряд з іншими гілками влади та зберігати реальний вплив в системі «стримувань і противаг». Інститут функціонування судової дискреції, а також похідної від неї судової правотворчості, тісно пов'язані з проблемами конституціоналізму, верховенства права, верховенства конституції, оскільки з точки зору

позитивізму саме вони є беззаперечним елементом у її практичному застосуванні. Однак, чимало питань по цій темі залишаються не вирішеними. Все більшої актуальності набирають питання, що пов'язані з судовою правотворчістю, її легітимізацією та співіснуванням із законотворчістю. Удосконалення конституційних норм на основі верховенства права легітимізує позитивізм у праві та сприятиме утвердженню правової держави та гарантування прав і свобод людини.

Постановка проблеми. Суд, являючись суб'єктом правозастосування, провадить свою діяльність на засадничих елементах верховенства права, ідеологія якого є основою сучасного конституційного будівництва. Аналізуючи судову дискрецію, як явище, що функціонує на засадах верховенства права, слід звернути увагу, що в наукових працях йдеться мова про потребу переосмислення її сутності та практичного значення в правозастосовній, та правотворчій діяльності. Судова дискреція, будучи інструментом практичного характеру, набирає ваги як важіль впливу в системі «стримувань та противаг».

У даному дисертаційному дослідженні визначено поняття дискреції, досліджено зміст та класифікацію видів дискреції, серед яких судова дискреція. Розкрито конституційні засади судової дискреції, як складової функціонального елементу самостійності судової влади в Україні, та її конституційні межі. Також, визначено поняття судової дискреції та її межі.

Окрім цього, досліджено питання судової правотворчості, яка є наслідком практичної реалізації судової дискреції. Зокрема, визначено поняття та види судової правотворчості в Україні (казуальна, прецедентна), проаналізовано діяльність суб'єктів такої правотворчості. На основі аналізу природи походження судової правотворчості, запропоновано практичні механізми її впровадження в правову систему України. Також, автором запропоновано визначити статус судової правотворчості, як субсидіарної. Вироблено та обґрунтовано пропозиції щодо вдосконалення конституційно-правового регулювання судової дискреції та судової правотворчості, як

результату реалізації судової дискреції.

Досліджено вплив верховенства права на здійснення судами правосуддя в Україні, через призму дискреційних повноважень суду, які реалізовані останнім на засадах верховенства права. З метою забезпечення єдності судової практики, запропоновано надавати оцінку правовідносинам виключно на предмет їх відповідності закону або Конституції України, оскільки відповідність останніх верховенству права презюмується.

Шляхи вирішення. Серед основних завдань, які допомогли досягнути поставленої мети, автор виділяє наступні: з'ясувати сутнісне розуміння змісту дискреції; проаналізувати передумови, засади та види судової дискреції; охарактеризувати судову дискрецію, як складову функціонального елементу самостійності судової влади в Україні; дослідити особливості судової правотворчості в Україні, її види та вплив на правове урегулювання.

Результати та висновки. В ході дисертаційного дослідження автор провів комплексний аналіз конституційно-правових засад судової дискреції як гарантії самостійності та ефективності судової влади, що надало можливість обґрунтувати розуміння цієї проблематики та виокремити і запропонувати нові теоретичні та практичні висновки і положення, зокрема, у дисертації надано авторське визначення дискреції в правозастосуванні, відокремлені її ознаки, види та наведені підстави виникнення. Крім того, окреслено межі судової дискреції, запропоноване її визначення та ознаки. Разом з тим, автор сформулював визначення правотворчості, відокремив види судової правотворчості, розкрив її проблеми, а також запропонував шляхи їх подолання. Окремо увагу приділено впливу довіри до суду на його «силу» та вплив в системі «стримувань та противаг». Обґрунтовано потребу у використанні судом загальних правил юридичної техніки щодо раціонального складання та правильного викладення нормативних правових актів при здійсненні правотворчої діяльності. Сформовано позицію щодо гібридності судового прецеденту в Україні, яка полягає не тільки в природі його походження (на зламі романо-германської та англосаксонської систем права), а й в природі його

обов'язковості: обов'язковий характер для суб'єктів владних повноважень, рекомендаційний для судів та суб'єктів приватного права. Запропоновано правило подолання темпоральних та ієрархічних колізій судових прецедентів в Україні, зокрема: суди під час вирішення тотожних спорів мають враховувати останню правову позицію Великої Палати Верховного Суду (*подолання темпоральної колізії*); висновки, які містяться в судових рішеннях судової палати касаційного суду, мають перевагу над висновками колегії суддів, висновки об'єднаної палати касаційного суду – над висновками палати чи колегії суддів цього суду, а висновки Великої Палати Верховного Суду – над висновками об'єднаної палати, палати й колегії суддів касаційного суду (*подолання ієрархічної колізії*).

З метою забезпечення доведеності норм права до людей, *запропоновано на законодавчому рівні зобов'язати Верховний Суд інформувати Верховну Раду України або інший орган, який уповноважений здійснювати правотворчість, про створення ним права, а останні з метою усунення дефектів правового урегулювання, мають на підставі такого рішення суду розробити законопроект або проект постанови (залежно від суб'єкта правотворення) та прийняти його відповідно до встановленої процедури. Такий механізм забезпечить визначеність у правовідносинах та доведеність норм права людям.*

Ключові слова: дискреція, судова дискреція, межі судової дискреції, аналогія права, суд, розумність, людиноцентризм, визначеність, верховенство права.

Список публікацій здобувача:

Наукові праці, в яких відображені основні результати дослідження

1. Анісімов О.В. Конституційні засади судової дискреції як обов'язкової складової частини функціонального елементу самостійності судової влади в Україні. Науковий вісник публічного та приватного права. Випуск 5. Том 1. 2017. С. 41-46.
2. Анісімов О.В. VISEGRAD JOURNAL ON HUMAN RIGHTS №5,

2020, стаття «Судова правотворчість як продукт судової дискреції» (Judicial lawmaking as a product of judicial discretion) С.8-13.

3. Анісімов О.В. Електронне наукове видання «Порівняльно-аналітичне право» стаття «Верховенство права в сучасній Україні та його вплив на правосуддя». Випуск 1, 2020. С. 85-90.

Наукові праці, які додатково відображають наукові результати дисертації

4. Анісімов О.В. Конституційні межі судової дискреції. Тези міжнародної науково-практичної конференції Тенденції розвитку юридичної науки в інформаційному суспільстві 29-30 грудня 2017 року, м. Одеса. С. 31-34.

5. Анісімов О.В. Конституційні гарантії судової правотворчості в Україні. Тези X Міжнародної науково-практичної конференції “Закарпатські правові читання” 19-21 квітня 2018 року м. Ужгород.

6. Анісімов О.В. Вплив принципу верховенства права на принцип законності при ухваленні судом рішення: конституційні гарантії верховенства права та судова дискреція. Збірник за наслідками Міжнародної науково-практичної конференції “Правові засоби забезпечення та захисту прав людини: вітчизняний та зарубіжний досвід” 17-18 листопад 2017 року, м. Харків. Частина I. С. 17-20.

7. Анісімов О.В. Реалізація принципу верховенства права в кодексі адміністративного судочинства України. Збірник за наслідками всеукраїнського юридичного форуму на тему «Права людини та публічне врядування» 15 березня 2018 року, м. Чернівці.

8. Анісімов О.В. Практичний аспект реалізації верховенства права щодо внутрішньо переміщених осіб. Збірник за наслідками науково-практичної конференції “Права щодо внутрішньо переміщених осіб” 19-20 квітня 2018 роком. Ужгород.

9. Анісімов О.В. Закон як дискреційна межа суду. Міжнародна науково-практична конференція «Актуальні проблеми вдосконалення законодавства та правозастосування» (м. Запоріжжя, 26-27 жовтня 2018 р; тези опубліковано), С.13-16.

10. Анісімов О.В. Вплив судової правотворчості на баланс влади в Україні. Міжнародна науково-практична конференція «Закарпатські правові

читання» (м. Ужгород, 11-13 квітня 2019 р; тези опубліковано), С.200-208.

SUMMARY

Anisimov O.V. Constitutional principles of judicial discretion as a guarantee of independence and efficiency of the judiciary. – Qualifying scientific work on the rights of the manuscript.

The dissertation on competition of a scientific degree of the doctor of philosophy on a specialty 081 – the Law. – State Higher Educational Institution "Uzhhorod National University", Uzhhorod, 2020.

Summary content

Topicality. The dissertation is devoted to the study of judicial discretion as a guarantee of independence and efficiency of the judiciary.

Established standards of a democratic, civilized model of Western society outline the conditions under which state power should be exercised on the basis of its division into legislative, executive and judicial branches. The defining condition of such a division is precisely the prevention of the usurpation of state power, without violating the principles of its unity. The main content of the preventing factors of usurpation is that all three branches of government, complement each other, cooperate with each other, however, at the same time perform the functions of mutual control. One of the basic decrees on the division of the organization of state power in Ukraine is to ensure the functioning of the system of "checks and balances" in Ukraine, the content of which is to prevent the concentration of power in one hand. Judicial discretion, in turn, is one of the fundamental factors influencing the independence of the judiciary and gives the court the opportunity to coexist with other branches of government and maintain real influence in the system of "checks and balances". The institution of the functioning of judicial discretion, as

well as the resulting judicial lawmaking, are closely related to the problems of constitutionalism, the rule of law, the rule of the constitution, because from the point of view of positivism they are an indisputable element in its practical application. However, many issues on this topic remain unresolved. Issues related to judicial lawmaking, its legitimization and coexistence with lawmaking are becoming increasingly important. Improving constitutional norms on the basis of the rule of law legitimizes positivism in law and promotes the rule of law and guarantees human rights and freedoms.

Formulation of the problem. The court, being the subject of law enforcement, conducts its activities on the basic elements of the rule of law, the ideology of which is the basis of modern constitutional construction. Analyzing judicial discretion as a phenomenon that operates on the basis of the rule of law, it should be noted that scientific papers are about the need to rethink its essence and practical significance in law enforcement and lawmaking. Judicial discretion, being a tool of a practical nature, is gaining weight as a lever of influence in the system of "checks and balances".

In this dissertation research the concept of discretion is defined, the content and classification of types of discretion, among which judicial discretion is investigated. The constitutional principles of judicial discretion as a component of the functional element of the independence of the judiciary in Ukraine and its constitutional boundaries are revealed. Also, the concept of judicial discretion and its limits are defined.

In addition, the issue of judicial lawmaking, which is a consequence of the practical implementation of judicial discretion, is studied. In particular, the concepts and types of judicial lawmaking in Ukraine (casual, precedent) are defined, the activity of the subjects of such lawmaking is analyzed. Based on the analysis of the nature of the origin of judicial lawmaking, practical mechanisms for its introduction into the legal system of Ukraine are proposed. Also, the author proposes to define the status of judicial lawmaking as subsidiary. Proposals for improving the constitutional and legal regulation of judicial discretion and judicial lawmaking as a

result of the implementation of judicial discretion have been developed and substantiated.

The influence of the rule of law on the administration of justice by courts in Ukraine has been studied through the prism of the discretionary powers of the court, which are exercised by the latter on the basis of the rule of law. In order to ensure the unity of judicial practice, it is proposed to provide an assessment of legal relations solely on their subject compliance with the law or the Constitution of Ukraine, as compliance with the rule of law is presumed.

Ways to solve. Among the main tasks that helped to achieve this goal, the author identifies the following: to clarify the essential understanding of the content of discretion; analyze the preconditions, principles and types of judicial discretion; to characterize judicial discretion as a component of the functional element of the independence of the judiciary in Ukraine; to study the features of judicial lawmaking in Ukraine, its types and impact on the legal settlement.

Results and conclusions. During the dissertation research the author conducted a comprehensive analysis of the constitutional and legal principles of judicial discretion as a guarantee of independence and efficiency of the judiciary, which provided an opportunity to substantiate the understanding of this issue and highlight and propose new theoretical and practical conclusions and provisions. Law enforcement, its features, types and grounds are given. In addition, the limits of judicial discretion are outlined, its definition and features are proposed. At the same time, the author formulated the definition of lawmaking, singled out the types of judicial lawmaking, revealed its problems, and suggested ways to overcome them. Special attention is paid to the influence of trust in the court on its "strength" and influence in the system of "checks and balances". The need for the court to use the general rules of legal technique for the rational drafting and correct presentation of regulations in the implementation of law-making activities is substantiated. A position has been formed on the hybridity of judicial precedent in Ukraine, which consists not only in the nature of its origin (at the break of the Romano-Germanic and Anglo-Saxon legal systems), but also in the nature of its binding: mandatory for

subjects of power, recommendatory for courts and subjects of private law. The rule of overcoming temporal and hierarchical conflicts of court precedents in Ukraine is proposed, in particular: courts should take into account the last legal position of the Grand Chamber of the Supreme Court (overcoming temporal conflict) when resolving identical disputes; the conclusions contained in the court decisions of the court of cassation take precedence over the conclusions of the panel of judges, the conclusions of the joint chamber of cassation - over the conclusions of the chamber or panel of judges of this court, and the conclusions of the Grand Chamber of the Supreme Court - over the conclusions of the joint chamber, chambers and panels of judges of the Court of Cassation (overcoming the hierarchical conflict).

In order to ensure that the rules of law are brought to the people, it is proposed at the legislative level to oblige the Verkhovna Rada to inform the Verkhovna Rada of Ukraine or another body authorized to legislate about its creation, and the latter to eliminate defects in legal regulation. court to develop a bill or draft resolution (depending on the subject of lawmaking) and adopt it in accordance with the established procedure. Such a mechanism will ensure certainty in legal relations and proof of human rights.

Key words: discretion, judicial discretion, limits of judicial discretion, analogy of law, court, reasonableness, anthropocentrism, certainty, rule of law.

List of applicant's publications:

Scientific works, which reflect the main results of the study

1. Anisimov OV Constitutional principles of judicial discretion as a mandatory part of the functional element of the independence of the judiciary in Ukraine. Scientific Bulletin of Public and Private Law. Issue 5. Volume 1. 2017. pp. 41-46.
2. Anisimov OV VISEGRAD JOURNAL ON HUMAN RIGHTS №5, 2020, article "Judicial lawmaking as a product of judicial discretion" P.8-13.
3. Anisimov OV Electronic scientific publication "Comparative and Analytical Law" article "The rule of law in modern Ukraine and its impact on

justice." Issue 1, 2020. pp. 85-90.

**Scientific works that additionally reflect the scientific results of the
dissertation**

4. Anisimov O.V. Constitutional limits of judicial discretion. Abstracts of the international scientific-practical conference Trends in the development of legal science in the information society December 29-30, 2017, Odessa. Pp. 31-34.

5. Anisimov O.V. Constitutional guarantees of judicial lawmaking in Ukraine. Abstracts of the X International Scientific and Practical Conference "Transcarpathian Legal Readings" April 19-21, 2018, Uzhgorod.

6. Anisimov O.V. The influence of the rule of law on the principle of legality in court decisions: constitutional guarantees of the rule of law and judicial discretion. Collection on the results of the International Scientific practical conference "Legal means of ensuring and protecting human rights: domestic and foreign experience" November 17-18, 2017, Kharkiv. Part IS 17-20.

7. Anisimov O.V. Implementation of the rule of law in the Code of Administrative Procedure of Ukraine. Proceedings of the All-Ukrainian Legal Forum on "Human Rights and Public Governance" March 15, 2018, Chernivtsi.

8. Anisimov O.V. Practical aspect of realization of the rule of law in relation to internally displaced persons. Proceedings of the scientific-practical conference "Rights of internally displaced persons" April 19-20, 2018 in Uzhhorod.

9. Anisimov O.V. Law as a discretionary limit of the court. International scientific-practical conference "Actual problems of improving legislation and law enforcement" (Zaporizhzhia, October 26-27, 2018; abstracts published), P.13-16.

10. Anisimov O.V. The impact of judicial lawmaking on the balance of power in Ukraine. International scientific-practical conference "Transcarpathian legal readings" (Uzhhorod, April 11-13, 2019; abstracts published), P.200-208.

ЗМІСТ

Вступ	13-19
Розділ I Правова природа дискреції	
1.1. Поняття та визначення дискреції: онтологічний підхід.....	20-36
1.2. Зміст та класифікація видів дискреції	37-56
1.3. Поняття дискреційної межі, її ознаки.....	56-71
Висновок до I розділу.....	72-74
Розділ II Реалізація судової дискреції в Україні: конституційно-правовий аспект	
1.1. Конституційні засади судової дискреції, як складової функціонального елемента самостійності судової влади в Україні.....	75-90
1.2. Види судової дискреції та її межі	90-124
Висновок до II розділу	125-127
Розділ III Судова правотворчість, як необхідний елемент самостійності судової влади в Україні	
3.1. Поняття судової правотворчості та її види	128-150
3.2. Судова правотворчість, яка здійснюється судами загальної юрисдикції (перша та апеляційна інстанція)	150-158
3.3. Судова правотворчість, яка здійснюється Верховним Судом	158-174
3.4. Судова правотворчість, яка здійснюється Конституційним Судом України	175-185
Висновок до III розділу	186-190
Висновок.....	191-200
Список використаних джерел	201-228

ВСТУП

Актуальність теми. Питання функціонування державної влади в Україні тісно пов'язано з проблемами верховенства права, конституціоналізму, верховенства конституції, її місця та ролі як фундаменального джерела права національної правової системи, а тому вони завжди будуть актуальними.

Глобальні стандарти цивілізованого суспільства західного зразка вимагають щоб державна влада здійснювалась на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Такий розподіл державної влади не порушує принцип її єдності, однак запобігає узурпації. Зміст запобіжників узурпації полягає в тому, що три гілки влади співпрацюють між собою, взаємодоповнюючи одна одну, але при цьому здійснюють функції взаємоконтролю.

Розподіл організації діяльності державної влади в Україні покликаний забезпечити функціонування в Україні концепції «стримувань і противаг», сутність якої полягає в унеможливленні абсолютизації влади в одних руках. Одним з основних важелів впливу судової влади на баланс державної влади в Україні є судова дискреція, яка є складовою функціонального елемента самостійності судової влади, та надає суду можливість на паритетних засадах співіснувати з іншими гілками влади та мати реальний вплив в системі «стримувань і противаг».

Суд, будучи суб'єктом правозастосування, здійснює свою діяльність на засадах верховенства права, ідеологія якого є основою сучасного конституційного будівництва. Досліджуючи судову дискрецію, як явище, що функціонує на засадах верховенства права, слід звернути увагу, що в наукових працях йдеться мова про потребу переосмислення її сутності та практичного значення в правозастосовчій, та правотворчій діяльності. Судова дискреція, будучи інструментом практичного характеру, набирає ваги як важель впливу в системі «стримувань та противаг».

Надзвичайно актуальним нам вбачається також питання судової правотворчості, яка є наслідком реалізації судової дискреції. Судова правотворчість отримала право на існування в Україні під впливом антиформалістської революції в Європі, результатом якої стало визнання нової «творчої» та активної ролі судді у застосуванні права та заперечення ролі судді як «вуст закону». Цей процес пришвидшений закладенням принципу верховенства права в основу сучасного судочинства.

У питаннях здійснення судової правотворчості ми занурюємось в проблематику функціонування держави та громадянського суспільства. Мова йде про Україну, країну пострадянської ментальності, свідомості та культури, яка за період незалежності не спромоглась визначити головні пріоритети розвитку політичної системи, не сформовано економічну, соціальну та правову політику. У даному разі проблеми нормативно-правового регулювання суспільних відносин полягають не стільки в недотриманні правил юридичної техніки, скільки у відсутності послідовної, зрозумілої, спрямованої на розвиток країни державної політики та контролю за її реалізацією зі сторони громадянського суспільства.

Теоретико-методологічну основу дисертаційного дослідження судової дискреції та судової правотворчості, як продукту дискреції, склали праці Д.Б. Абушенка, Н.В. Агафонові, В.І. Анішиної, В.Г. Антропова, А. Барака, Л.Н. Берг, А.Т. Бонера, В.Ф. Бохана Д. Галлигана, Ю.М. Грошевого, В.Н. Дубовицького, М.К. Закуріна, К.І. Комісарова, О.С. Лагода, В.В. Лемака, Я.І. Ленгер, О.А. Папкової, Н.М. Пархоменка, В.І. Потапенко, В.М. Шаповала, Л.А. Шарнина, С.В. Шевчука, С. В Щепалова та інших.

Дослідження верховенства права та судового контролю, конституціоналізму, склали праці таких вчених як Р. Алекси, П. Гаудер, А. Дайси, Р. Дворкін, К. Девіс, Е. Ерліх, М. І. Козюбри, М. В., Цвіка, В.І. Чушенка, тощо.

Однак, чимало питань по цій темі залишаються не вирішеними. Надалі актуальними питаннями є питання пов'язані з судовою правотворчістю, її

легітимізація та співіснування з законотворчістю. Удосконалення конституційних норм на основі верховенства права та верховенства розуму легітимізує позитивізм у праві та сприятиме утвердженню правової держави та гарантування прав і свобод людини.

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

Обрана тема дисертаційного дослідження відповідає Плану заходів з виконання Програми діяльності Кабінету Міністрів України та Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020» у 2015 році, затвердженого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 4 березня 2015 року № 213-р., Пріоритетним напрямом розвитку правової науки на 2016-2020 роки, затверджених Постановою Загальних зборів Національної академії правових наук України від 3 березня 2016 року, а також плану науково-дослідної роботи кафедри конституційного права та порівняльного правознавства ДВНЗ «Ужгородський національний університет» на 2015-2020 роки. Тема дисертаційного дослідження є складовою частиною комплексної теми «Конституційне будівництво в країнах Центральної Європи у XX-XXI ст.», яка розробляється науковцями ДВНЗ «Ужгородський національний університет» (номер державної реєстрації 0198U007793).

Мета і завдання дослідження.

Мета дослідження полягає у комплексному аналізі теоретичних положень відповідних наукових праць, міжнародних правових актів, законодавства України, практики його застосування, правової доктрини, з'ясування конституційності підґрунтя судової дискреції в Україні, проаналізувати її вплив на баланс державної влади в системі «стримувань і противаг» та обґрунтувати положення про судову дискрецію як необхідний складовий функціональний елемент самостійності судової влади.

Для досягнення вказаної мети в дисертації поставлено такі завдання, що розкривають спрямованість дослідження:

- з'ясувати сутнісне розуміння змісту дискреції;
- проаналізувати передумови, засади та види судової дискреції;

- охарактеризувати судову дискрецію, як складову функціонального елементу самостійності судової влади в Україні;
- дослідити особливості судової правотворчості в Україні, її види та вплив на правове урегулювання.

Об'єктом дисертаційного дослідження є комплекс конституційних правовідносин у сфері здійснення правосуддя, конституційного контролю, а також система конституційно-правових норм, принципів та цінностей.

Предметом дисертаційного дослідження є конституційні засади судової дискреції як гарантії самостійності та ефективності судової влади.

Методи дослідження. Методологічною основою дослідження стали основні загальні й спеціальні методи наукового пізнання, які забезпечили об'єктивний аналіз предмета дослідження. В першу чергу використані логічні методи (моделювання, аналогії, абстрагування, мисленого експерименту, аналізу, синтезу, індукції, дедукції), що дало змогу зберегти цілісну ідею верховенства права як основної цінності й фундаменту конституціоналізму в усіх розділах даної дисертаційної роботи. Застосування методу аналізу дало змогу визначити передумови, засади, види та ознаки дискреції (підрозділ 1.1., 1.2, 1.3., 2.1). Системний та структурно-функціональний методи уможливили дослідження судової дискреції, та її продукту судової правотворчості, як обов'язкового елементу самостійності судової влади (підрозділ 2.1, 2.2., 3.1, 3.2, 3.3., 3.4). За допомогою формально-юридичного методу вдалося визначення таких понять, як «дискреція», «судова дискреція», «межа судової дискреції», встановлення співвідношення понять «судова правотворчість» та «законотворчість» (підрозділ 1.1., 2.1., 2.2, 3.1.).

Емпіричну базу дослідження склали результати аналізу Конституції України та чинного законодавства України, міжнародних правових актів, рішень Конституційного Суду України, Європейського суду з прав людини, рішень Верховного Суду України, Верховного Суду, судів загальної юрисдикції та інших матеріалів конституційних проваджень, а також матеріали наукових

досліджень з філософії, теорії, конституційного та міжнародного права, дисертацій та авторефератів, монографій, навчальних підручників і посібників.

Наукова новизна одержаних результатів полягає у тому, що ця робота є комплексним монографічним дослідженням на основі наукового творчого поєднання філософії та права, що дозволило розкрити теоретичні та практичні аспекти судової дискреції, як обов'язкового елементу самостійності судової влади в Україні. У роботі обґрунтовано низку концептуальних положень, узагальнень та висновків, які відповідають критеріям наукової новизни, зокрема:

вперше:

- запропоновано механізм легітимізації судової правотворчості, як продукту дискреційних повноважень суду;

- запропоновано, на базі правових інструментів Європейського суду з прав людини, розробити додатковий механізм щодо встановлення меж судової дискреції, який унеможливить суддівське свавілля та гарантує юридичну визначеність у правовідносинах, а саме поле розумності для реалізації судової дискреції додатково обмежується, такими інструментами як «легітимна мета» та «необхідність у демократичному суспільстві»;

- запропоновано авторське визначення судової дискреції, а саме – це інтелектуально-вольова діяльність суду щодо вибору оптимального рішення (варіанту) із наявних правових альтернатив, під час розгляду та вирішення судової справи; а також запропоновано авторське визначення межі судової дискреції, а саме – це конкретно-визначене, легітимне обмеження розсуду суду, при здійсненні ним правосуддя, конституційного та судового контролю.

удосконалено:

- розмежування понять «судова правотворчість» та «законотворчість», виходячи із функціональних особливостей суб'єкта правотворчості;

- обґрунтування відмінностей між судовою правотворчістю та судовим прецедентом на основі наукових доробок.

набули подальшого розвитку:

- ідеї та пропозиції щодо закріплення на конституційному рівні статусу судової правотворчості Верховного Суду, як субсидіарної правотворчості та механізми її реалізації;

- погляди щодо з'ясування юридичної природи актів конституційного судочинства;

- пропозиції щодо розвитку судової дискреції, як обов'язкового елементу функціональної самостійності судової влади.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що викладені в дисертації положення можуть бути використані у:

- науково-дослідній роботі – для подальшого дослідження теоретико-правових аспектів судової дискреції та судової правотворчості ґрунтованому на принципі верховенства права та соціальної держави;

- правотворчій діяльності – для вдосконалення законодавства з питань правосуддя та правотворення;

- правозастосовній діяльності – для вдосконалення діяльності суб'єктів правозастосування у сфері забезпечення реалізації та захисту прав та свобод людини і громадянина;

- навчальному процесі – в юридичних та інших вищих навчальних закладах під час вивчення дисципліни «Конституційне право України», «Конституційне право зарубіжних країн», «Актуальні питання прав людини», «Конституційна правотворчість», «Юридична аргументація», «Судова практика та судова правотворчість» при написанні монографій, науково-практичних посібників, підручників, підготовці методичних рекомендацій, а також для викладання лекцій та при проведенні практичних занять.

Особистий внесок здобувача. Дисертаційна робота є самостійним науковим дослідженням автора. Висновки, рекомендації та пропозиції, в тому числі ті, що характеризують наукову новизну, дисертантам одержані і сформульовані особисто. У дисертаційному дослідженні ідеї та розробки, що належать співавтору чи співавторам, не використовувались.

Апробація результатів дисертації. Основні положення, узагальнення та висновки дисертаційного дослідження автором апробовані на засіданнях кафедри конституційного права та порівняльного правознавства ДВНЗ «Ужгородський національний університет».

Основні положення та висновки дисертації були оприлюднені на міжнародних науково-практичних конференціях, зокрема: Міжнародна науково-практична конференція «Правові засоби забезпечення та захисту прав людини: вітчизняний та зарубіжний досвід» (17-18 листопад 2017 р., тези опубліковано); Міжнародна науково-практична конференція «Тенденції розвитку юридичної науки в інформаційному суспільстві» (м. Одеса, 29-30 грудня 2017 р.; тези опубліковано); Міжнародна науково-практична конференція «Закарпатські правові читання» (м. Ужгород, 19-21 квітня 2018 р; тези опубліковано); Міжнародна науково-практична конференція «Здійснення та захист прав внутрішньо переміщених осіб» (м. Ужгород, 20 квітня 2018 р; тези опубліковано); Міжнародна науково-практична конференція «Актуальні проблеми вдосконалення законодавства та правозастосування » (м. Запоріжжя, 26-27 жовтня 2018 р; тези опубліковано); Міжнародна науково-практична конференція «Закарпатські правові читання» (м. Ужгород, 11-13 квітня 2019 р; тези опубліковано).

Публікації. Основні положення дисертації викладені у чотирьох наукових статтях, опублікованих у фахових виданнях, у тому числі в двох зарубіжних наукових виданнях, а також у шести тезах доповідей на науково-практичних конференціях.

Структура дисертації обумовлена метою та завданнями дослідження. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, котрі поділені на 9 підрозділів, висновків, списку використаних джерел, що містить 214 найменувань. Загальний обсяг дисертації становить 228 сторінок, з них основного тексту – 180 сторінок.

1. ПРАВОВА ПРИРОДА ДИСКРЕЦІЇ

1.1. Поняття та визначення дискреції: онтологічний підхід

Термін дискреція не є новим для правової науки України, однак його повсякденне застосування набуло свого поширення після проголошення євроінтеграційного курсу України та імплементації стандартів права Європи.

Все частіше суб'єкти правозастосування у своїх рішеннях використовують визначення "дискреція". Як приклад зазначеному можна навести постанову Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 01.02.2018, у справі №634/609/15-к (провадження №51-658 км 17) [1], постанову Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 30.07.2020, у справі №826/10085/16 (провадження №К/9901/11767/19) [2], рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідальності Конституції України (конституційності) окремих положень абзацу першого пункту 40 розділу VI "Прикінцеві та перехідні положення" Бюджетного кодексу України від 11.10.2018, справа №1-123/2018 (4892/17) №7-р/2018 [3], рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідальності Конституції України (конституційності) абзацу сьомого частини дев'ятої статті 11 Закону України "Про державну допомогу сім'ям з дітьми" (справа про

припинення виплати допомоги при народженні дитини) від 08.06.2016, справа №1-2/2016 №3-рп/2016 [4], тощо.

Разом з цим, повсякденне застосування терміну «дискреція» суб'єктами правозастосування, не свідчить про розуміння його походження. Уніфікованого, загальнотеоретичного визначення дискреції на сьогодні не існує, можемо стверджувати, лише про існування дефініцій, які запропоновані окремими авторами.

У правовій науці зазвичай досліджують окремі види дискреції, зокрема найбільш поширеними є адміністративна або судова дискреція [5;6;7;8, с.278-279; 9, с.194-198; 10, с.55; 11, с.26; 12, с.49; 13, с.359; 14, с.144-145; 15, с.63-64; 16, с.98-103; 17, с.41], менш поширеною є дискреція правотворця [18, с.6,72; 19, с.9; 20, с.47-55; 21, с.304-308; 22, с.93-94; 23, с.18-19; 24, с.77; 25, с.18; 26, с.150-154; 27, с.13-14]. При цьому судову дискрецію досить часто пов'язують виключно із правозастосуванням [28, с.39], не досліджуючи при цьому її правотворчий характер.

Крім цього, варто зазначити, що серед науковців не існує єдиної позиції щодо науково-правової необхідності існування дискреції (розсуду). Зокрема, противники дискреції, вважають, що розсуд є наслідком недосконалості законодавчої техніки [29, с.9-10], тоді як прихильники дискреції в правозастосуванні обґрунтовують її природну необхідність, як одного з допоміжних елементів правового регулятора.

Зазначене вище ускладнює дослідження питання щодо розуміння дискреції.

У зв'язку із зазначеним, враховуючи тематику нашого дисертаційного дослідження, вважаємо за необхідним, перш за все встановити підстави для виникнення дискреції, навести доктринальні концепції її розуміння, відмежувати дискрецію від зовні подібних, а внутрішньо відмінних інститутів, якими є свавілля та диспозитивність та, з урахуванням проаналізованого, вивести своє визначення дискреції та її ознаки.

До висвітлення зазначених питань надамо пояснення деяким термінам, які будуть застосовуватись у цій роботі.

Отже, у вітчизняній юридичній літературі “дискрецію” ототожнюють з “розсудом”, які за своїм семантичним походженням мають одне змістове значення. Зазначене пояснюється тим, що Україна після проголошення незалежності продовжувала використовувати термінологію притаманну юридичній науці дореволюційної Росії та Радянського Союзу, де застосовували зазвичай визначення “розсуд”, тоді як правознавці загальної (англо-американської) правової сім’ї використовували термін “дискреція” [30, с.598]. У зв’язку із запозиченням Україною термінології англо-американської правової сім’ї, свого поширення набуло використання терміну «дискреція», а тому в цій роботі дані юридичні терміни будуть застосовуватись рівнозначно.

При визначенні поняття “дискреція” науковці зазвичай виходять із визначення дискриційних повноважень або дискреційної влади, під якими розуміють: надання органу влади або посадовій особі повноваження діяти на власний розсуд в межах закону [31, с.704]; вирішення посадовою особою або державним органом будь-якого питання на власний розсуд [32, с.344]; спосіб реалізації публічної (тобто з боку держави і місцевого самоврядування) влади, за яким відповідний суб’єкт влади (орган чи посадова особа) застосовує надані йому в межах закону повноваження на власний розсуд, без необхідності узгодження у будь-якій формі своїх дій з іншими суб’єктами [33].

Верховний Суд у наведеному вище рішенні від 01.02.2018, у справі №634/609/15-к, надав розширене визначення судовій дискреції, в якому вказав також і на її межі. Зокрема, на думку Верховного Суду «поняття судової дискреції (судового розсуду) у кримінальному судочинстві охоплює повноваження суду (права та обов’язки), надані йому державою, обирати між альтернативами, кожна з яких є законною, та інтелектуально-вольову владну діяльність суду з вирішення у визначених законом випадках спірних правових питань, виходячи із цілей та принципів права, загальних засад судочинства,

конкретних обставин справи, даних про особу винного, справедливості й достатності обраного покарання тощо» [1].

У контексті зазначеного варто зауважити, що слово “дискреція” походить від французького слова “discretionnaire”, яке в перекладі означає залежний від власного розсуду і вперше було вжито на території де знаходиться сучасна Україна в 1705 році внаслідок застосування німецького слова “Diskretion” або польського слова “dyskrecja” [34].

Дискреція як юридичний інструмент практичного характеру має об’єктивно обумовлені передумови (підстави) для свого виникнення, які умовно можна розділити на чотири групи.

До першої групи слід віднести перманентну змінність суспільних відносин, внаслідок яких законодавець немає можливості створити тривало діючі правові норми, оскільки в силу їх динамічності, важко прогнозувати напрямки економічних та політичних змін в країні. У таких випадках дискреція, за задумом законодавця сприяє адаптації діючого нормативно-правового акту до нових відносин, що склалися після його прийняття.

До другої групи слід віднести дефекти законодавчої техніки, які породжують правову невизначеність (лакуни, колізії). У такому разі суб’єкт правозастосування фактично добудовує законодавчо невизначену норму, шляхом використання легальних правових механізмів.

До третьої групи підстав слід віднести усунення законодавчих обмежень прав людини, що гарантовані Конституцією України. По своїй природі така підстава подібна попередній підставі, за виключенням того, що у даному разі мова йде не про дефекти законодавчої техніки застосованої в конкретному законі, а про самий закон який є дефектним, в силу його не відповідності Конституції. У цьому випадку суб’єкт правозастосування, яким як правило є суд, фактично здійснює правотворчу діяльність та у своєму рішенні надає оцінку закону на предмет відповідності Конституції. Даний вид дискреції є найбільш складним та суперечливим, про що буде зазначено далі.

До четвертої групи підстав для виникнення дискреції можна віднести відсутність доцільності в формуванні абсолютно визначеної норми. Як приклад цього можна навести положення Особливої частини Кримінального кодексу України в частині санкцій, які бувають альтернативними та відносно-визначеними. З даного приводу Г.Т. Ткешеліадзе писав, що «...законодавець обмежується встановленням загальних правил, які, з однієї сторони, виключають судову свавілля, а з іншої, надають можливість суду врахувати індивідуальні особливості скоєного злочину і особи злочинця» [35, с.114].

Отже, аналізуючи викладене, слід прийти до висновку, що підстави для виникнення дискреції не завжди охоплюються волею законодавця, оскільки остання виникає і всупереч положень закону, зокрема внаслідок його дефектності. Недосконалість юридичної техніки породжує правову невизначеність, подолати яку мають суб'єкти правозастосування, діючи відповідно до єдиних стандартів реалізації дискреційних повноважень.

Дискреція явище багатогранне та малодосліджене, і як зазначалось раніше, на сьогодні говорити про уніфікований підхід до її визначання та поняття зарано.

Зокрема, огляд наукових робіт вітчизняних та закордонних наукових фахівців свідчить, що правова наука не виробила однакового підходу щодо визначення дискреції, оскільки існують різні концепції щодо її правової природи. Будь-яку із зазначених концепцій визначення дискреції важко назвати бездоганною та єдино правильною, оскільки зерно раціоналізму присутнє в кожні з них. Ми може стверджувати лише про те, що всі вони мають право на життя та є необхідними для вивчення з метою праворозуміння.

У науковій літературі існує декілька підходів щодо визначення дискреції. Відмінність в цих підходах полягає в обсягам свободи суб'єкта правозастосування при реалізації дискреції та її змістовій сутності. При цьому варто зазначити про єдність позицій в частині того, що абсолютно визначена норма, однозначно виключає дискрецію в силу природньої наявності вибору суб'єкта правозастосування при реалізації дискреційних повноважень.

Аналізуючи наукові визначення дискреції, слід прийти до висновку, що в них прослідковується їх логічний зв'язок з підставами для її виникнення.

Зокрема, одні автори приймають за основу нормативний характер дискреції, а саме розуміють її як нормативно обмежену область свободи (вибору) суб'єкта публічної адміністрації, джерелом якої є нормативно-правовий акт. Тобто у даному разі дискреція подається як нормативно передбачена діяльність суб'єктів правозастосування щодо розумного вирішення юридичної справи.

На думку авторів такої концепції, чинне законодавство містить відповіді на вирішення будь-якого питання, які суб'єкт правозастосування має віднайти при оцінці ситуації.

Прихильником такої концепції є Р. Дворкін, який порівнював дискрецію з пончиком, “дірка якого є дискрецією, а бока - його обмеженням, встановленні нормами права” [36, с.35].

Таку ж позицію обрав російський автор А.М. Одарченко, який зазначав, що правові норми не можуть у повному обсязі визначати порядок дій державного органу або посадової особи, а тому існують норми, що носять невизначений характер та надають виконавцю свободу вибору щодо обрання умов своєї діяльності та прийняття рішень. Таку свободу А.М. Одарченко називав розсудом [37, с.38].

Зазначений підхід до розуміння дискреції носить позитивістський підхід, оскільки спирається виключно на свободу (вибір), який надається суб'єкту публічної адміністрації нормативно-правовим актом.

Така концепція знайшла своє відтворення в Конституції України, відповідно до статті 6 якої органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України, а згідно частина 2 статті 19 органи державної влади та місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб передбачений Конституцією України [38].

При цьому варто зазначити, що ми не поділяємо позиції прихильників першої концепції розуміння дискреції правозастосування, щодо існування «єдиного законного рішення» вирішення тієї чи іншої справи, оскільки така законодавча безальтернативність суперечить самій природі права та спростовує факт існування дискреції (остання завжди має вибір серед законних альтернатив).

Як приклад цього можемо навести санкції статей Особливої частини закону про кримінальну відповідальність, які по своїй природі є відносно-визначеними або альтернативними, що передбачає власний розсуд суду при обранні міри покарання засудженій особі. При цьому, якщо до прикладу санкція статті передбачає міру покарання від двох до п'яти років позбавлення волі, будь-яке рішення суду в межах цієї санкції буде законним при наявності багатьох альтернатив щодо визнання строку покарання.

Інші автори притримуються іншої концепції щодо визначення дискреції, в якій посилена роль суб'єктивізму суб'єкта правозастосування при її реалізації. Зокрема, на їхню думку нормативно-правовий акт не завжди містить єдине рішення щодо вирішення того чи іншого питання, таких законних рішень може бути декілька, і суб'єкт правозастосування на власний розсуд має обрати одне з таких рішень.

До таких авторів можна віднести відомого ізраїльського юриста А. Барака, який у своїй праці “Суддівський розсуд” зазначив, що “розсуд - це повноваження, яке надається особі, яка наділена владою обирати між двома або більше альтернатив, коли кожна з альтернатив законна ” [39, с.43].

Фактично А.Барак вважав, що нормативно-правовий акт не може абсолютно врегулювати відносини, які потребують правового регулювання, не залишивши місця для розсуду суб'єкта правозастосування, при обранні рішення з можливих законних альтернатив.

Такої ж позиції притримувався Д. Галлиган, який зазначив, що «розсуд це область автономії, в якій рішення правового питання відображає суб'єктивну думку суб'єкта правозастосування» [40, с.41] та К. І. Комісаров, який під

дискрецією розумів «... повноваження приймати, погодившись з конкретними умовами, таке рішення з питань права, можливість якого слідує з загальних та лише відносно визначених вказівок закону» [41, с.44].

Окремо необхідно зазначити про прихильників третьої концепції щодо розуміння дискреції. Зокрема, на їхню думку суб'єкти правозастосування мають більше свободи при реалізації дискреційних повноважень і фактично здійснюють правотворчість.

До прихильників такої концепції слід віднести німецького вченого правознавця Р. Краутхаузена, на думку якого розсуд це «правові дії, що здійснюються відповідно до особистої відповідальності і у відповідності з розумінням норми права уповноваженою особою для виконання передбаченої законом мети» [42, с.49] та С.А. Авак'яна, який вважає, що «в конституціях і близьких до неї актів закріплюється головне, мінімум, решта є долею практики, у тому числі і практики нормативно-правового регулювання, а тут і свободи розсуду може бути достатньо» [43, с.50].

Також, серед прибічників цієї концепції варто відзначити Г. Харта, який вважав розсуд діяльністю, який більше притаманний правотворчий характер, ніж правозастосовний. Зокрема він вважав, що у разі відсутності норм, які мають чіткі межі застосування, «судді мають право приймати рішення на свій розсуд, створюючи тим самим нові закони» [44, с.55].

Елементи цієї концепції втілені в процесуальних кодексах України, зокрема в частині 4 статті 6 Кодексу адміністративного судочинства України [45], частині 11 статті 11 Господарського процесуального кодексу України [46], частині 10 статті 10 Цивільного процесуального кодексу України [47], відповідно до яких забороняється відмова в розгляді та вирішенні адміністративної справи, господарської та цивільної справи, відмова у правосудді з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини. Зазначені положення процесуальних кодексів фактично легалізують судову правотворчість, оскільки

суди, у разі відсутності законодавства, зобов'язані самі створювати право, запитувачем якого є суб'єкти звернення до суду.

Наведені концепції, ще раз підтверджують відмінності в розумінні науковцями дискреції та свідчать про неоднозначність її практичного застосування та складну природу походження.

Враховуючи викладене вище, теоретичну сутність дискреції можна визначити, як невід'ємну складову правового врегулювання в сучасному світі, яка завжди передбачає правову альтернативу.

Дійсно в системі об'єктивного права дискреція є областю невизначеності в регулюванні суспільних відносин, «яка була спеціально передбачена законодавцем внаслідок застосування відносно-визначених норм або склалась як дефект правового регулювання в вигляді пробілів в праві або правової колізії» [48, с.16].

Однак така область правової невизначеності або альтернативності варіантів дій не завжди прямо передбачена законом, інколи для її виявлення необхідно провести системний аналіз існуючих норм, який зазвичай здійснюється суб'єктом правозастосування при здійсненні правозастосовної діяльності. У даному разі йдеться про відшукування суб'єктом правозастосування невизначеності в правових нормах, яка потребує нормативного врегулювання в силу своєї природи походження. Така невизначеність може мати місце в будь-якому структурному елементі класичної норми (диспозиція, санкція або гіпотеза) і саме застосування дискреції таку невизначеність усуває, тобто дискреція доповнює собою структурний елемент норми права.

У сучасній загальнотеоретичній науці поруч з нагадуванням про дискрецію в правозастосуванні, досить часто загадують і про свавілля суб'єкта правозастосування. Як приклад зазначеного можна навести пункт 52 доповіді Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанська Комісія) «Верховенство права» від 04.04.2011 року, №512/2009, яка схвалена Венеціанською Комісією на 86 пленарному засіданні (Венеція, 25-26 березня

2011 року) [49], позиції М.В. Козюбри, який серед основних елементів верховенства права називає обмеження дискреційних повноважень, наявність яких «часто призводять до порушень прав і свобод громадян, створюють ґрунт для корупції та інших зловживань» [50, с.367-368], тощо.

Крім цього, на думку С.Г. Шевцова, який провів семантико-етимологічне дослідження дискреції та свавілля, зазначені терміни є синонімами, у яких різні змістові відтінки: у дискреції є якісь межі, а у свавілля жодних [51, с.39-40; 52, с.43-44].

З даним визначенням погодитись важко, оскільки синонімізм свідчить перш за все про змістову подібність. У даному разі про змістову подібність дискреції та свавілля мова йти не може, оскільки під свавіллям необхідно розуміти: необмежену владу, відсутність законності, справедливості; схильність діяти на власний розсуд, не зважаючи на волю й думку інших, самовілля [53, с.63], в той же час під дискрецією суб'єкта правозастосування необхідно розуміти вибір на власний розсуд справедливого рішення. Отже, по своєму змістовому навантаженню дискреція та свавілля є антонімами, а тому ототожнювати їх не можна.

Діяльність суб'єктів правозастосування під приводом реалізації дискреційних повноважень може носити ознаки свавільності, однак така реалізація свідчить про хибність вибору суб'єкта варіанту поведінки. Свавільність це результат (стан) хибної, протиправної реалізації суб'єктом правозастосування повноважень, а не інтелектуальна-вольова діяльність щодо вибору оптимального рішення.

Дискреційність в правозастосуванні не слід плутати з диспозитивністю. Так, диспозитивний метод правового регулювання передбачає вільну регуляцію поведінки юридично рівними суб'єктами права на підставі принципів та норм права. У даному разі, «правомірні дії суб'єктів права, здійснювані ними за власним розсудом і ініціативою, тут виступають вже як не владне, а індивідуальне, «автономне» і добровільне джерело юридично значущих вчинків» [54, с.248]. Зазначений метод більш притаманний для приватного

права, оскільки передбачає певну автономність при виборі варіанту своєї поведінки. Тоді як дискреція в правозастосуванні притаманна суб'єктам владних повноважень, які на виконання своїх владних управлінських функцій здійснюють правозастосування. Тобто, такі суб'єкти мають виключно публічний інтерес, мови про рівність сторін у даному разі не йде.

Дійсно як дискреційність повноважень, так і диспозитивність мають спільні риси в частині дій за власним розсудом при виборі варіанту своєї поведінки, однак вони мають абсолютно іншу правову природу в частині розпорядження цим правом.

Дискреційність повноважень це не тільки право суб'єкта правозастосування це, як правило, і його обов'язок, тоді як диспозитивність це свобода вибору суб'єкта правовідносин щодо реалізації свого суб'єктивного права. З даного приводу варто навести слова Е.В. Васьковського, який зазначив, що «процесуальні права суду є разом з тим і його обов'язками» [55, с.625].

Водночас відзначимо, що у правозастосувача може скластись враження, що чинне законодавство України містить норми, які з точки зору їх системно-граматичного тлумачення не створюють перед ним конкретні обов'язки при реалізації дискреції. Однак, на нашу думку, таке тлумачення норм права свідчить про поверхневність в їх розумінні, оскільки суб'єкт владних повноважень завжди зобов'язаний діяти в інтересах особи, тобто на ньому «висить» обов'язок прийняти оптимальне рішення, з урахування балансу між приватним та публічним інтересом.

За для справедливості необхідно зазначити, що не всі науковці притримуються такої позиції, і вважають, що обов'язок не є складовою частиною розсуду, оскільки на їх думку не може бути обов'язку інтелектуально-вольової діяльності, а може бути виключно обов'язок щодо створення її кінцевого «продукту» [56, с.13]. Дійсно, можливо погодитись, що інтелектуально-вольова активність суб'єкта владних повноважень спрямовується на об'єкт, який відноситься до області розуму, а не до матеріального світу. Однак дискреція це не тільки процес мислення, а й обрання

оптимального варіанту із запропонованих альтернатив. Сам процес мислення суб'єкта правозастосування, обумовлений обов'язком прийняти оптимальне рішення, і сама цей обов'язок породжує обов'язок суб'єкта правозастосування здійснювати інтелектуально-вольову діяльність. Не може йти мова про право суб'єкта правозастосування на інтелектуально-вольову діяльність, при наявності обов'язку прийняти відповідне рішення. У даному разі обов'язок несе загальний характер, право в дискреції кореспондуються з обов'язком і в цьому полягає сутність повноважень суб'єкта владних повноважень. В іншому разі, за відсутності у суб'єкта правозастосування обов'язку на здійснення інтелектуально-вольової діяльності, є ризик, що результат прийняття рішення буде залежати від випадковості (підкидання монети, гадання, тощо), що суперечить праву як такому. За таких обставин, ми вважаємо, що не варто виключати обов'язок як складової частини дискреції.

Окремі вчені, норми, які надають суб'єкту правозастосування можливість здійснювати власний розсуд, називають «ситуативними» [41, с.49-50], оскільки їх дії залежать від конкретної ситуації. Однак, на нашу думку, в праві не може йти мови про «ситуативні» норми, оскільки норма, не дивлячись на її недосконалий, а часом з елементами дефекту характер, є сталим елементом, в основі створення якого лежить в тому числі принцип юридичної визначеності, а тому «ситуативними» можуть бути рішення, які приймаються суб'єктом правозастосування, і така «ситуативність» має відповідати правовій оптимальності.

Як зазначалось нами вище, дискреція це завжди вибір, а вибору притаманні інтелектуальний та вольовий момент.

Інтелектуальний момент дискреції полягає в тому, що суб'єкт правозастосування здійснює аналіз можливих варіантів щодо вирішення справи. Це кропітка розумова діяльність, метою якої є вибір найбільш розумного. При цьому варто зазначити, що така діяльність завжди носить суб'єктивний характер, оскільки залежить безпосередньо від рівня правової культури, соціального статусу, віку суб'єкта правозастосування, яким насамперед є

людина. З даного приводу В.Ф. Бохан писав, що свобода розсуду це творча, інтелектуальна-вольова діяльність компетентного суб'єкта, в процесі, якого кінцево формується його моральна позиція у справі, що розглядається [57, с.94].

При тлумаченні норми не достатньо брати до уваги виключно її формальний зміст, а також необхідно враховувати умови та фактори за яких вона приймалась, мету її прийняття, тощо. Виключно буквальне тлумачення за обсягом не завжди відповідає очікуванням суспільства, а тому суб'єкт правозастосування має застосовувати розширене тлумачення. Норма це живий організм, який еволюціонує зі зміною політичного та економічного середовища держави. Сталість в розвитку права не свідчить про його стабільність, оскільки право має пристосовуватись до реалій сьогодення, інакше воно втратить свою головну мету - соціального регулятора суспільства. З даного приводу доречно навести думку А.Барака, який зазначив, що «слова статуту (у даному разі йдеться мова про нормативно-правовий акт)¹ – це не фортеця, яку необхідно взяти за допомогою словника, а оболонка живої ідеї, яка змінюється разом з обставинами часу і місця так щоб здійснити головну мету статуту» [39, с.74].

Сам процес аналізу можливих варіантів при вирішенні справи це завжди дія, а тому носить динамічний характер.

Після аналізу можливих варіантів, суб'єкт правозастосування має здійснити вибір, який на його думку є найбільш розумним в цій ситуації. В цьому полягає вольовий момент дискреції. Без вольового моменту мислення б перетворилося в безкінечний пошук істини, а тому в дискреції не може йти мови про відокремленість інтелектуального від вольового моменту, який формально виражається у прийнятому рішенні. Обрання остаточного рішення є кінцевим етапом реалізації дискреційних повноважень суб'єктом правозастосування, після чого правовідносини набувають статичного характеру в силу своєї урегульованості.

¹ Пояснення від автора дисертації

Наявність дискреції обумовлена перманентною змінністю природи суспільних відносин, внаслідок чого не можливо точно прогнозувати ту чи іншу ситуацію, яка в силу своєї природи підлягає нормативному врегулюванню.

Законодавчі ініціативи щодо «очищення» від дискреції нормативно-правових актів приречені на невдачу, оскільки дискреція існує поза волею законодавця, як існує правомірний вибір людини поза волею правителя. При цьому бажання «подолати» дискрецію, призводить до надмірної урегульованості правовідносин, що має наслідком втрату правової легітимності, в силу того, що доведення усіх законів до людини та розуміння їх останніми є неможливим, у зв'язку з фізіологічними можливостями людини щодо сприйняття та аналізу інформації.

Дискреція це інструмент вибору оптимального рішення із наявних правових можливостей на момент вибору.

У даному разі «оптимальне» є синонімом слова «найкраще», яке має бути легітимним та задовольнити розумні та законні очікування суб'єктів правовідносин, яких стосується рішення прийняте в межах дискреційних повноважень.

Вибір суб'єкта правозастосування, який здійснюється в межах дискреційних повноважень, завжди здійснюється в межах права, не свавільно. Його реалізація відбувається у доступний та зрозумілий спосіб.

При цьому необхідно відмітити, що дискреція це не лише діяльність суб'єкта правозастосування щодо здійснення вибору, дискреція це також, в методологічному плані, і правовий спосіб врегулювання суспільних відносин. У цій роботі ми приділяємо більше уваги, саме практичному аспекту дискреції щодо вибору оптимального рішення.

Отже, підсумовуючи зазначене вище, можемо сформулювати, на нашу думку найбільш оптимальне визначення дискреції в правозастосуванні, яке висвітлює перш за все його практичну, а не методологічну складову. При формуванні даного визначення ми не говоримо про межі дискреції, оскільки це окрема тема для висвітлення в цій роботі.

Дискреція в правозастосуванні це інтелектуально-вольова діяльність суб'єкта правозастосування щодо вибору оптимального рішення (варіанту) із наявних правових альтернатив.

З наведеного визначення можемо відокремити ознаки дискреції в правозастосуванні.

До першої ознаки слід віднести інтелектуально-вольову діяльність суб'єкта правозастосування при реалізації дискреційних повноважень. Надаючи пояснення зазначеному, необхідно відзначити, що дискреція це завжди правозастосовча діяльність, а тому їй притаманні стадії такої діяльності. Зокрема: перша (фактична) стадія — це встановлення фактичних обставин справи; другою (юридичною) стадією є вибір і аналіз правової норми; третя стадія правозастосування це прийняття рішення у справі [54, с.412-413]. Дискреція не є обов'язковим фундаментальним елементом правозастосовчої діяльності, її застосування носить субсидіарно-виключний характер в силу природи свого походження.

До другої ознаки дискреції слід віднести спеціального суб'єкта її застосування, яким є суб'єкт владних повноважень, що реалізує своєї владні управлінські функції на виконання вимог нормативного-правового припису або внаслідок реалізації делегованих повноважень. Тобто, фактично це є суб'єкт публічного права, рішення якого породжують обов'язкові юридичні наслідки і забезпечується можливістю застосування державного примусу.

При цьому варто зазначити, що в науковій літературі існує думка, що суб'єктом який реалізує дискреційні повноваження може бути також і фізична особа або інший суб'єкт приватного права [58, с.84-99; 59, с.102-104; 60, с.7; 61, с.12-17, 51, с.38].

Вважаємо такий підхід щодо широкого тлумачення дискреції помилковим, виходячи з наступного. Дійсно суб'єкти приватного права наділені свободою вибору, що визначає їх поведінку в суспільстві (як приклад можна навести свободу договору). Однак така свобода вибору по своїй правовій природі є диспозитивністю, а не дискрецією. Свобода суб'єкта приватного права

сутнісно відрізняється від повноважень суб'єкта владних повноважень, останній здійснюючи свою діяльність у відповідній системі координат, зобов'язаний приймати рішення, тоді як суб'єкт приватного права такими діями не обтяжений. А тому говорити про дискрецію суб'єкта приватного права не варто, оскільки його свобода вибору має абсолютний характер, що суперечить природі дискреції. Дискреція в тому розумінні, яке застосовуються в праві — безпосередньо пов'язана з правозастосуванням, а отже і підстав для дослідження її приватноправової природи в межах цієї роботи немає.

До третьої ознаки дискреції варто віднести вибір оптимального рішення (варіанту) із наявних правових альтернатив. Ця ознака фактично передбачає динамічний, інтелектуально-вольовий процес, якій полягає в виборі. Вибір не може бути свавільним, він завжди є розумним і здійснюється в певних межах, які встановлюються як нормами так і засадами права. Під оптимальним рішенням ми розуміємо те тільки обґрунтоване та законне, а також й розумне, тобто таке, що виправдовує розумні очікування суб'єктів правовідносин. У даному разі критерії розумності оптимального рішення суб'єкта правозастосування мають відповідати критеріям законності прийняття рішення, вчинення дій, бездіяльності суб'єктом владних повноважень, які викладені в частині 2 статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України [45]. Зокрема таке рішення має бути прийняте: на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що визначені 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 всім формам 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 [45].

Дотримання суб'єктом правозастосування критеріїв такої розумності свідчить не тільки про його правову основу, а й про легітимність. Крім цього, зазначений підхід сприяє уніфікації в праві та забезпечує довіру та відданість правопорядку з боку людей.

До четвертої ознаки дискреції слід віднести її обґрунтованість або іншими словами мотивування [62, с.17-19; 7, с.36-37; 63, с.43; 20, с.57;12, с.79; 64, с.147-148; 28, с.39; 65, с.95-96; 66, с.5]. Так, очевидним є те, що діяльність суб'єкта правозастосування, в тому числі при здійсненні дискреційних повноважень, має бути зрозумілою для тих кого вона стосується. Не обґрунтований вибір не буде легітимним, оскільки не буде сприйнятий людьми. Люди мають право знати чому саме таке рішення із наявних правових альтернатив обрав суб'єкт правозастосування, а останній зобов'язаний це пояснити.

Виходячи з того, що по своїй правовій природі дискреція в правозастосуванні не є абсолютною, а прийняте рішення суб'єктом правозастосування в межах дискреційних повноважень обов'язково має бути правове, слідує, що з метою унеможливлення свавілля при реалізації дискреції має існувати відповідний контроль. Звідси логічно стверджувати, що *п'ятою ознакою* дискреції є підконтрольність, яка здійснюється або судом (судовий контроль) або вищестоящим уповноваженим органом над суб'єктом правозастосування (адміністративний контроль). Така підконтрольність дискреції, сприяє її легітимізації суспільством та забезпечує правову визначеність у праві.

Як приклад вказаного можна навести положення частини 4 статті 7 Кодексу адміністративного судочинства України [45] відповідно до якої якщо суд доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції України як норми прямої дії.

У такому випадку суд після винесення рішення у справі звертається до Верховного Суду для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного

Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта, що віднесено до юрисдикції Конституційного Суду України.

За таких обставин рішення суду, яке прийняте із застосуванням дискреції правотворчого характеру підлягає контролю як судом вищої інстанції, в порядку апеляційного або касаційного оскарження, так і окремо Верховним Судом при розгляді звернення щодо наявності підстав для внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону, так і Конституційним Судом України при розгляді такого подання.

У даному разі ми не ототожнюємо правозастосовчий акт, яким є судове рішення з дискрецією, правозастосовчий акт це форма, тоді як дискреція це юридичний інструмент, який породив частину змісту судового рішення, яке підлягає перевірці.

1.2. Зміст та класифікація видів дискреції.

У минулому підрозділі нашого дисертаційного дослідження ми надали уніфіковане теоретичне визначення дискреції, яке, як і все теоретичне, є більш ідеальною ніж практичною моделлю. Його практичне застосування буде не зрозумілим без адаптації до реалій, які мають конкретний зміст. А тому, перш ніж перейти до розкриття теми цього підрозділу роботи, необхідно зрозуміти, що є змістом дискреції та в чому він полягає.

Так, застосовуючи семантичний підхід, ми прийдемо до висновку, що під змістом необхідно розуміти суть, внутрішню особливість чого-небудь; розумну основу, мету, призначення чого-небудь [53, Т. 3., с. 624].

Отже, зміст є антиподом форми, яка є зовнішній виразом будь-чого.

Звідси під змістом дискреції необхідно розуміти її суть, розумову основу. Для того щоб зрозуміти суть і розумову основу дискреції потрібна її апробація, яку найкраще дослідити через призму визначення її видів.

Саме визначення видів дискреції, розуміння їхньої сутності, надасть нам можливість встановити її зміст.

Дискреція явище багатогранне, а тому класифікувати її можливо під різним кутом зору. Однак, такий підхід до класифікації видів дискреції розпорочить її бачення та не надасть можливість визначити основні елементи її змісту. А тому в цій роботі ми проведемо класифікацію видів дискреції по більш істотним напрямкам, які застосовуються при розумінні сутності правових категорій та створять нам можливість виокремити найбільш характерні та притаманні дискреції риси.

У науковій літературі природно не існує єдиного бачення класифікацій видів дискреції. Поділ на види здійснюється в залежності від суб'єктного складу, свободи органу правозастосування, форм правореалізації, джерел виникнення, складності, галузей права, політичного режиму, функцій, кількості суб'єктів правозастосування, тощо.

В якості прикладу наведемо деякі наукові теорії в яких висвітлювались питання класифікації дискреції.

Так, оглядом наукової літератури юридичного спрямування, встановлено, що найбільш поширеною є класифікація видів дискреції за суб'єктним складом. Серед прихильників такого підходу варто відмітити Л.А. Шарніну, В.Г. Антропова, В.М. Дубовицького [20, с.51-52], М.К. Малікова.

Зокрема, В.Г. Антропов, виходячи з класичного поділу влади на гілки, відокремив законодавчий, виконавчий та судовий розсуд. При цьому зазначив, що кожна з гілок влади, окрім здійснення своїх функцій, здійснює функції, які подібні до функцій інших гілок влади [6, с.73-74].

В обґрунтування його позиції слід навести приклад, відповідно до якого функції правотворця в Україні, окрім законодавчої влади, здійснює субсидіарно виконавча та судова влада, про що йтиметься далі в цій роботі.

Шарніна Л.А. у своїй роботі «Виды усмотрения в конституционном праве» розподіл здійснює за функціональним призначенням суб'єкта реалізації дискреційних повноважень. Зокрема, вона виокремлює судову, адміністративну та політичну дискрецію [67, с.2-7].

Окрім цього, М.К. Маліков за критерієм суб'єктний склад виділив індивідуальну та колективну дискрецію [68, с.299]. При цьому під індивідуальною дискрецією він розуміє, реалізацію дискреційних повноважень одноособово, а під колективною прийняття рішення колегіальним органом.

Аналогічну позицію в своєму дисертаційному дослідженні виклав О.С. Ігнат'єв, який зазначив, що по суб'єктному критерію дискреція може класифікуватися тільки на індивідуальну та колективну [56, с.40].

Науковці, які віднесені до загальної школи права, розподіл дискреції здійснюють за критерієм ступеня свободи органу правозастосування. Зокрема, Р. Дворкін з точки зору прив'язаності суб'єкта правозастосування до норми права, відокремлює слабкі та сильні дискреції. При цьому під слабкою дискрецією він розуміє, дискреційні повноваження, які обмежуються певними нормами права, а під сильною дискрецією розуміє, коли суб'єкт правозастосування при реалізації дискреційних повноважень не зв'язаний нормами права [44, с.355]. У контексті зазначеного необхідно нагадати, що Р. Дворкін не був прихильником правого регулювання за допомогою дискреції, а вважав його скоріш виключенням ніж правилом.

А. Барак за критерієм ступенем свободи суб'єкта правозастосування відокремлює абсолютний та обмежений розсуд [39, с.27]. При цьому під абсолютним розсудом він розуміє розсуд коли метод вирішення, число та характер факторів залишені для суб'єктивного визначення носія розсуду, який може вирішити, виходячи з того, що йому здається найкращим, при любых роздумах, які йому захочеться здійснити. З іншої сторони, якщо число та природа міркувань не залишені на рішення особи, яка є носієм розсуду, та йому не дозволено приймати будь-яке рішення, як він вважав б за необхідним то такий розсуд є обмеженим.

Окрему увагу необхідно приділити науковим працям в яких дискреція класифікується за критерієм свободи (стану) вибору суб'єкта правозастосування.

Так, А. Барак за критерієм свобода (стан) вибору виділив вузький розсуд, коли зона законних варіантів може бути вузькою, тобто існує лише дві законні альтернативи та широкий розсуд, коли спектр законних варіантів може бути значним (більше два) [39, с.14-15]. У даному разі мова в більшій мірі йде про обсяги свободи вибору.

Аналізуючи зазначене, вважаємо, що підхід запропонований А. Бараком є логічним, однак містить певні недоліки. Зокрема, з практичної площини нормативно-правовий акт може містити три, чотири, п'ять тощо запропонованих законних варіантів вирішення тієї чи іншої справи. Тобто, у даному разі йде мова про законодавчо визначенні варіанти законних рішень, серед яких суб'єкт правозастосування має обрати на його думку більш оптимальне. У нашому розумінні такий вид дискреції і буде вузьким, оскільки суб'єкту правозастосування необхідно обрати оптимальне, з імперативно визначеної кількості правильного.

На противагу цьому виду дискреції, існує і широка дискреція, суть якої, на нашу думку полягає в тому, що нормативно-правовим актом не визначено кількість можливих законних альтернатив, а тому суб'єкт правозастосування фактично відшукує оптимальне у всій правовій площині. Результатом реалізації такого виду дискреції буде правотворчість.

Цікаву та науково обґрунтовану класифікацію дискрецій за станом вибору надав О.С. Ігнат'єв, який відокремив: вільну дискрецію, яка заснована на нормах, що надають право вибору за допомогою формулювань «забезпечують», «реалізують» і т.п.; оціночну, яка виникає внаслідок використання в правилах поведінки не в повній мірі конкретних понять та виразів або пов'язану з аналізом засобів доведення фактичних обставин; та альтернативну, що базується на положеннях, де вибір повинен робитись з вказаних в них рівнозначних варіантів [56, с.15-16].

Російські науковці в своїх працях наводили таку класифікацію дискреції: в залежності від норми права - конкретизація суб'єктивних прав та обов'язків; застосування за оцінними ознаками; застосування факультативних норм;

прийняття рішення, що визначає діяльність державного органу, шляхом загальних формулювань, за якими не впливає переліку того, коли він може діяти [69, с.41]; залежно від виду правозастосовчої діяльності суб'єкта владних повноважень - відносно - визначені дискреційні повноваження (ситуаційні та альтернативні) та правомочні дискреційні повноваження (факультативні) [17, с.42].

Навівши стисло позиції науковців щодо класифікації дискрецій, перейдемо безпосередньо до авторського висвітлення цієї теми.

Як зазначалось нами раніше у науковому пізнанні класифікація здійснюється за категоріями, які мають стійкий характер та відображають внутрішню суть (зміст) об'єкта, що класифікується. До таких категорій у нашому випадку слід віднести суб'єкт, вибір та діяльність суб'єкта правозастосування.

Саме через зазначені категорії класифікації ми зрозуміємо зміст дискреції, оскільки вони абсорбують в себе усі необхідні ознаки дискреції. Ми в жодному разі не спростовуємо класифікацію дискреції за галузями права, належності правої норми до норми матеріального чи процесуального права, стадій застосування правової норми, однак на нашу думку така класифікація носить технічний характер та не розкриває зміст дискреції.

Отже, розпочнемо авторське висвітлення нашої теми щодо розкриття змісту дискреції через її класифікацію за суб'єктним критерієм.

Сутністю класифікації за суб'єктним критерієм є встановлення осіб, які реалізують дискреційні повноваження. Таке встановлення здійснюється через призму визначення органу в системі органів влади, який здійснює дискреційні повноваження та кількісного складу осіб, що здійснюють дискреційні повноваження. При цьому нагадаємо, що суб'єкти приватного права не є носіями правової дискреції, оскільки при реалізації своєї свободи вибору вони керуються диспозитивністю, тоді як дискреція це повноваження суб'єкта публічної адміністрації, в якому права кореспондуються з обов'язком.

Щодо вибору органу, який здійснює дискреційні повноваження.

Так, класична модель влади в демократичному суспільстві є трьох гілковою – законодавча, виконавча та судова, які взаємодоповнюють один одного, фактично складають єдине ціле. При цьому, в ідеалі, це ціле є збалансованим та функціонує за правилами системи «стримувань та противаг».

Кожна гілка влади наділена своїми функціональними особливостями, а отже має свою специфіку. При цьому ми раніше вже наводили приклади того, що ця функціональна особливість не є абсолютною, оскільки інші гілки влади субсидіарно виконують подібні функції в межах своїх повноважень.

Реалізація повноважень органами які віднесені до законодавчої, виконавчої та судової влади є різними, враховуючи їхні функціональні особливості. А отже можна вести мову про різний підхід до реалізації дискреційних повноважень та відповідно про визначення дискрецій за критерієм суб'єктний склад, виходячи із належності органу до законодавчої, виконавчої та судової влади.

При цьому варто зазначити, що в науковій літературі досить часто дискрецію органів виконавчої влади називають адміністративною. На нашу думку такий підхід є правильним та обґрунтованим, оскільки визначення «адміністративний» за обсягом свого змістового навантаження є ширшим за визначення «виконавчий». Зокрема під адміністративним органом ми розуміємо не тільки органи виконавчої влади, а й органи місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації, які на виконання делегованих повноважень здійснюють владні управлінські функції.

Виходячи із викладеного, за критерієм суб'єктний склад ми виділяємо законодавчу, адміністративну та судову дискрецію.

Обсяги та природа зазначених видів дискрецій залежить від функціональних особливостей органу, який здійснює дискреційні повноваження.

Зокрема, законодавча дискреція є відмінною від адміністративної та судової, оскільки природа її походження залежить від неї особисто (самостійно

встановлює правила поведінки в залежності від правової системи в якій вона функціонує).

Так, єдиним органом, який здійснює законодавчу дискрецію в Україні є Верховна Рада України, яка функціонує на юридичних поняттях та принципах характерних романо-германському типу правової системи. Верховна Рада України розробляє алгоритм дій щодо своєї діяльності, в межах якого визначає обсяги своєї дискреції.

Наприклад, відповідно до частини 1 статті 1 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10.02.2010, №1861-VI порядок роботи Верховної Ради України, її органів та посадових осіб, засади формування, організації діяльності та припинення діяльності депутатських фракцій (депутатських груп) у Верховній Раді встановлюються Конституцією України, Регламентом Верховної Ради України (далі - Регламент) та законами України "Про комітети Верховної Ради України", "Про статус народного депутата України", про тимчасові слідчі комісії, спеціальну тимчасову слідчу комісію і тимчасові спеціальні комісії Верховної Ради України [70].

Згідні частини 2 цієї ж статті цього Закону регламент встановлює порядок підготовки і проведення сесій Верховної Ради, її засідань, формування державних органів, визначає законодавчу процедуру, процедуру розгляду інших питань, віднесених до її повноважень, та порядок здійснення контрольних функцій Верховної Ради. Особливості здійснення контрольних функцій Верховної Ради у сферах національної безпеки і оборони визначаються Законом України "Про національну безпеку України" [70].

Отже, цим Законом визначено алгоритм дій Верховної Ради України в межах якого вона здійснює свої функції. Досліджуючи зміст цього Закону ми прийдемо до висновку, що в ньому містяться норми дискреційного характеру щодо діяльності Верховної Ради України. Зокрема, лише слово «може», яке в юридичній техніці застосовуються при унормуванні дискреційного положення, зустрічається в Законі 165 разів.

При цьому варто зазначити, що право на встановлення Верховною Радою України правил своєї поведінки не є абсолютним, оскільки такий підхід породив б узурпацію влади, що є неможливим в умовах демократичного суспільства. Ці повноваження обмежуються Конституцією України та засадами права, внаслідок дії системи стримувань та противаг.

Підсумовуючи викладене варто зазначити, що особливістю законодавчої дискреції є насамперед відносна автономність її походження. Дискреційні повноваження виникають внаслідок власних рішень, які контролюються відповідно до правил балансування в системі стримувань та противаг.

Природа походження адміністративної дискреції є дещо відмінною від природи походження законодавчої, оскільки вона зароджується в системі координат створеній законодавчою владою, а тому їй не притаманна автономність утворення.

Зокрема, згідно усталеної правової традиції в Україні, законодавець делегує органам виконавчої влади функції правотворення. Як приклад зазначеного можна навести положення пунктів 3,4 частини 1 статті 116 Конституції України, відповідно до яких Кабінет Міністрів України забезпечує проведення фінансової, цінової, інвестиційної та податкової політики, політики у сферах праці й зайнятості населення, соціального захисту, освіти, науки і культури, охорони природи, екологічної безпеки і природокористування; розробляє і здійснює загальнодержавні програми економічного, науково-технічного, соціального і культурного розвитку України [38].

При цьому варто відзначити, що межі адміністративної дискреції в Україні в силу положень статей 6,19 Конституції [38] є завжди визначеними, навіть у разі делегування адміністративним органам функцій правотворця.

Органи, які застосовують адміністративну дискрецію не можуть при її реалізації використовувати аналогію права або закону, як механізми правового регулювання, оскільки в такому разі вони будуть діяти поза межами повноважень, не у спосіб та не на підставі передбаченій Конституцією та законами України.

В обґрунтування зазначеної позиції наведемо положення другого речення частини 6 статті 7 Кодексу адміністративного судочинства України, відповідно до якого аналогія закону та аналогія права не застосовується для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади та місцевого самоврядування [45].

Отже, адміністративна дискреція є законодавчо визначеною, при цьому у разі делегування адміністративному органу функцій правотворця, останній діє в межах координат заданих законом, яким такі повноваження делеговані. З викладеного слідує, що межі адміністративної дискреції є жорстко визначеними, про що йдеться в наступному підрозділі цього дисертаційного дослідження.

Окрему увагу необхідно приділити судовій дискреції, яка має особливості свого походження та реалізації, які є відмінними від законодавчої та адміністративної дискреції.

Так, судова дискреція, як і адміністративна має законодавче походження. Зокрема, дискреційними повноваженнями суди наділені законами, при цьому на відмінну від адміністративної дискреції, закони прямо не наділяють суди функцією правотворення. Зазначене пояснюється природою права України, яке засноване на традиціях континентального права, яке безпосередньо не визнає судовий прецедент.

Відповідно до правової природи судової влади її головною функцією є здійснення правосуддя, а тому законодавець надав суду дискреційні повноваження саме для здійснення правосуддя, а не правотворення.

У зв'язку із цим, при аналізі законодавчої бази ми дійдемо до висновку, що законами України суду надано менше дискреційних повноважень, ніж органам виконавчої влади та місцевого самоврядування. З даного приводу варто навести слова радянського вченого А.Т. Бронера, який відмітив, що «закон значно ширше надає можливість діяти на власний розсуд адміністративним органам, ніж судовим» [69, с.37].

Однак, на відмінну від адміністративної дискреції, судова дискреція не обмежена лише законами України. Поле її застосування є значно ширше,

оскільки суд вправі вийти за межі визначені йому законом та керуватись конституційними принципами та засадами права, створюючи при цьому норму права.

Як приклад цього можна навести положення частини 4 статті 7 Кодексу адміністративного судочинства України, згідно якого якщо суд доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції України як норми прямої дії. Фактично ця процесуальна норма надає можливість створювати норму, виходячи із часто абстрактних приписів Конституції [45].

За таких обставин, судова дискреція за своїми обсягами є ширшою за адміністративну, оскільки вона може бути застосована поза межами законодавчого регулювання.

Отже, підсумовуючи викладене, слідує, що за критерієм суб'єктний склад, який визначається через встановлення органу в системі органів влади, дискрецію слід класифікувати, як законодавча, адміністративна та судова.

Водночас зазначимо, що судова дискреція також має свої підвиди [71, с.43], аналіз та синтез яких ми наведемо у II розділі цього дослідження.

Наведена класифікація буде не повною та не в достатній мірі розкриє сутність дискреції за таким критерієм, оскільки, такий поділ здійснений виходячи із системних категорій організацій державної влади. Зокрема, в основу такого поділу, покладено класичний розподіл влади притаманний цивілізованій державі і при цьому не враховано фактор людини, яка безпосередньо здійснює правозастосування.

Так, законодавча, виконавча або судова влада, як системоутворюючі елементи державної влади в Україні, безпосередньо діяльності щодо реалізації дискреційних повноважень не здійснюють, оскільки вони є юридичними абстракціями. Реалізують дискреційні повноваження від імені цих органів конкретні особи, які працюють на посадах в законодавчій, виконавчій або судовій владі.

Саме ці особи здійснюють інтелектуально-вольову діяльність при виборі оптимального рішення серед запропонованих правових альтернатив. Кількість цих осіб при здійсненні правозастосування буває різною, у зв'язку із чим процес відібрання оптимального рішення є різним, залежно від кількості осіб, які задіяні в його прийнятті.

Можемо стверджувати, що певна категорія рішень приймається людиною одноособово, а певна категорія рішень приймається колегіально. Процес прийняття рішення одноособово та колегіально різняться на рівні інтелектуально-вольової діяльності правозастосувача, оскільки при колегіальному варіанті, окрім роздумів щодо вибору оптимального варіанту, який має місце при одноособову вирішенні справи, необхідно досягти консенсусу між суб'єктами правозастосування. Саме процес досягнення консенсусу, шляхом подолання волі, може змінити первинний вибір правозастосувача, внаслідок чого його інтелектуальні пошуки, будуть заперечуватись кінцевим вибором.

У зв'язку з цим, можемо ствердно говорити, що за суб'єктним складом через призму кількісного складу осіб, що здійснюють дискреційні повноваження, дискрецію можна класифікувати як індивідуальну (прийняття рішення одноособово) та колективну (прийняття рішення колегіально).

Наведена класифікація дискрецій за суб'єктивний складом найбільш широко розкриває зміст дискреції та доповнює одна одну. Зокрема, законодавча дискреція зазвичай є колективною, оскільки будь-яке правозастосування у Верховній Раді України здійснюється повним її складом, комітетами, комісіями; адміністративна та судова дискреції можуть бути як індивідуальними так і колективними, в силу природи діяльності суб'єктів правозастосування, які реалізують відповідні її види.

Наступним критерієм нашої класифікації дискреції є вибір.

Через призму семантичного підходу під вибором розуміється стадія волі, що має на увазі селекцію однієї з двох або більше альтернатив інколи після періоду обміркування [72].

Вибір суб'єкта правозастосування при реалізації ним дискреційних повноважень здійснюється з урахуванням нормативно визначених меж, і саме ця нормативність меж визначає класифікацію дискреції.

Ці межі вибору за обсягом можуть бути як широкі, так і вузькі, за ступенем конкретизації визначені та відносні.

Вузька дискреція в нашому розумінні характеризується нормативною визначеністю кількості правомірних альтернатив, серед яких суб'єкт правозастосування здійснює оптимальний вибір, тоді як в широкій дискреції кількість правомірних альтернатив не є нормативно визначеними, тобто має місце безліч правомірних варіантів, серед яких необхідно здійснити вибір.

Щодо дискрецій, які класифіковані за ступенем конкретизації то під визначеною ми розуміємо дискрецію, яка нормативно закріплена в нормі права та підлягає виключно буквальному тлумаченню. На противагу визначеної дискреції, нормативна визначеність відносної дискреції носить елементи абстракції та створює велике поле розсуду для суб'єкта правозастосування (застосовуються поширювальне та обмежувальне тлумачення).

Зазвичай вузькій за обсягом дискреції відповідає визначена дискреція, а широкій відносна дискреція.

Пояснимо їх практичну необхідність при розробці нормативно-правових актів.

Суспільні відносини не є однорідними та сталими, а тому їх правове врегулювання не є однаковим. Для врегулювання різних суспільних відносин законодавець застосовує різні прийоми та способи, які породжують різноманітну дискрецію.

Урегульованість суспільних відносин залежить від впливу суб'єкта правозастосування та рівня втручання в особисті права та свободи людини. Зокрема, якщо суб'єкт правозастосування безпосередньо наділений повноваженнями на негайне втручання в особисті права та свободи людини, то рівень урегульованості має бути максимальним, а тому дискреція в даному разі може бути вузькою та визначеною.

Як приклад зазначеного можна навести положення параграфу 2 глави 18 розділу II Кримінального процесуального кодексу України [73], яким врегульовано питання затримання особи без ухвали слідчого судді, суду або розділу V Закону України «Про Національну поліцію» від 02.07.2015, №580-VIII [74], яким врегульовані поліцейські заходи. Враховуючи, що відповідно до цих законів, правозастосувачем є працівники правоохоронних органів, які безпосередньо втручаються в право людини на свободу та особисту недоторканість, рівень конкретизації правового врегулювання має бути максимальним, а допустимі межі дискреції вузькі та визначені. В іншому разі, при наявності широкої та відносної дискреції, діяльність суб'єкта правозастосування може мати ознаки свавільності, що суперечить верховенству права. У контексті цього слід зазначити про наявність обов'язкового судового контролю, як запобіжника свавілля з боку суб'єкта правозастосування.

Якщо втручання суб'єкта правозастосування в особисті права та свободи особи не є негайним, а здійснюється поетапно, при цьому кожний з таких етапів є відкритим для неї, тоді в правовій урегульованості допускається деяка не визначеність, а тому в такому разі дискреція може бути широка та відносна.

Як приклад зазначеного наведемо положення статті 267 Кодексу адміністративного судочинства України [45] «Особливості провадження у справах за адміністративними позовами про примусове відчуження земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, з мотивів суспільної необхідності» та Закону України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» від 17.11.2009, №1559-VI [75], відповідно до яких втручання в права людини здійснюється поетапно за нормативно-закріпленою процедурою.

При цьому варто акцентувати також увагу і на самому суб'єкті правозастосування. Зокрема, статус суб'єкта правозастосування впливає на законодавчі прийоми та способи, які породжують різноманітну дискрецію, а

саме чим вище легітимність, публічність та гласність суб'єкта правозастосування, тим нижче допускається рівень правової урегульованості, внаслідок чого виникає широка та відносна дискреція. І навпаки, чим нижче легітимність, публічність та гласність суб'єкта правозастосування, тим вище рівень правової урегульованості.

Як приклад зазначеного можемо проаналізувати, наведені нами вище нормативно-правові акти.

Працівник правоохоронного органу не є настільки, легітимним та публічним, як наприклад суд. Його втручання в права та свободи людини здійснюється негайно, тоді як суд втручається в право після проходження відповідної публічної процедури, що займає відповідний час. Часу на виправлення ймовірних помилок працівника правоохоронного органу при втручанні в права та свободи людини не залишається, лише можемо констатувати про їх наявність в постфактум, а тому його повноваження мають бути максимально конкретизовані у законі.

Крім цього, можемо стверджувати, що законодавець використовує і інший підхід під час законотворчої діяльності. А саме до суспільних відносин, які за своєю природою є більш передбаченими, застосовуються механізми правового регулювання, які містять за обсягом вибору вузьку дискрецію, яка є більше конкретизована. Правове врегулювання менш передбачуваних суспільних відносин відбувається в тому числі за допомогою широкої дискреції, яка є менш конкретизована (визначена).

Зазначене обумовлене технічною неможливістю врегулювати сфери суспільного життя, які динамічно розвиваються, і саме з цією метою законодавець залишає поле для розсуду суб'єкту правозастосування. Тобто, «замовчення закону» з'являється відносно того, що не є достатньо дослідженим і зрозумілим законодавцю, як наприклад криптовалюта. Абсолютна нормативна конкретизація правовідносин на сьогоднішньому етапі розвитку цивілізації є не можливою.

Перейдемо до розкриття змісту дискреції через такий критерій як **діяльність суб'єкта правозастосування**.

Перед безпосереднім висвітленням цієї теми зазначимо, що окремими авторами в науковій літературі діяльність суб'єкта правозастосування розкривається через категорії форми та зміст діяльності [76, с.38-39]. На нашу думку такий поділ не сприяє розкриттю змісту дискреції, оскільки його практична складова є не значною. Зокрема, форма діяльності за своє сутністю є нормативно визначеною процедурою, за якою суб'єкти правозастосування здійснюють свою діяльність. Враховуючи те, що для кожного правозастосувача законами визначена своя процедура, слідує, що форма діяльності залежить від суб'єкта правозастосування та відповідає йому. Такі форми можуть бути законодавчими, адміністративними та судовими (що досліджувалось в цій роботі) і їх розкриття не впливає на розуміння змісту дискреції.

Щодо змісту діяльності суб'єкта правозастосування то його сутність є основою для розкриття дискреції за цим критерієм, а тому коли ми говоримо про діяльність суб'єкта правозастосування то розуміємо його зміст і при теоретичному обґрунтуванні його окремо не виділяємо.

Отже, під діяльністю суб'єкта правозастосування ми розуміємо процес його активної, свідомої взаємодії з суб'єктами права, під час якого такий суб'єкт реалізовує свої владні управлінські повноваження. Така взаємодія відбувається через здійснення суб'єктом правозастосування відповідної юридичної роботи, в ході якої також реалізуються дискреційні повноваження.

Юридична робота суб'єкта правозастосування полягає в впровадженні норм права в життєві обставини, які підлягають правовому регулюванню. Таке провадження здійснюється шляхом використання різноманітних прийомів, способів та інструментів юридичної техніки, в тому числі правової дискреції.

Сам механізм впровадження права в життєві обставини є багатоетапним. Зокрема, суб'єктом правотворчості визначаються суспільні відносини, які потребують правового регулювання, після чого створюється норма права (правило поведінки), яка і впроваджується суб'єктами правозастосування.

Починаючи із стадії створення норми і закінчуючи стадією її реалізації правотворець використовує дискрецію як елемент юридичної техніки. А саме дискреція використовується при визначенні суспільних відносин, які потребують правового регулювання (етап правотворення), при здійсненні правозастосування шляхом застосування аналогії права, при вирішенні питання щодо засобів встановлення фактичних обставин справи.

У зв'язку із цим, за критерієм діяльність суб'єкта правозастосування можемо виділити наступні дискреції: правотворчу; таку, що здійснюється за допомогою аналогії права; та пов'язану із вирішенням питання щодо засобів встановлення фактичних обставин справи.

Розглянемо зазначені види дискреції окремо, розпочавши з правотворчої.

Так, під правотворчістю розуміють особливий вид діяльності, притаманний спеціально уповноваженим органам, із формулювання, зміни або скасування правових норм, в основі яких лежать потреби та інтереси людей [50, с.192].

Із урахуванням того, що в основі правотворчості лежать потреби та інтереси людини, слідує, що вона пов'язана не лише з правовими категоріями, а й з економічними, соціальними, політичними тощо. Тобто, суб'єкт правотворення здійснює вибір з різнопланових напрямків діяльності людини. У цьому полягає особливість правотворчої дискреції, оскільки при її реалізації суб'єкт правозастосування має широкий вибір.

Реалізуючи правотворчу дискрецію суб'єкт правозастосування врегульовує суспільні відносини, з врахуванням усіх обставин, прогнозуючи їх дію на майбутнє. Він фактично вбудовує правило поведінки в існуючі реалії з можливістю їх розвитку. При цьому варто зазначити, що правилами поведінки зазвичай врегульовуються відносини, що вже відбулись, незалежно від стадії їх становлення. Не існуючі відносини не потребують правового врегулювання, хоча ми не заперечуємо того, що правотворець при наявності реальних передумов може на перспективу врегулювати відносини, яких немає але явно будуть існувати в найближчому майбутньому.

Наступним видом дискреції за критерієм діяльність суб'єкта правозастосування є та, що здійснюється за допомогою аналогії права.

При цьому необхідно відзначити, що не всі науковці поділяють точку зору, що аналогія права може бути формою дискреції, оскільки при ній відсутня будь-яка свобода при виборі варіантів рішення [77, с.40].

Так, застосування аналогії права притаманне процесуальним кодексам України (частина 10 статті 11 Господарський процесуальний кодекс України [46], частина 9 статті 10 Цивільного процесуального кодексу України [47], частини 6 статті 7 Кодексу адміністративного судочинства України [45]).

Під аналогією права розуміють застосування до конкретних відносин загальних засад і сенсу законодавства у разі відсутності норм, що регулюють подібні за найсуттєвішими ознаками відносини [54, с.417].

Водночас варто зазначити, що в Україні застосування суб'єктами правозастосування аналогії права не є абсолютним. Зокрема, органи державної влади та місцевого самоврядування в силу положень частини 2 статті 19 Конституції України [38] не можуть застосовувати аналогію права при визначенні меж своїх повноважень, способу дій, підстав діяльності, оскільки останні визначаються в Конституції та законах України.

Цей конституційний припис знайшов своє відображення і в процесуальному законодавстві України, а саме в другому реченні частини 6 статті 7 Кодексу адміністративного судочинства України визначено правило відповідно до якого аналогія закону та аналогія права не застосовується для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади та місцевого самоврядування [45].

Отже, виходячи із викладеного, слід прийти до висновку, що в Україні застосування аналогії права при здійсненні правозастосування притаманне перш за все суду.

Процес застосування аналогії права для подолання тих чи інших прогалин у законі подібний до процесу правотворення, оскільки його невід'ємною складовою є творчість суб'єкта правозастосування. Однак, така

творчість носить більш обмежений характер ніж при правотворенні, оскільки оптимальний вибір здійснюється виключно серед правових альтернатив (загальні засади права, сенс права), в той час коли при правотворенні вибір здійснюється і поза правовими альтернативами (економічними, соціальними, політичними тощо).

Ряд вчених вважають, що дискреція існує також при застосуванні аналогії закону [39, с.111-118; 78, с.8; 79, с.8; 80, с.60; 81, с.321; 82, с.75; 27, с.12], однак ми з такою позицією не погоджуємося.

Зокрема, під аналогією закону розуміють «...поширення в процесі правозастосування на конкретні неврегульовані правом життєві відносини чинності норм, які регулюють відносини, подібні тим, що потребують урегулювання в рамках даної галузі права за найсуттєвішими ознаками» [54, с.417] (окремим видом аналогії закону є міжгалузєва аналогія (субсидіарне застосування норм права) але в цій роботі її сутність розкривати не будемо).

Отже, відповідно до природи аналогії закону для подолання прогалін в законі, суб'єкт правозастосування вишукує подібну норму, яка є єдино правильною для вирішення тієї чи іншої справи. При цьому творчий (винахідницький) аспект при здійсненні такої діяльності нівелюється.

При аналогії закону суб'єкт правозастосування діє виходячи із свого розуміння (тлумачення) закону, не здійснюючи вибір серед альтернативних законних варіантів, а зв'язку із відсутністю правового вибору. Природно в правовій системі не можуть існувати однакові закони, які по-різному врегульовують подібні правовідносини, а тому в даному разі не може йти мови про розсуд суб'єкта правозастосування.

Останнім видом дискреції, яку ми виділяємо за критерієм діяльності суб'єкта правозастосування є та, що пов'язана із вирішенням питання щодо засобів встановлення фактичних обставин справи.

Встановлення фактичних обставин справи є першою стадією правозастосування і її сутність полягає в тому, що суб'єкт правозастосування встановлює факти, за допомогою доказів здобутих відповідно до визначеної

законом процедури. Такими доказами можуть бути пояснення та допити осіб, експертизи, документи, речі, тощо. Ці докази мають відповідати таким критеріям як належність, допустимість, достовірність та достатність. Лише за таких умов вони можуть бути юридично значущими доказами.

Метою зібрання цих доказів є встановлення об'єктивної істини. Процес встановлення об'єктивної істини має на увазі інтелектуальну-вольову роботу суб'єкта правозастосування щодо відібрання та зважування доказів. Саме під час цієї діяльності суб'єкт правозастосування здійснює вибір серед законних альтернатив, оцінюючи їх на предмет об'єктивності через призму своєї суб'єктивності.

Не всі належні та допустимі докази сприяють встановлення об'єктивної істини, а тому саме суб'єкт правозастосування шляхом вибору визначає їх істинність. У цьому полягає особливість дискреції, що пов'язана із вирішенням питання щодо засобів встановлення фактичних обставин справи.

Крім цього, вважаємо за необхідним звернути увагу на те, що у науковій літературі за критерієм діяльність суб'єкта правозастосування виділяють інтерпретаційну дискрецію [18, с.10-11; 39, с.66; 83, с.42; 84, с.97-98; 85, с.7; 86, с.98; 87, с.3; 88, с.113-115].

Підставою для такої позиції є те, що юридична інтерпретація не може в повному обсязі усунути правову невизначеність, в наслідок чого створюється необхідність вибору з різних альтернатив, тобто виникає дискреція.

Ми вважаємо таку позицію необґрунтованою виходячи із наступного.

Так, виходячи із семантики слова «інтерпретація» ми дійдемо до висновку, що цей вид дискреції безпосередньо пов'язаний з тлумаченням права.

В юридичній літературі під тлумаченням розуміють особливий розумовий (інтелектуальний) процес і вид юридичної діяльності, спрямований на з'ясування і роз'яснення змісту норм права та положень інших правових документів з метою правильної їх реалізації [50, с.250]; діяльність, спрямовану на з'ясування, осмислення дійсного змісту норм права з метою сприяння їх практичній реалізації, а також результат такої діяльності, що переважно

виражається в інтерпретаційноправовому акті [54, с.419-420]; з'ясування для себе вимог норм як внутрішній інтелектуальний процес, і роз'яснення їх як вираження зовні своїх висновків [89, с.442].

Отже, підсумовуючи викладене зазначимо, що тлумачення в праві це завжди інтелектуальний процес розуміння існуючого, з метою його правильної реалізації. Не можливо здійснювати правозастосовчу діяльність не розуміючи змісту норми права, інакше це призведе до правового колапсу. Звернення суб'єкта правозастосування до тієї чи іншої норми має на увазі те, що такий суб'єкт розуміє її зміст.

Юридичне тлумачення це не вибір оптимального між декількох законних альтернатив, це інтелектуальний процес розуміння єдино існуючого. Дійсно під час тлумачення суб'єкт правозастосування проводить відповідно інтелектуально-вольову діяльність, під час якої ймовірно здійснюються процеси пов'язані з вибором (наприклад процес вибору норми, яка підлягає застосуванню, вибір способів та обсягів тлумачення). Однак процес вибору при тлумаченні не має відношення до дискреції, оскільки остання передбачає наявність законних альтернатив, тоді як при тлумаченні - альтернатив не має, є норма, яку необхідно зрозуміти. Таке розуміння має бути визначеним, що відповідає такому елементу верховенства права як юридична визначеність. В іншому разі ми могли стати очевидцями реалізації вислову «скільки юристів – стільки думок». Такий підхід до права розбалансовує його, що призводить до відсутності впевненості людини в завтрашньому дні. На нашу думку необхідно розрізняти вибір, який здійснює суб'єкт правозастосування при здійсненні своїх дискриційних повноважень та вибір, як соціально-психологічне явище.

Таким чином, підсумовуючи викладене наведемо запропоновану нами класифікацію дискреції, яка найбільше розкриває її зміст:

- *за критерієм суб'єктний склад: через встановлення органу в системі органів влади - законодавча, адміністративна та судова дискреція; через призму кількісного складу осіб – колективна та індивідуальна;*

- *за критерієм вибір: за обсягом – вузька та широка; за ступенем конкретизації – визначена та відносна;*
- *за критерієм діяльність суб'єкта правозастосування: правотворча; така, що здійснюється за допомогою аналогії права; пов'язана із вирішенням питання щодо засобів встановлення фактичних обставин справи.*

1.3. Поняття дискреційної межі, її ознаки.

У природі речей не має нічого абсолютного, а тим паче не може бути абсолютною і дискреція.

У параграфі 1.1 цього дисертаційного дослідження ми надали визначення дискреції в правозастосуванні, а саме нею є **інтелектуально-вольова діяльність суб'єкта правозастосування щодо вибору оптимального рішення (варіанту) із наявних правових альтернатив.**

З наведеного визначення слідує, що дискреція в правозастосуванні має певну зону невизначеності в правовому регулюванні, і ця невизначеність може бути полем для зловживань суб'єктами правозастосування.

Щодо унеможливлення абсолютизації дискреційний повноважень правозастосувача не одноразово висловлювали думку міжнародні інституції та суди України.

Зокрема, Європейська комісія «За демократію через право» (Венеціанська Комісія) у своїй доповіді «Верховенство права» від 04.04.2011 року, №512/2009, серед основних (обов'язкових) елементів верховенства права відокремила заборону свавілля (п.41 доповіді), згідно змісту якої дискреційні повноваження є необхідними для здійснення всього діапазону владних функцій у сучасних складних суспільствах, однак ці повноваження не мають здійснюватись у свавільний спосіб. Їх здійснення у такий спосіб уможливорює

ухвалення суттєво несправедливих, необґрунтованих, нерозумних чи деспотичних рішень, що є несумісним із поняттям верховенства права [49].

Конституційний Суду України у своєму рішення від 11.10.2018, справа №1-123/2018 (4892/17) №7-р/2018 (у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідальності Конституції України (конституційності) окремих положень абзацу першого пункту 40 розділу VI “Прикінцеві та перехідні положення” Бюджетного кодексу України) зазначив, що «...конституційний принцип верховенства права вимагає законодавчого закріплення механізму запобігання свавільному втручання органів публічної влади при здійсненні ними дискреційних повноважень у права і свободи особи...» [3]. Аналогічну за змістом позицію Конституційний Суд України також виклав у своєму рішенні від 08.06.2016, справа №1-2/2016 №3-рп/2016 (у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідальності Конституції України (конституційності) абзацу сьомого частини дев'ятої статті 11 Закону України "Про державну допомогу сім'ям з дітьми" (справа про припинення виплати допомоги при народженні дитини) [4].

Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях неодноразово звертав увагу на недопустимість існування необмеженої дискреції. Зокрема, у рішенні в справі "Котій проти України" від 5 березня 2015 року (заява №28718/09) зазначив, що для того, щоб національне законодавство відповідало вимогам Конвенції, воно має гарантувати засіб правового захисту від свавільного втручання органів державної влади у права, гарантовані Конвенцією. У питаннях, які стосуються основоположних прав, надання правової дискреції органам виконавчої влади у вигляді необмежених повноважень було б несумісним з принципом верховенства права, одним з основних принципів демократичного суспільства, гарантованих Конвенцією. Відповідно законодавство має достатньо чітко визначати межі такої дискреції, наданої компетентним органам влади, та порядок її реалізації (п.67) [90]; у рішенні в справі "Свято-Михайлівська Парафія проти України" від 14 червня

2007 року (заява № 77703/01) висловив позицію, що в національному праві має бути засіб юридичного захисту від свавільних втручань органів державної влади в права, гарантовані Конвенцією. Визначення дискреційних повноважень, якими наділені органи державної влади в сфері основоположних прав, у спосіб, що фактично робить ці повноваження необмеженими, суперечило б принципу верховенства права. Відповідно, закон має чітко визначати межі повноважень компетентних органів та чітко визначати спосіб їх здійснення, беручи до уваги легітимну мету засобу, який розглядається, щоб гарантувати особі адекватний захист від свавільного втручання (п.128) [91]; у рішенні в справі "Мюрсел Ерен проти Туреччини" від 07.02.2006, (заява № 60856/00) зазначив, що будь-яка законна підстава для таких дискреційних повноважень могла створити таку юридичну невизначеність, яка є несумісною з принципом верховенством права, одним із основних принципів демократичного суспільства, закріпленого у Конвенції, чи зіпсувати саму сутність права на освіту (п.46) [92].

Аналогічної позиції притримуються науковці України, які до обов'язкових ознак верховенства права відносять інститут обмеження дискреційних повноважень, наявність яких «часто призводять до порушень прав і свобод громадян, створюють ґрунт для корупції та інших зловживань» [50, с.361-376].

Отже, з метою недопущення зловживань з боку суб'єктів правозастосування при реалізації дискреційних повноважень, мають існувати правові механізми, які унеможливають таке зловживання.

Такими механізмами є межі дискреції.

У науковій літературі не має єдиного визначення та розуміння межі дискреції. Одні науковці вважають, що норми, які містять критерії дискреції, одночасно відіграють роль меж дискреції [93, с.441,445], інші притримуються позиції, що критерії дискреції та межі дискреції не є тотожними [94, с.115], водночас вони можуть мати єдину правову основу, наприклад мету реалізації дискреційного повноваження [95, с.482].

Окрім цього, науковцями висловлено позицію, згідно якої дискреційні повноваження можуть бути обмежені у часі, просторі та за колом осіб. Зокрема, в часі дискреція законодавчо обмежена строком прийняття рішення [96, с.101; 97, с.37], у просторі діє на всій території держави, в межах однієї адміністративно-територіальної одиниці або на визначеній частині території [96, с.102], за колом осіб, обмеження полягає у визначені суб'єктного складу щодо яких може бути застосоване дискреційне повноваження [96, с.102].

Також, опрацюванням наукової літератури встановлено, що окремі автори розділяючи поняття розсуду та дискреції, вважають, що «...розсуд який виникає у межах дискреційного повноваження, може і не бути врегульовано правом» [98, с.4] або «...розсуд, що виникає у межах дискреційного повноваження, в усіх випадках є абсолютно вільним» [99, с.234].

Така багатоманітність, а інколи і полярність розуміння межі дискреції, породжує проблеми у правозастосуванні, оскільки суб'єкт правозастосування при реалізації дискреційних повноважень, може діяти свавільно, не усвідомлюючи межу дозволеного і необхідного.

Свавілля і дискреція не є тотожними поняттями, і як зазначив С.А. Резанов «свавілля і розсуд тому і протистоять один одному, що останнє спирається на відповідну нормативну основу» [100, с.97].

Враховуючи наведене, висловимо своє бачення щодо розуміння межі дискреції.

Так, під межею розуміють простір обмежений чим-небудь, допустиму норму чого-небудь дозволеного [53, том 4, с.666].

Отже, межа завжди є конкретно-визначене обмеження чого-небудь, у нашому разі дискреції і саме такими межами визначається міра дозволеної поведінки правозастосувача при реалізації владних управлінських повноважень.

У позитивному праві межі дискреційних повноважень не завжди є чітко вираженими, інколи закон «замовчує» те, як має діяти суб'єкт правозастосування при наявності невизначеності. Разом з цим, Конституцією

України визначено систему координат, в якій правозастосувач здійснює своє повноваження.

Зокрема, згідно із частиною 2 статті 6 Конституції України [38] органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України, а відповідно до частини 2 статті 19 Конституції України [38] 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.

Тобто, в цих нормах реалізовано принципи «що недозволене законом - заборонено» дія якого поширюється на усіх суб'єктів публічної адміністрації.

Отже, дискреційні повноваження суб'єктами правозастосування можуть здійснюватись виключно в межах визначених законами та Конституцією України. При цьому варто пояснити, що встановлення цих меж у Конституції та законах України може носити не конкретно-визначений характер, а відносно-абстрактний, про що йдеться далі.

Досліджуючи природу розсуду в податковому законодавстві І.Л. Желтобрюх зазначила, що «розсуд може розглядатися як особливість режиму законності в деяких нетипових ситуаціях правозастосування» [101, с.23-24]. Така особливість полягає в тому, що дискреція не є вільною від правового врегулювання, а нетипові ситуації виникають виключно у зв'язку з неможливістю ретельно врегулювати усі правовідносини. Однак режим законності є обов'язковою ознакою, яка визначає межі дискреції.

Законність (формальна визначеність), будучи обов'язковим елементом верховенства права, для правозастосувачів є невід'ємною властивістю дискреції, а її відсутність суперечить природі права та є правовою аномалією.

В Україні, яка відноситься до романо-германської правової сім'ї, саме законами мають встановлюватись межі дискреції, оскільки вони є основним правовим регулятором суспільних відносин. При цьому ми виходимо з того, що

апріорі усі закони відповідають Конституції України, яка заснована на засадах верховенства права, а отже вони відповідають стандарту верховенства права.

Саме в законі для суб'єктів правозастосування має бути передбачено альтернативні варіанти рішень та/або дій, які є законними. Водночас очевидним є та річ, що приписи законів мають бути сформовані таким чином, щоб ними можливо було керуватись.

Отже, закон має бути зрозумілим, чітким, логічним та надавати в тому числі суб'єкту правозастосування можливість формувати свою поведінку. Будь-яка абстрактність та алогічність створюють перепони в розумінні закону, що призводить до неоднакового правозастосування.

У даному разі мова йде про вузьку та визначену дискрецію.

Що стосуються дискреції, яка за критерієм вибір є широкою та відносною, то її межі можуть знаходитись поза межами регулювання закону у зв'язку з його «замовченням», однак вони не можуть перебувати поза межами конституційного регулювання суспільних відносин.

Водночас слід звернути уваги, що не всі суб'єкти правозастосування можуть діяти поза межами законодавчого врегулювання, оскільки в силу положень статей 6,19 Конституції України [38] суб'єкти правозастосування, які за критерієм суб'єктний склад не здійснюють судову дискрецію, не можуть діяти довільно на власний розсуд.

Зазначена ідея віднайшла своє відображення в частині 6 статті 7 Кодексу адміністративного судочинства України, згідно якої аналогія закону та аналогія права не застосовується для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади та місцевого самоврядування [45].

Розглянемо зазначені випадки окремо.

Так, межі вузької та визначеної дискреції визначаються законами, які містять альтернативні варіанти рішень та/або дій суб'єкта правозастосування, при цьому така кількість варіантів є нормативно визначеною. Така дискреція можлива, в будь-якій частини класичної норми права, будь то гіпотеза, диспозиція або санкція.

Як приклад такої дискреції можна навести положення Особливої частини Кримінального кодексу України, а саме частини 2 статті 109, відповідно до якої публічні заклики до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або до захоплення державної влади, а також розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій, - караються обмеженням волі та строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк з конфіскацією майна або без такої [102].

Санкція цієї статті є дискреційною (дискреція вузька та визначена), оскільки містить законні альтернативи рішення для суб'єкта правозастосування (при цьому варто зазначити, що і диспозиція є альтернативною). А саме, правозастосувач, яким в даному разі є суд, при призначенні міри покарання має діяти в межах визначених санкцією цієї статті. Цими межами є строк обмеження волі від одного² до п'яти років, строк позбавлення волі від одного³ до п'яти років, конфіскація майна або його без такої.

При здійсненні правозастосування правозастосувач не може вийти за визначенні в Кримінальному кодексі України межі (за винятком випадків передбачених у цьому Кодексі), оскільки це буде перевищенням дискреційних повноважень, що суперечить такій ознаці верховенства права, як юридична визначеність. У даному разі можемо говорити про свавільність суб'єкта правозастосування.

Також, як приклад зазначеного можемо навести положення частини 2 статті 236 Кодексу адміністративного судочинства України, відповідно до якої суд має право зупинити провадження у справі (диспозиція статті) у разі: захворювання учасника справи, підтвердженого медичною довідкою, що перешкоджає прибуттю до суду, якщо його особиста участь буде визнана судом обов'язковою, - до одужання; знаходження учасника справи у довгостроковому

² Відповідно до частини 2 статті 61 Кримінального кодексу України обмеження волі встановлюється на строк від одного до п'яти років.

³ Відповідно до частини 2 статті 63 Кримінального кодексу України позбавлення волі встановлюється на строк від одного до п'ятнадцяти років, за винятком випадків, передбачених Загальною частиною цього Кодексу.

відрядженні, якщо його особиста участь буде визнана судом обов'язковою, - до повернення з відрядження; перебування учасника справи на альтернативній (невійськовій) службі не за місцем проживання або на строковій військовій службі - до припинення перебування на альтернативній (невійськовій) службі не за місцем проживання або на строковій військовій службі; призначення судом експертизи - до одержання її результатів; перегляду судового рішення у подібних правовідносинах (в іншій справі) у касаційному порядку палатою, об'єднаною палатою, Великою Палатою Верховного Суду - до набрання законної сили судовим рішенням касаційної інстанції; направлення судового доручення щодо збирання доказів - до надходження ухвали суду, який виконував доручення, про виконання доручення або неможливість виконання доручення; звернення із судовим дорученням про надання правової допомоги, вручення виклику до суду чи інших документів до іноземного суду або іншого компетентного органу іноземної держави - до надходження відповіді від іноземного суду або іншого компетентного органу іноземної держави на судове доручення про надання правової допомоги, вручення виклику до суду чи інших документів; надходження заяви про відвід - до вирішення питання про відвід; розгляду типової справи і оприлюднення повідомлення Верховного Суду про відкриття провадження у зразковій справі - до набрання чинності рішенням Верховного Суду у зразковій справі; постановлення ухвали про тимчасове вилучення доказів державним виконавцем для дослідження судом - до закінчення виконавчого провадження з вилучення доказів для дослідження судом [45].

У цій нормі гіпотеза є дискреційною, оскільки містить законні альтернативи обставин, за яких суд може зупинити провадження у справі. Зазначений перелік обставин є вичерпним та не підлягає розширюваному тлумаченню.

Отже, межі вузької та визначеної дискреції завжди нормативно визначені, що свідчить про її передбачуваність та прогнозованість. При реалізації такої дискреції суб'єкт правозастосування не здійснює правотворчості, оскільки

варіанти правомірної поведінки нормативно конкретизовані, йому тільки необхідно обрати серед них найбільш оптимальний, який буде зрозумілим та очікуваний суспільством. Така дискреція в більшій мірі відповідає такому елементу верховенства права, як правова визначеність і фактично мінімізує свавільність з боку суб'єкта правозастосування.

Щодо дискреції, яка за критерієм вибір є широкою та відносною, то при її реалізації у суб'єкта правозастосування можуть виникати певні складності, внаслідок характерної їй невизначеності та абстрактності. Такій дискреції притаманний правотворчий характер, оскільки суб'єкт правозастосування, може здійснювати добудову нормативно неконкретизованої норми.

Суб'єктом правозастосування, який реалізовує таку дискрецію є суд, оскільки в силу положень Конституції України інші 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.

Аналізуючи застосування дискреційної норми, яка за критерієм вибір є широкою та відносною, варто відзначити і особливості інтелектуальної діяльності суб'єкта правозастосування. Так, інтелектуальна діяльність правозастосувача, при реалізації цього виду дискреції, носить більш творчий характер, ніж при реалізації дискреції, яка за критерієм вибір є вузькою та визначеною. Суб'єкт правозастосування вимушений самотійно створювати правомірні варіанти поведінки, діючи в межах засад та принципів права.

Практичне застосування дискреційної норми, яка за критерієм вибір є широкою та відносною, породжує проблематику правозастосування, оскільки на рівні інтелектуальної діяльності правозастосувачів відбувається розбіжності в праворозумінні. Зокрема, невизначені та абстрактні категорії закону правозастосувачами тлумачаться по-різному, що підриває підвалини правової визначеності.

Як приклад реалізації дискреційної норми, яка за критерієм вибір є широкою та відносною, можемо навести норми, що регулюють обмеження мирних зібрань.

Зокрема, частина 1 статті 39 Конституції України [38] гарантує громадянам право на мирне зібрання, про що завчасно мають бути повідомлені органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування.

Частина 2 статті 39 Конституції України передбачає обмеження щодо реалізації громадянами цього права, які можуть встановлюватись судом відповідно до закону і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку – з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей [38].

Спеціального закону, який б врегулював питання мирних зібрань, в тому числі щодо їх обмежень, в Україні не має. Однак, є процесуальні норми, якими врегульовані особливості провадження у справах за адміністративними позовами органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування про встановлення обмеження щодо реалізації права на свободу мирних зібрань та особливості провадження у справах за адміністративними позовами про усунення перешкод та заборону втручання у здійснення права на свободу мирних зібрань (статті 280, 281 Кодексу адміністративного судочинства України [45]).

Відповідно до зазначених норм, суд встановлює обмеження щодо реалізації права на свободу мирних зібрань в інтересах національної безпеки та громадського порядку в разі, якщо визнає, що проведення зборів, мітингів, походів, демонстрацій чи інших зібрань може створити реальну небезпеку заворушень чи вчинення кримінальних правопорушень, загрозу здоров'ю населення або правам і свободам інших людей. У разі встановлення обмеження права на свободу мирних зібрань суд повинен обґрунтувати у постанові необхідність встановлення обмеження щодо реалізації права на свободу мирних зібрань, а також пропорційність способу такого обмеження [45].

Надаючи аналіз цій нормі слід прийти до висновку, що встановлюючи обмеження щодо реалізації права на свободу мирних зібрань, суд окрім іншого має обґрунтувати пропорційність способу такого обмеження.

Під пропорційністю в адміністративному судочинстві розуміється дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія) [45]. Пропорційність рішення суб'єкта правозастосування це ознака розумності права, а тому воно носить абстрактний та перманентний характер, залежно від соціально-економічних передумов та цінностей суспільства.

Отже, при обґрунтуванні пропорційності, суд має широку та відносну дискрецію, внаслідок чого на власний розсуд і розуміння права визначає доцільність в обмеженні прав людини.

У даному разі інтелектуальна діяльність суду та його вибір оптимального рішення залежить від суб'єктивних факторів самого судді, які відрізняються від аналогічних факторів іншого судді, що має наслідком породження не однакової судової практики та не відповідність юридичній визначеності.

Враховуючи наведене, слід прийти до висновку, що в такому вигляді широка за вибором та відносна за ступенем конкретизації дискреція, не є надійним соціальним регулятором, оскільки заснована на абстрактних речах, які не можуть бути мірилом справедливості, а тому з метою забезпечення її легітимності мають існувати межі і для такої дискреції.

Такі межі мають бути зрозумілими та максимально конкретними, оскільки в іншому випадку правозастосовчий акт, яким є рішення суду, не буде легітимним в силу його незрозумілості та не визнання суспільством.

Отже, при використанні широкої за вибором та відносною за ступенем конкретизації дискреції, суб'єкт правозастосування має бути максимально зрозумілий та передбачуваний.

Водночас зазначимо, що повністю уникнути абстракції при використанні судом широкої за вибором та відносної за ступенем конкретизації дискреції не можливо, оскільки самі межі такої дискреції є відносно-визначеними.

Безумовно межами для широкої за вибором та відносної за ступенем конкретизації дискреції є конституційні принципи та засади права, які в силу своєї природи також є не визначеними.

Однак їм притаманні обов'язкові ознаки, такі як людиноцентризм та розумність. При цьому під людиноцентризмом ми в даному разі розуміємо не тільки інтереси окремої людини, а й людства взагалі. Те, що вигідно людству те вигідно і державі, оскільки остання створена задля забезпечення інтересів людини.

Отже, при використанні широкої за вибором та відносної за ступенем конкретизації дискреції, суд ухвалює оптимальне рішення, яке ґрунтується на людиноцентризмі та розумності, є орієнтованим на потреби людини та збалансовує інтереси окремої людини з інтересами суспільства. Таке рішення буде легітимним, в силу відповідності його розумним очікуванням.

Однак, ця межа дискреції є не досконалою, оскільки не є стабільною в силу суб'єктивних відмінностей в інтелектуально-вольові діяльності між суб'єктами правозастосування. Для забезпечення стабільності реалізації судом такого виду дискреції мають існувати додаткові обмежувальні важелі.

Так, будь-яке рішення суду ухвалене з використанням широкої за вибором та відносної за ступенем конкретизації дискреції, має потенціал для утворення судової практики, після його перевірки в порядку процесуального контролю з боку суду апеляційної або касаційної інстанції.

Якщо таке рішення не відповідає Конституції України, закону України, міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або іншому правовому акту [45], воно підлягає скасуванню, а отже фактично не породжує правових наслідків.

Разом з цим, якщо суд вищої інстанції дійде до висновку, що рішення суду ухвалене з використанням широкої за вибором та відносної за ступенем

конкретизації дискреції, відповідає конституційним принципам та засадам права, воно залишається в силі та є підставою для формування судової практики.

Зокрема, відповідно до частини 5 статті 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016, № 1402-VIII висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права, а згідно частини 6 цього ж закону висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права [103].

Аналогічні норми містять чинні процесуальні закони України в частині обов'язків судів враховувати висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду.

Отже, рішення суду, під час ухвалення якого суд реалізував широку за вибором та відносно за ступенем конкретизації дискрецію, та яке набрало законної сили за наслідками його перевірки в касаційному порядку, породжує судову практику, яка враховується іншими судами при застосуванні таких норм права.

У даному разі висновок Верховного Суду є межею дискреції як для суду, так і для інших суб'єктів правозастосування, оскільки необґрунтоване відступлення від нього є підставою для визнання такого акту правозастосування неправовим.

Окрім цього, відповідно до процесуальних законів України, суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини. Рішення Європейського суду з прав людини орієнтують суди на однаковість розуміння засад права та мають враховуватись судами при здійсненні правосуддя.

Отже, правові стандарти та інструменти Європейського суду з прав людини забезпечують узагальнене розуміння права в Україні. Вони є

допоміжними чинниками, які використовує суд при здійсненні інтелектуально-вольової діяльності щодо розуміння та застосування засад права під час реалізації широкої за вибором та відносною за ступенем конкретизації дискреції.

За таких обставин, можемо дійти до висновку, що юридичні інструменти практичного характеру, які використовує Європейський суд з прав людини у своїй рішеннях є субсидіарними межами дискреції та застосовуються у разі відсутності нормативного врегулювання або судової практики.

Водночас варто зазначити, що висновки щодо втручання в конвенційні права, які у своїх рішеннях формує Європейський суд з прав людини, імплементовані в законодавство України та враховані у судовій практиці.

Таким чином, підсумовуючи викладене, слід прийти до висновку, що межами дискреції є:

- закон або інший нормативно-правовий акт, який не суперечить закону;
- конституційні принципи та засади права;
- судова практика;
- інструменти Європейського суду з прав людини щодо захисту конвенційних прав, які викладені в його рішеннях.

Зазначені межі є взаємодоповнюючими та забезпечують передбачуваність в діяльності суб'єктів правозастосування, що є необхідною умовою верховенства права. Такі межі є червоними лініями розсуду суб'єкта публічної адміністрації, вихід за які породжує свавілля та підриває довіру до нього.

Дискреційні межі є юридичним інструментом практичного характеру, а тому їх застосування має бути зрозумілим та передбачуваним.

Зокрема, будь-який суб'єкт правозастосування у своїй діяльності керується нормативно-правовими актами, які мають визначити межі дискреції такого суб'єкта правозастосування. У разі відсутності такого правового регулювання суб'єкт правозастосування, яким є виключно суд, застосовує конституційні приписи та засади права, інші ж суб'єкти правозастосування так діяти не можуть.

Водночас, суд застосовуючи конституційні приписи та засади права, зобов'язаний врахувати судову практику у справах такої або подібної категорії та стандарти праворозуміння, які викладені в рішеннях Європейського суду з прав людини.

Отже, синтезуючи викладене вище, можемо прийти до висновку, що **дискреційною межею є конкретно-визначене, легітимне обмеження розсуду суб'єкта правозастосування, при здійсненні ним правозастосовчої діяльності.**

Дискреційні межі, як юридичному інструменту практичного характеру, притаманні наступні ознаки:

- визначеність;
- зрозумілість;
- легітимність
- практичність.

Розглянемо та надамо пояснення цим ознакам.

Визначеність.

Дискреційна межа не може бути абстрактною, оскільки в такому разі втрачається її сенс. Вона має бути формально визначеною в нормативно-правовому акті, Конституції України, рішеннях Верховного Суду, тощо.

Формальна визначеність дискреційної межі, забезпечує передбачуваність діяльності суб'єкта правозастосування при реалізації ним своїх дискреційних повноважень, що породжує довіру до такого суб'єкта.

Зрозумілість.

Будь-який юридичний інструмент практичного характеру, який використовується суб'єктами правозастосування має бути зрозумілим як такому суб'єкту, так і іншим особам, які є учасниками правовідносин. Розуміння алгоритму діяльності правозастосувача при реалізації дискреційних повноважень, свідчить про його передбачуваність, що безпосередньо впливає на довіру до нього.

Легітимність.

Ця ознака дискреційної межі є похідною від визначеності та зрозумілості, оскільки лише за умови наявності останніх особа, якої стосується акт правозастосування, прийнятий за наслідками реалізації суб'єктом правозастосування дискреційних повноважень, визнає такий акт правовим та справедливим.

Легітимними мають бути не тільки рішення правозастосувача, легітимними мають бути і інструменти, які використовуються останнім під час здійснення процедурно-процесуальної діяльності. Правовий порядок не може забезпечуватись лише примусом, його основою має бути довіра та сприйняття людьми діяльності суб'єктів правозастосування.

Практичність.

Дискреційна межа є юридичним інструментом практичного характеру, оскільки вона безпосередньої пов'язана з діяльністю суб'єкта правозастосування при реалізації ним своїх дискреційних повноважень. Її практичність обумовлена систематичною необхідністю вирішувати питання щодо врегулювання суспільних відносин.

ВИСНОВКИ ДО I РОЗДІЛУ

1. Встановлено правову природу та сформульоване авторське визначення дискреції в правозастосуванні, зокрема це є **інтелектуально-вольова діяльність суб'єкта правозастосування щодо вибору оптимального рішення (варіанту) із наявних правових альтернатив**. Дискреція не є обов'язковим фундаментальним елементом правозастосовчої діяльності, її застосування носить субсидіарно-виключний характер в силу природи свого походження.

2. Відокремлені ознаки дискреції в правозастосуванні, а саме:

- до першої ознаки віднесено інтелектуально-вольову діяльність суб'єкта правозастосування при реалізації дискреційних повноважень;

- до другої ознаки дискреції віднесено спеціального суб'єкта її застосування, яким є суб'єкт владних повноважень, що реалізує свої владні управлінські функції на виконання вимог нормативного-правового припису або внаслідок реалізації делегованих повноважень;

- до третьої ознаки віднесено вибір оптимального рішення (варіанту) із наявних правових альтернатив (під оптимальним рішенням автор розуміє не тільки обґрунтоване та законне, а також й розумне, тобто таке, що виправдовує розумні очікування суб'єктів правовідносин. У даному разі критерії розумності оптимального рішення суб'єкта правозастосування мають відповідати критеріям законності прийняття рішення, вчинення дій, бездіяльності суб'єктом владних

повноважень, які викладені в частині 2 статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України [45]);

- до четвертої ознаки віднесено обґрунтованість або іншими словами мотивування (не обґрунтований вибір не буде легітимним, оскільки не буде сприйнятий людьми);

- до п'ятої ознаки віднесено підконтрольність, яка здійснюється або судом (судовий контроль) або вищестоящим уповноваженим органом над суб'єктом правозастосування (адміністративний контроль). Підконтрольність дискреції, сприяє її легітимізації суспільством та забезпечує правову визначеність у праві.

3. Виявлено чотири групи підстав для виникнення дискреції, як юридичного інструменту практичного характеру:

- до першої групи віднесено перманентну змінність суспільних відносин, внаслідок яких законодавець немає можливості створити тривало діючі правові норми, оскільки в силу їх динамічності, важко прогнозувати напрямки економічних та політичних змін в країні;

- до другої групи віднесено дефекти законодавчої техніки, які породжують правову невизначеність (лакуни, колізії). У такому разі суб'єкт правозастосування фактично добудовує законодавчо невизначену норму, шляхом використання легальних правових механізмів;

- до третьої групи підстав віднесено усунення законодавчих обмежень прав людини, що гарантовані Конституцією України (у даному разі мова йде не про дефекти законодавчої техніки застосованої в конкретному законі, а про самий закон який є дефектним, в силу його невідповідності Конституції України);

- до четвертої групи підстав віднесено відсутність доцільності в формуванні абсолютно визначеної норми.

4. Відокремлені наступні види дискреції (класифікація дискреції):

- за критерієм суб'єктний склад (через встановлення органу в системі органів влади) виділено законодавчу, адміністративну та судову дискрецію,

обсяги та природа яких залежить від функціональних особливостей органу, який здійснює дискреційні повноваження; за критерієм суб'єктний склад через призму кількісного складу осіб, що здійснюють дискреційні повноваження, дискрецію класифіковано як індивідуальну (прийняття рішення одноособово) та колективну (прийняття рішення колегіально);

- за критерієм вибір: за обсягом – вузька та широка; за ступенем конкретизації – визначена та відносна;

- за критерієм діяльність суб'єкта правозастосування: правотворча; така, що здійснюється за допомогою аналогії права; пов'язана із вирішенням питання щодо засобів встановлення фактичних обставин справи.

5. Сформульоване авторське визначення дискреційної межі, а саме це є конкретно-визначене, легітимне обмеження розсуду суб'єкта правозастосування, при здійсненні ним правозастосовчої діяльності.

6. Визначені ознаки дискреційної межі:

- визначеність (формальна визначеність дискреційної межі, забезпечує передбачуваність діяльності суб'єкта правозастосування при реалізації ним своїх дискреційних повноважень, що породжує довіру);

- зрозумілість (розуміння алгоритму діяльності правозастосувача при реалізації дискреційних повноважень, свідчить про його передбачуваність, що безпосередньо впливає на довіру до нього);

- легітимність (легітимними мають бути не тільки рішення правозастосувача, легітимними мають бути і інструменти, які використовуються останнім під час здійснення процедурно-процесуальної діяльності);

- практичність (дискреційна межа є юридичним інструментом практичного характеру, оскільки вона безпосередньо пов'язана з діяльністю суб'єкта правозастосування при реалізації ним своїх дискреційних повноважень).

7. Визначено межі дискреції, якими є:

- закон або інший нормативно-правовий акт, який не суперечить закону;

- конституційні принципи та засади права;

- судова практика;
- інструменти Європейського суду з прав людини щодо захисту конвенційних прав, які викладені в його рішеннях.

2. РЕАЛІЗАЦІЯ СУДОВОЇ ДИСКРЕЦІЇ В УКРАЇНІ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

2.1. Конституційні засади судової дискреції як складової функціонального елемента самостійності судової влади в Україні.

Глобальні стандарти цивілізованого суспільства західного зразка вимагають щоб державна влада здійснювалась на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Такий розподіл державної влади не порушує принцип її єдності, однак запобігає узурпації. Зміст запобіжників узурпації полягає в тому, що три гілки влади співпрацюють між собою, взаємодоповнюючи одна одну, але при цьому здійснюють функції взаємоконтролю. Така функція взаємоконтролю та співпраці в теорії права отримала назву система (концепція) “стримувань і противаг”, ідеологами якої були Джон Локк та Шарль-Луї де Монтеск’є.

Саме такий підхід до організації державної влади обрала Україна, закріпивши в статті 6 Конституції України положення, згідно якого державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову [38].

Сам поділ державної влади на законодавчу, виконавчу та судову відбувається за функціональним призначенням, що свідчить про практичний

підхід до цього питання. Саме функції влади є її ідентифікаторами, оскільки виражають її змістову основу.

Унікальність функцій гілки влади, відокремлює її від інших гілок, створює передумови для розвитку в розумних та легітимних межах. Функції влади породжують відносну, підконтрольну автономію гілки влади в системі державної влади.

Отже, функції влади є основним елементом самостійності гілки державної влади. Водночас зазначимо, що в науковій літературі відокремлюють і інші елементи самостійності влади, зокрема такі як: структурний, інституційний, ресурсний, компетенційний [104;105]. Однак надавати оцінку таким елементам самостійності влади ми не будемо, оскільки це не є предметом дослідження у цій роботі.

У цьому підрозділу дисертаційного дослідження ми розкриємо сутність судової дискреції, як складової функціонального елемента самостійності судової влади, проаналізуємо природу її конституційних засад через призму практичного застосування. Водночас зазначимо, що під функціональним елементом самостійності судової влади в Україні, ми розуміємо складову самостійності суду, зміст якої полягає в реалізації її функцій в системі державної влади України.

Самостійність судової влади це не декларативне гасло Конституції України, це необхідна складова для належного, збалансованого функціонування держави. Сама собою така самостійність не забезпечується, оскільки без існування важелів протидії в системі «стримувань та противаг» сутність самостійності перетворюється в бутафорію.

Конституція України гарантує самостійність судової влади, однак для реалізації цих гарантій важлива наявність юридичних інструментів. Як зазначив В. Шаповал суть конституціоналізму виражається формулою «конституційно-правова норма + практика її реалізації» [106, с.25]. Відсутність одного з наведених елементів цієї формули, нівелює змістову основу конституціоналізму.

Отже, для практичної реалізації функціонального елементу самостійності судової влади в Україні мають існувати дієві механізми та інструменти, які унеможливають утиски суду зі сторони інших гілок влади та надають йому можливість, проявити себе, як рівний гравець в системі «стримувань та противаг».

Конституція України [38] та Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016, №1402-VII [103] прямо не визначають функції судової влади. Однак, надавши оцінку положенням розділів I, II, VIII, XII Конституції України, ми прийдемо до висновку, що до функцій судової влади віднесено здійснення правосуддя (ст.124 Конституції України), судовий контроль через мережу судів адміністративної юрисдикції (ст.125 Конституції України) та судовий конституційний контроль (ст.147 Конституції України). Фактично Основним Законом закріплено монополію на правосуддя за судом, який його здійснює на засадах верховенства права, яке є вимогою справедливості.

Серед юридичних інструментів практичного характеру, які сприяють реалізації самостійності судової влади в Україні, чільне місце посідає судова дискреція, про що зокрема зазначала Анішина В.І., обґрунтовуючи систему заходів по реалізації принципу самостійності судової влади [104,с.16,18-19,26,30].

Нагадаємо, що в I розділі цього дослідження за критерієм суб'єктний склад ми виділили законодавчу, адміністративну та судову дискрецію. Водночас зазначили, що судова дискреція має особливості свого походження та реалізації, оскільки законодавець надав суду дискреційні повноваження саме для здійснення правосуддя, що в силу дефектів юридичної техніки, породжує право суду вийти за межі визначені йому законом та керуватись конституційними принципами та засадами права, створюючи норму права.

Отже, перейдемо безпосередньо до висвітлення цього питання.

Так, Конституція України в силу своєї правої природи є суспільним договором, який окрім іншого, врегульовує питання державного устрою, порядок і принципи діяльності органів влади, розподіл влади, права та

обов'язки громадян, правосуддя. Вона заснована на засадах, які відповідають глобальним стандартам цивілізованого світу, таким як прихильність до демократії, повага до прав та свобод людини, визнання верховенства права, а також в ній абсорбовано сутність соціальних регуляторів, які притаманні українцям. Фактично Конституція України це документ позитивного права, який прийнятий народом, шляхом використання інституту представницької демократії, в інтересах народу. Слушну думку з цього приводу висловив В.І. Чушенко, відповідно до якої «конституційні права є трансформацією природно-правових засад у позитивно-правові інститути» [107,с.137].

Положення Конституції є природними та легітимними для народу України, це фундамент на якому будується правова система України, і відповідність її стандартам є обов'язковою. В іншому випадку не може йти мови про конституціоналізм в Україні

Здійснюючи правосуддя, суд працює в межах правової системи України, не виходячи за її рамки, що зокрема слідує з положень частини 2 статті 6 Конституції України [38], згідно якої органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України, а також положень частини 2 статті 19 Конституції 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 [38].

Правозастосовча діяльність суду має відбуватись в умовній «системі координат», вибудованій Конституцією України і відхилення від такої «системи координат» свідчить про порушення судом права, а отже прийняте ним рішення підлягає скасуванню в порядку апеляційного або касаційного оскарження.

Під час здійснення правозастосовчої діяльності, суд використовує різноманітні юридичні інструменти, застосування яких має бути зрозумілими та передбаченими. Окрім цього, природа їх походження не може суперечити правовим стандартам та засадам, які притаманні вітчизняній правовій системі. Правосуддя це не тільки відновлення порушеного права, встановлення

справедливості, це і зрозумілий та логічний процес формування позиції по справі, до якого не буде запитань у запитувачів (сторін судової справи) правосуддя.

У I розділі цього дисертаційного дослідження ми досліджували дискрецію, як правове явище та сформувавши її визначення, а тому з врахуванням наведеного надаємо визначення судовій дискреції. Отже, **під судовою дискрецією необхідно розуміти інтелектуально-вольова діяльність суду щодо вибору оптимального рішення (варіанту) із наявних правових альтернатив, під час розгляду та вирішення судової справи.**

А. Барак назвав суддівський розсуд повноваженням та владою обирати та створювати [39,с.121]. Однак будь-яке повноваження та влада мають силу виключно у разі легітимності, що зобов'язує їх бути зрозумілими для суб'єктів, на яких поширюються такі повноваження та влада.

Судова дискреція, будучи юридичним інструментом практичного характеру, який використовується судом для встановлення визначеності в нерегульованих абсолютно правовідносинах, має відповідати засадам права, оскільки в іншому випадку довіри до такого інструменту та його розуміння не буде.

В юридичній науці під засадами зазвичай розуміють відправні ідеї, що визначають зміст і спрямованість правового регулювання.

Відправними ідеями Конституції України, які визначають зміст і спрямованість правового регулювання в Україні, є людиноцентризм, що зокрема прослідковується з положень частини 1 статті 3 Конституції України згідно, якої людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю [38].

Наведені приписи Конституції є сутнісно-ціннісною категорією, на яких утворена правова система України, а тому юридичні інструменти, які використовують суб'єкти правозастосування мають відповідати цим приписам.

Отже, **засади людиноцентризму є конституційними засадами судової дискреції.**

Окрім цього, як ми зазначали раніше, суд діє в межах правового поля, яке визначене насамперед Конституцією та законами України. Його правозастосовча діяльність, відмінна від творчого процесу художника, суд діє в рамках, за межі якого не може виходити, він застосовує зрозумілі та необхідні інструменти, які не позбавляють легітимності його рішення.

У даному разі мова йде про таку конституційну **засаду судової дискреції, як визначеність.**

Конституція України, також є актом здорового глузду, який на розумних засадах врегульовує життя людини та діяльність державних інституцій. Окрім цього, вона є продуктом людського розуму, який гарантує забезпечення прав, свобод та інтересів людини. В основі діяльності суб'єкта правозастосування знаходиться розумний початок, саме розум є рушійною силою при реалізації дискреційних повноважень.

Отже, засади розумності Конституції проектується та юридичні інструменти практичного характеру, які використовуються при правозастосуванні. За таким обставин, ми можемо вести мову про те, що **конституційною засадою судової дискреції є розумність.**

Людиноцентризм, визначеність та розумність є елементами верховенства права [108, с.87-90], на засадах якого розроблено та прийнято Конституцію України. Верховенство права це необхідний стандарт, якого має дотримуватись суд при здійсненні правозастосування, в тому числі використовуючи юридичні інструменти, яким є судова дискреція.

Безумовно верховенство права є конституційною засадою судової дискреції, як складової функціонального елементу самостійності судової влади в Україні, як і є засадою будь-якого правового явища в Україні. Однак, враховуючи його загальність, у цій роботі окрему увагу йому приділяти не будемо, дослідимо виключно його складові елементи, які на нашу думку, характеризують судову дискрецію як юридичний інструмент практичного характеру.

Людиноцентризм.

Сучасний світ – це світ людини, яка в ньому безроздільно панує. Звичайно ми може стверджувати, що на людську діяльність впливають закони природи, однак такі закони лише її коригують. Людина є мірою усього, вона визначає, що є добро, а що зло, що є справедливим, а що ні. Історія сучасної цивілізації - це історія інтересів людини, або певної групи людей.

У теорії права, є така дефініція, як соціальна норма, під якою розуміють певні зразки, стандарти, моделі поведінки учасників соціального спілкування [109, с.154]. Автором цих зразків, стандартів, моделей поведінки соціального спілкування є виключно людина, яка створювала їх в ході еволюції.

До таких соціальних норм віднесено і право, яке є загальнообов'язковим регулятором соціальних відносин. Обов'язковість права обумовлена не природою його погодження, а формальним вираженням його людиною, що породжує необхідність його реалізації. Однією з форм права є Конституція України, яка заснована на засадах верховенства права та гарантує відповідний перелік цінностей, який притаманний українцю. Як відмітила М.В. Білак «У верховенстві права імпліцитно закладено, хоча про це й нечасто згадують, що закони та політичні дії, котрі порушують основи конституційної справедливості, насправді не дають жодних прав, не накладають жодних обов'язків» [110, с.65].

На ідеях справедливості закладено фундамент сучасної демократичної держави західного зразка, на її засадах побудована і Конституція України.

Отже, верховенство права вимагає від позитивного права: справедливості, яка є принципом організації життя розвиненої людини в цивілізованому суспільстві; та підпорядкування інтересів держави інтересам людини.

Раніше ми наголошували на тому, що сутнісно-ціннісною категорією, на яких утворена правова система України, є положення статті 3 Основного Закону України згідно, якої людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю [38].

Змістова основа цієї цінності та її реалізація, породжує довіру до правових інститутів держави з боку людей, а також сприяє їх підтримки.

Конституційні норми наділені властивостями найвищої стабільності [107,с.58], порівняно з іншими нормами права, оскільки їх зміна можлива при зміні цінностей та пріоритетів, а тому стандарти та засади закріплені в Конституції України є відносно сталими.

Суть людиноцентризму в праві полягає в тому, що правове регулювання здійснюється з інтересом людини або певної групи людей. Водночас зазначимо, що в Україні інтерес певної групи людей не може бути правовим підґрунтям, оскільки це породжує дискримінацію та унеможлиблює рівність.

Людиноцентризм передбачає, що в центрі всієї правової системи є людина, однак в даному разі мова не йде виключно про фізичне існування людини. Говорячи про людиноцентризм ми маємо на увазі і гідне існування людини, яке здатне забезпечити їй необхідні соціально-економічні стандарти життя західної цивілізації.

Виходячи із змісту статей 3,21 Конституції України людиноцентризму притаманний гуманізм, сутність якого полягає в тому, що право «має бути підпорядковане служінню людині, її потребам та інтересам, забезпеченню їх юридичної захищеності, створенню умов для вільного людського розвитку і самореалізації» [50, с.72].

Отже, вся діяльність держави зосереджена на інтересі людей, оскільки в іншому випадку втрачається сенс права. Як підкреслив С.В. Шевчук «нормативно-правові акти у сучасному суспільстві є легітимними за умов відсутності порушення або диспропорційного обмеження фундаментальних прав і свобод, а також у разі відповідності конституційним нормам, принципам та цінностям» [111, с.125], з чим не можна не погодитись, оскільки важливе значення для забезпечення ідеї людиноцентризму, гуманістичного спрямування держави має реалізація принципу верховенства права.

Як приклад цього, наведемо рішення Конституційного Суду України від 01.06.2016 року, у справі №2-рн/2016 за конституційним поданням

Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України "Про психіатричну допомогу" (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу), в якому акцентовано увагу на наступному: «... усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах; права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними; конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані. ... обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод не можуть бути свавільними та несправедливими, вони мають встановлюватися виключно Конституцією і законами України, переслідувати легітимну мету, бути обумовленими суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційними та обґрунтованими, у разі обмеження конституційного права або свободи законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію цього права або свободи і не порушувати сутнісний зміст такого права» [112]. Наведене рішення Конституційного Суду України є зразком людиноцентричної діяльності держави, в якій пріоритети розставлені на інтересах людини, а не держави; саме в цьому полягає підпорядкованість держави людині, як вимога верховенства права.

Судова дискреція це явище правове, а отже є продуктом, що створений людиною з метою урегулювання невизначених правовідносин, наявність яких можлива та допускається в силу недосконалості юридичної техніки.

Як ми зазначали раніше, судова дискреція, окрім всього іншого, це інтелектуальна-вольова діяльність суду, яка заснована на людиноцентризмі. Здійснюючи інтелектуальне опрацювання правового врегулювання та обставин справи, суд виходить з інтересів людини і саме через призму цього, здійснює вибір серед правомірних варіантів (рішень).

Самий вибір правомірного варіанту поведінки це вже є вольова ознака діяльності суду, однак пріоритети при її реалізації судом не змінюються, забезпечення прав, свобод та інтересів людини становлять мету такої діяльності.

Отже, підсумовуючи наведене вище, можемо прийти до висновку, що людиноцентризм це конституційна засада судової дискреції, як юридичного інструменту практичного характеру, який заснований на сутнісно-ціннісній природі права України.

Визначеність

У праві не існує речей, які мають не людське походження. Соціальні норми, як регулятори суспільних відносин створені людьми для людей, а тому вони мають бути зрозумілими та передбачуваними.

Забезпечення стандартів зрозумілості та передбачуваності в праві є необхідною умовою легітимності самого такого права, оскільки природньо не зрозумілі та не передбачувані речі не породжують довіри, а навпаки створюють передумови для недовіри.

Конституційний Суд України у своєму рішенні від 11.10.2005 року, у справі №8-рн/2005 наголошував на тому, що «складовими принципу верховенства права є, зокрема, правова передбачуваність та правова визначеність, які необхідні для того, щоб учасники відповідних правовідносин мали можливість завбачати наслідки своїх дій і бути впевненими у своїх законних очікуваннях, що набуте ними на підставі чинного законодавства право, його зміст та обсяг буде ними реалізовано» [113].

Вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, впливає із конституційних принципів рівності і справедливості, «оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування в правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі (абзац другий підпункту 5.4 пункту 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X “Перехідні положення” Земельного кодексу України (справа

про постійне користування земельними ділянками) від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005)» [114].

Як зазначили ми раніше судова дискреція це продукт людської діяльності, наявність якої обумовлена потребою урегулювати не достатньо врегульоване. Як і будь-який практичний продукт людської життєдіяльності, який не носить разовий характер, судова дискреція має бути зрозумілою для того хто її застосовує та для тих, кого стосується рішення, прийняте за наслідком її застосування.

Судова дискреція, як юридичний інструмент практичного характеру, не може бути свавільною та існувати поза межами правового поля України. По природі свого походження вона включає в себе право суду на її застосування, та одночасно обов'язок щодо її застосування. У даному разі мова йде про повноваження суду, які мають визначені межі та є зрозумілими суб'єктам правозастосування.

У першому розділі цього дисертаційного дослідження ми надали визначення дискреційній межі, зазначивши, що нею є конкретно-визначене, легітимне обмеження розсуду суб'єкта правозастосування, при здійсненні ним правозастосовчої діяльності. Водночас навели перелік таких меж, а саме: закон або інший нормативно-правовий акт, який не суперечить закону; конституційні принципи та засади права; судова практика; інструменти Європейського суду з прав людини щодо захисту конвенційних прав, які викладені в його рішеннях.

Судова дискреція це різновид дискреції, а тому їй притаманні властивості та ознаки дискреції, з урахуванням особливостей діяльності суду.

Отже, судова дискреція має свої формально визначені межі, порушення яких нівелює правосуддя.

Велика палата Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень абзацу першого пункту 40 розділу VI „Прикінцеві та перехідні положення“ Бюджетного кодексу України від 11.10.2018 року №7-р/2018,

зазначила: «що принцип юридичної визначеності як один із елементів верховенства права не виключає визнання за органом публічної влади певних дискреційних повноважень у прийнятті рішень, однак у такому випадку має існувати механізм запобігання зловживанню ними».

Згідно з юридичною позицією Конституційного Суду України «цей механізм повинен забезпечувати, з одного боку, захист особи від свавільного втручання органів державної влади у її права і свободи, а з другого - наявність можливості у особи передбачати дії цих органів»» [115].

Отже, наявність меж дискреції (в тому числі судової), обумовлено необхідністю передбачуваності у правовідносинах, що відповідає верховенству права та ідеї справедливості.

Згідно частини 2 статті 5 Конституції України, носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ, який здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Водночас органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України (стаття 6 Конституції України) [38].

Окрім цього, відповідно до частини 2 статті 19 Конституції України 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 [38].

Аналізуючи викладене, слід прийти до висновку, що суд не може діяти у спосіб не передбачений Конституцією або законами України, а отже він не може застосовувати юридичні інструменти, які суперечать за своєю змістовою основою цим актам.

Будь-який юридичний інструмент, який застосовує суд, має бути прийнятним, загальнозживаним та не суперечити сутті права. При реалізації своїх повноважень суд не використовує інструменти не правового характеру (таких як гадання, гороскоп, тощо), оскільки в такому разі мова не буде йти про правове регулювання.

Застосування судом дискреції це добудова існуючого, на підставі зрозумілого і передбаченого.

Як приклад цього можемо навести ситуацію коли суд надає оцінку правовідносинам, які є частково не врегульованими, однак потребують правового врегулювання. У такому разі суд має застосувати аналогію права, тобто свою позицію буде формувати на підставі конституційних приписів та засад права. Водночас, здійснюючи зазначену діяльність, суд має врахувати наявну нормативно-правову базу, визначити підходи до формування своєї позиції з урахуванням необхідності дотримання справедливого балансу між приватними та публічними інтересами.

Правозастосовча діяльність суду у такому випадку має відповідати існуючим правовим підходам та інститутам, оскільки у разі зворотного, виконати рішення суду буде не можливим, у силу його не відповідності праву.

Отже, ознаками визначеності, як конституційної засади судової дискреції є передбачуваність та зрозумілість. Ці ознаки стосується кожного суб'єкта правовідносин, на таких засадах будуються правовідносини.

При реалізації дискреційних повноважень, суд не діє як «вільний художник», він, будучи частиною державної влади, працює в межах встановлених Конституцією та законами України. Лише такий підхід уможлиблює забезпечення правопорядку в Україні та можливості розвитку.

Водночас зазначимо, що не передбачувані та не зрозумілі дії суду, підривають довіру до нього, як до влади, розбалансовують правопорядок, наслідком чого буде економічний та культурний занепад держави.

Розумність

Зазвичай у теорії права принцип розумності відносять до загальних принципів права [50,с.73-76], який діє у всіх його галузях та інститутах та визначає його ціннісну сутність.

Разом з цим, ми не погоджуємось з такою роллю розумності у праві та вважаємо, принцип розумності основоположним принципом права, оскільки він має лежати в основі всього створеного людством. Розумність це фундаментальна основа для справедливості, гуманізму, рівності та свободи. Будь-який продукт вироблений людиною, в тому числі і різні юридичні фікції, в своїй основі мають бути засновані на розумності.

А. Барак назвав розумність стандартом для оцінки поведінки [39, с.152]. Не спростовуючи цього, ми стверджуємо, що розумність це стандарт оцінки життя і саме з розумом пов'язана уся історія цивілізації *Homo sapiens*.

Досліджуючи обов'язкові елементи верховенства права автор відокремив розумність та зазначив, що «...розумністю в праві є створення умов для розвитку людини та забезпечення її життєдіяльності на рівні, який визнається достатнім на цьому етапі еволюції. Розумність в праві передбачає, що позитивне право орієнтовано на потреби людини, а також збалансовує інтереси окремої людини з інтересами суспільства» [108, с.87].

Окрім цього, Конституційний Суд України в своїх рішеннях не одноразово до складових верховенства права відносив розумність, зокрема в рішенні від 08.12. 2011 року № 16-рп/2011 він зазначив, що «...ґрунтуються на принципі верховенства права, зокрема на таких його складових, як ефективність мети і засобів правового регулювання, розумність та логічність закону» [116], а в рішенні від 29.08.2012 року, №16-рп/2012 наголосив на тому, що «...принципу верховенства права, зокрема таким його складовим, як співмірність між інтересами особи та суспільства, а також справедливість, розумність, логічність закону тощо» [117].

Розвиваючи цю думку, пояснимо, що правове регулювання не може бути не розумним, оскільки в іншому випадку воно втратить підтримку людей, наслідком чого буде безлад. Застосовуючи примус, державна влада може подолати утворений безлад, однак таке придушення матиме тимчасовий характер, якщо не буде змін правового регулювання на розумне.

Розумність це завжди збалансованість, врахування інтересів усіх верств населення, передбачення наслідків реалізації рішення прийнятого на засадах розумності. Її сила полягає в сприйнятті людьми, що породжує відданість останніх тому, хто проявляє таку розумність.

Розумність включає в себе пропорційність, яка «у сфері соціального захисту означає, зокрема, що заходи, передбачені в нормативно-правових актах, повинні спрямовуватися на досягнення легітимної мети та мають бути співмірними з нею» [118], а відповідно до положень пункту 8 частини 2 статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України під нею розуміють «... дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія)» [45].

Не виключенням із наведеного вище є Основний Закон України, який є актом здорового глузду, що забезпечує існуючий правопорядок та створює умови для розвитку людини. Увесь зміст Конституції пронизаний розумністю, як обов'язковим елементом верховенства права, хоча окремо про нього мови не йде.

Суд, як невід'ємна частина державної влади, реалізує свої повноваження відповідно до Конституції та законів України, розумність яких презюмується. Водночас зазначимо, що в діючому правовому полі Конституція України є абсолютно розумним документом, оскільки вона не підлягає перевірці жодним суб'єктом правозастосування на предмет відповідності ідеям справедливості та верховенству права, тоді як розумність законів України є відносною, в силу чого вони підлягають перевірці на предмет їх відповідності Конституції.

Судові рішення, які приймаються судом під час здійснення ним правосуддя, конституційного та судового контролю, мають відповідати ідеальній пропорції між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів людини і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення.

Здійснення правосуддя, конституційного та судового контролю не можливе без застосування юридичних інструментів, серед яких судова

дискреція. Враховуючи те, що правовий інструментарій, який використовується судом при здійсненні правосуддя, носить похідний характер від самого правосуддя, слідує, що він також має відповідати засадам розумності.

Як приклад, наведемо ухвалення судом рішення в неврегульованих правовідносинах, коли суд застосовує свій розсуд. Такий розсуд (дискреція) не може бути свавільним та нерозумним, а має відповідати критерію розумності та орієнтований на сприйняття його людьми, оскільки в іншому разі судові рішення не буде правовим та легітимним. Гадання, підкидання монети не є інтелектуально-вольовою діяльністю суду щодо вибору оптимального рішення із наявних правових альтернатив, це не розумні та не обґрунтовані позаправові механізми, який не можуть сприйматись цивілізованою людиною.

Отже, розумність є конституційною засадою судової дискреції як складової функціонального елементу самостійності судової влади в Україні. Суд, який діє на засадах розумності, породжує довіру та відданість до себе з боку людей, а тому він має підтримку народу, яка є необхідною для розумної протидії узурпаційним прагненням з боку законодавчої та виконавчої влади.

Будь-яка державна інституція сильна за рахунок відданості, довіри та підтримки індивідів, а не за рахунок права застосувати примус.

Наведені нами вище конституційні засади судової дискреції забезпечують її легітимність та надають можливість реалізувати судам функції судової дискреції, зокрема: правотворчу по відношенню до суспільних відносин, які якісно не врегульовані або врегульовані неправовими нормативно-правовими актами, оскільки застосовуючи такий вид дискреції суд створює нову норму права, про що йдеться далі; та стабілізуючу функцію, по відношенню до збалансованості в системі “стримувань і противаг”.

Перед тим, як перейти до висвітлення наступного підрозділу дисертації, звернемо увагу на тому, що судова дискреція потрібна державі, як спосіб удосконалення механізму державної влади та людям, як можливість захистити своє права в умовах правової невизначеності. А тому, вона є життєво необхідною для забезпечення життєдіяльності цивілізованої демократичної

держави, однак вона не може бути свавільною, при її застосуванні мають діяти правові механізми, які її обмежують та ґрунтуються за засадах верховенства права.

2.2. Види судової дискреції та її межі

У цьому підрозділі дисертаційного дослідження ми розкриємо питання конституційної межі судової дискреції, як розумного обмежувача свавілля суду при здійсненні останнім правосуддя, конституційного та судового контролю, а також відокремимо підвиди судової дискреції та введемо правила її реалізації, залежно від підвидів.

Отже, судова дискреція це складний юридичний інструмент практичного характеру, складність якого проявляється в її неоднозначності та багатоаспектності. Оскільки судова дискреція є різновидом дискреції, їй притаманні ознаки та обмеження останньої.

У підрозділі 1.3 розділу I цієї роботи ми надали визначення дискреційній межі, навели її види та ознаки. Нагадаємо, що під дискреційною межею необхідно розуміти конкретно-визначене, легітимне обмеження розсуду суб'єкта правозастосування, при здійсненні ним правозастосовчої діяльності; їй притаманні такі ознаки, як визначеність, зрозумілість, легітимність та практичність: межами дискреції є закон або інший нормативно-правовий акт, який не суперечить закону; конституційні принципи та засади права; судова практика; інструменти Європейського суду з прав людини щодо захисту конвенційних прав, які викладені в його рішеннях.

Наведені визначення ми будемо використовувати і при висвітленні цього питання, з врахуванням особливостей судової дискреції.

Проектуючи дефініції наведені в підрозділі 1.3 розділу I цієї роботи, надамо визначення межі судової дискреції, яким ми будемо оперувати далі. Так, **під межею судової дискреції необхідно розуміти конкретно-визначене,**

легітимне обмеження розсуду суду, при здійсненні ним правосуддя, конституційного та судового контролю.

Отже, межа судової дискреції є конкретно-визначене обмеження, поза якої суд не може реалізовувати свої повноваження.

Як зазначали ми у першому розділі цієї роботи, у науковій літературі не має єдиного підходу до розуміння, що саме є межею дискреції. Одні автори, надаючи визначення дискреційним повноваженням, як межу дискреції називають закон [119, с.112], Г.Й. Ткач [120, с.282], Бааджи Н.А. [121, с.170], В. Косаняк [122, с.159] вважають, що межами дискреції є положення норми-підстави дискреції. О. Семеній, вважає, що «норма права, яка встановлює варіанти рішення при дискреційному виборі, одночасно тим самим встановлює і межі дискреції» [123, с. 137].

Л.М. Белкін притримується іншої думки та вважає, що норми-підстави дискреції не встановлюють меж дискреції, оскільки відповідно до положень частини 2 статті 19 Конституції України ця роль відведена нормам-меж дискреції [124, с.94-95].

С. Шевчук, посилаючись на праці А. Барак, відокремлює два види меж суддівської дискреції, зокрема процесуальні та органічні [125, с.262], розуміючи під процесуальною межею обмеження, які визначені процесуальними кодексами та гарантують справедливість при здійсненні правосуддя (рівність сторін, незалежність та безсторонність суду, неупередженість суду тощо), а під органічною реалізацію дискреційних повноважень на засадах раціональності, послідовності, узгодження та інших обмежень, що накладаються правовою системою.

Наукова цінність визначення меж судової дискреції полягає в потребі їх практичного застосування, оскільки суд при реалізації дискреції не може діяти поза її межами, інакше це призведе до суддівського свавілля.

Конституція України, окрім статей 6,19, які визначають загальні принципи функціонування органів державної влади, містить норму, якою визначено основі засади судочинства для судів загальної юрисдикції (стаття

129). Зокрема, до таких віднесено 1) рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; 2) забезпечення доведеності вини; 3) змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості; 4) підтримання публічного обвинувачення в суді прокурором; 5) забезпечення обвинуваченому права на захист; 6) гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами; 7) розумні строки розгляду справи судом; 8) забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках - на касаційне оскарження судового рішення; 9) обов'язковість судового рішення [38].

Наведений перелік не є вичерпним, законом можуть бути визначені також інші засади судочинства.

Окрім цього, відповідно до частини 2 статті 147 Конституції України діяльність Конституційного Суду України ґрунтується на принципах верховенства права, незалежності, колегіальності, гласності, обґрунтованості та обов'язковості ухвалених ним рішень і висновків [38].

Реалізації судом своїх дискреційних повноважень відбувається під час здійснення судочинства, а тому, враховуючи похідний характер судової дискреції, її засади не можуть заперечувати засади самого судочинства та обмеження, які накладаються на судочинство, накладаються і на інструменти, що використовуються при ньому.

Засади та правила здійснення судочинства визначені законами України, які прийняті на підставі Конституції, а отже очевидним є те, що суд реалізуючи свої дискреційні повноваження обмежений законом.

Однак, складність та неоднозначність розуміння меж судової дискреції полягає в тому, що сама дискреція є неоднорідною та утворена на різному ґрунті. Безпосередньо природа утворення судової дискреції, визначає її підвиди, реалізація яких здійснюється в певних межах і такими межами не завжди є закон.

Зокрема, С.В. Щепалов виділив три рівні судової дискреції: дискреція в межах законодавчих вимог; дискреція яка не охоплюється волею законодавця,

оскільки його воля конкретно не виражена; та судова дискреція всупереч законодавчим вимогам [126, с.32-35].

Розвиваючи ідеї С.В. Щепалова та адаптуючи їх до правової системи України, автор відокремим наступні види судової дискреції:

- судова дискреція безпосередньо зазначена в законі;
- судова дискреція, яка надається суду з метою усунення прогалин в праві або подолання колізій (аналогія права);
- судова дискреція, яка заснована на пріоритеті основоположних прав людини над законом [71, с.43].

Межі цих підвидів судової дискреції ми дослідимо у роботі.

Судова дискреція безпосередньо зазначена в законі.

Конституційною основою для цього підвиду судової дискреції є положення частини 2 статті 6 Основного Закону України, згідно якої органи судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України [38].

Сутність дискреції цього підвиду полягає в тому, що вона безпосередньо передбачена в законі, який надає суду можливість обирати один із нормативно визначених варіантів правомірної поведінки. За критерієм вибір така дискреція за обсягом є вузька, а за ступенем конкретизації - визначена, оскільки характеризується нормативною визначеністю кількості законних альтернатив.

Такий підвид судової дискреції є найбільш передбачуваним, однак має свої особливості, які необхідно враховувати при правозастосуванні.

Раніше ми зазначали, що судова дискреція це юридичний інструмент практичного характеру, який використовується судом при здійсненні судочинства і реалізація її відбувається в межах процесуального закону, яким нормативно закріплена така дискреція.

Саме процесуальний закон встановлює межі цього підвиду судової дискреції.

Як приклад зазначеного наведемо положення частини 1 статті 252 Цивільного процесуального кодексу України [47], якою визначено право суду на зупинення провадження у справі за заявою учасника справи, а також з власної ініціативи, у разі наявності нормативно визначених підстав, перелік яких є вичерпним.

Гіпотеза цієї статті, яка за своєю правовою природою є визначеною, наводить перелік підстав, коли може бути реалізована її диспозиція. Наведений в гіпотезі частини 1 статті 252 Цивільного процесуального кодексу України [47] перелік підстав для зупинення провадження у справі є межами судової дискреції, за які суд не може вийти, оскільки він (такий перелік) є вичерпним. У даному разі суд не може зупинити провадження у справі з інших причин.

Однак, якщо гіпотеза цієї статті є визначеною, то диспозиція такою не є і містить декілька альтернативних варіантів поведінки суду, що зокрема слідує з наявності слова «може». У цьому випадку диспозиція є дискреційною і її реалізація має відбуватись по зрозумілому алгоритму дій суду, як правозастосувача.

У разі наявності обставин зазначених у гіпотезі аналізованої норми, суд може зупинити провадження у справі, а може і не зупинити. Такий вибір суд здійснює на власний розсуд, який не є свавільним, а ґрунтується та засадах судочинства та права в цілому.

Вище ми наголошували, що дискреція це юридичний інструмент, який застосовується судом під час судочинства та акцентували увагу на тому, що обмеження, які накладаються на судочинство, накладаються і на його інструменти.

Судочинство здійснюється насамперед відповідно до засад Конституції України та судочинства, які є похідними від перших, а отже ці засади визначають поле діяльності суду при реалізації дискреційних повноважень.

Конституційними засадами судової дискреції є людиноцентризм та розумність, а до конституційних засад судочинства віднесені в тому числі

змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів та розумні строки розгляду справи судом.

Саме на ґрунті наведеного суд, реалізуючи дискреційні повноваження, які йому надані частиною 1 статті 252 Цивільного процесуального кодексу України [47], має обрати - зупинити провадження у справі чи ні.

Зокрема, оцінюючи матеріали справи, суд визначає обсяги порушеного права людини, вплив такого порушення на людину, необхідність в негайному захисті порушеного права тощо. У разі якщо права, свободи та інтереси потребують негайного захисту і будь-яке зволікання у наданні судового захисту, через призму засад розумності, є не обґрунтованим, суд не зупиняє провадження у справі, а вживає заходи, які унеможливають розгляд справи поза розумні строки. І навпаки, якщо через призму засад людиноцентризму та розумності, більш раціональним видається спочатку усунути обставини, які можуть бути підставою для зупинення провадження у справі, суд зупиняє провадження у справі, не порушуючи при цьому засад розумності строків розгляду справи.

У даному разі важливим є те, щоб діяльність суду при реалізації дискреційних повноважень була розумною та зрозумілою суб'єктам правовідносин, оскільки наведене забезпечить довіру до суду та його підтримку з боку людей.

Окрему увагу слід приділити дискреційним повноваженням суду щодо поновлення та продовження процесуальних строків.

Процесуальні закони України встановлюють, що суд за заявою учасника справи поновлює пропущений процесуальний строк, встановлений законом, якщо визнає причини його пропуску поважними, крім випадків, коли цим Кодексом встановлено неможливість такого поновлення (статті 127 Цивільного процесуального кодексу України [47], 121 Кодексу адміністративного судочинства України [45], 119 Господарського процесуального кодексу України [46]).

Окрім цього, відповідно до частини 1 статті 123 Кодексу адміністративного судочинства України у разі подання особою позову після

закінчення строків, установлених законом, без заяви про поновлення пропущеного строку звернення до адміністративного суду, або якщо підстави, вказані нею у заяві, визнані судом неповажними, позов залишається без руху [45].

Відповідно до наведених норм, суд на власний розсуд вирішує питання поновлення пропущеного строку або визнає причини його пропуску поважними. У даному разі мова йде про судову дискрецію, яка передбачена в процесуальних законах, а тому вона має свої межі, які є зрозумілими та передбачуваними.

Межами такої дискреції суду насамперед є такі конституційні засади, як людиноцентризм, розумність та визначеність.

Зокрема людиноцентризм, як межа судової дискреції, проявляє себе у цих правовідносинах, як загальна засада, якою керуються суд при правозастосуванні, в той час як розумність та визначеність в даному разі виступають, як спеціальні засади.

Суть загальності людиноцентризму полягає в тому, що правове регулювання в Україні здійснюється в інтересах людини, а тому суд зобов'язаний врахувати цю сутнісно-ціннісну категорію під час реалізації дискреції щодо поновлення пропущеного строку або визнання причин його пропуску поважними.

Спеціальність засад розумності та визначеності обумовлена тим, що при вирішенні питання поновлення пропущеного строку або визнання причин його пропуску поважними, суд безпосередньо надає оцінку пропуску процесуального строку на предмет розумності, а також визначеності щодо правовідносин, які потенційно потребують правового коригування, за наслідками вирішення судової справи.

Засади розумності та визначеності, при наданні судом оцінки підставам поновлення пропущеного строку або визнання причин його пропуску поважними, працюють взаємодоповнюючи одна одну. Така синергія засад створює розумну визначеність, практичне застосування якої необхідно здійснювати через призму верховенства права, використовуючи водночас судова

практику Європейського суду з прав людини, яка виконує роль практичного кейса.

Зокрема, наведемо такий приклад, коли особа звертається до суду з позовом про визнання протиправною та скасування вимоги про сплату боргу, яка винесена відповідно до положень Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» [127]. Згідно положень цього Закону строк оскарження такої вимоги складає 10 календарних днів з дня її надходження, адмініструє цей платіж орган державної податкової служби. Дата надходження такої вимоги про сплату боргу не завжди співпадає з датою її фактично отримання платником такого внеску, в силу особливостей вручення рішень органів державної податкової служби, які передбачені статтею 42 Податкового кодексу України [128].

Отже, особа, фактично не отримавши вимогу про сплату боргу, вважається такою, що її отримала, а тому з наступного дня після констатації такого факту, починається перебіг строку на її оскарження в судовому порядку.

Відповідно до процесуальних законів України строк є розумним, якщо він передбачає час, достатній, з урахуванням обставин справи, для вчинення процесуальної дії, та відповідає завданню адміністративного [45], господарського та цивільного судочинства.

У даному разі строк на оскарження встановлений законом є надто малим, та не відповідає критерію розумності, оскільки для оскарження такої вимоги, платнику єдиного внеску необхідно зібрати матеріали для пред'явлення позову, пред'явити такий позов, що займе певний період часу, а тому розумним для суду буде поновити строк на оскарження такої вимоги про сплату боргу.

Окрім цього, таке рішення суду не порушить принципу *res judicata*, тобто принципу остаточності рішення та забезпечить платнику єдиного внеску право на доступ до суду.

Натомість можемо навести інший приклад, коли поновлювати строки звернення до суду є не розумним.

Так, відповідно до положень Податкового кодексу України [128] та усталеної судової практики, строк на оскарження податкових повідомлень-рішень складає 1095 днів з дня наступного за днем винесення такого рішення. Податковими повідомленнями-рішеннями визначаються грошові зобов'язання, які платник податків має сплатити до бюджету і в тому числі за їх рахунок формується дохідна частина бюджету.

Такий строк на оскарження податкового повідомлення-рішення є достатнім для вчинення будь-яких дій платником податку щодо підготовки матеріалів для пред'явлення позову та його безпосереднього пред'явлення. У разі доведення до платника податків такого податкового повідомлення-рішення, поновлення судом строку на його оскарження, який перевищує 1095 днів є малоімовірним, оскільки це буде суперечити ознаки визначеності.

Водночас слід навести практичний кейс щодо розуміння визначеності, який зазначений в рішенні Європейського суду з прав людини від 29.10.2016 року, заява №32053/13 справа «Устименко проти України» згідно якого «...якщо звичайний строк оскарження поновлюється зі спливом значного періоду часу, таке рішення може порушити принцип правової визначеності. Хоча саме національним судам, перш за все, належить виносити рішення про поновлення строку оскарження, їх свобода розсуду не є необмеженою. Суди повинні обґрунтовувати відповідне рішення. У кожному випадку національні суди повинні встановити, чи виправдовують причини поновлення строку оскарження втручання у принцип *res judicata*, особливо коли національне законодавство не обмежує дискреційні повноваження судів стосовно часу або підстав для поновлення строків» (пункт 47 рішення) [129].

Окрім наведеного вище, в контексті дослідження меж судової дискреції безпосередньо зазначеної в законі, надамо аналіз та визначимо межі дискреції суду при здійсненні ним оцінки доказів під час розгляду та вирішення судової справи.

Отже, відповідно до пункту 3 частини 1 статті 129 Конституції України до основних засад судочинства віднесено змагальність сторін та свобода в

наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості [38].

Змістова сутність цієї норми полягає в тому, що сторони судового процесу мають проводити активну процесуальну роботу щодо відстоювання своєї позиції перед судом, шляхом подання доказів, а останній зобов'язаний надати оцінку таким доказам, керуючись при цьому критерієм «поза розумним сумнівом».

Чіткого алгоритму дій суду щодо оцінки доказів поданих в судовій справі не має, однак є критерії, які визначають зону дискреції суду при оцінці доказів. Водночас зазначимо, що у процесуальних законах розсуд суду при оцінці доказів називають внутрішнім переконанням суду.

Відповідно до процесуальних законів суд оцінює належність, допустимість, достовірність кожного доказу окремо, а також достатність і взаємний зв'язок доказів у їх сукупності [45;46;47]. Належність, допустимість та достовірність доказів це якісна ознака доказів, тоді як достатність є кількісною ознакою.

Саме якісні ознаки доказів, є межами розсуду суду при їх оцінці. При цьому такий розсуд ґрунтується на безпосередньому, всебічному, повному та об'єктивному дослідженні доказів.

Чинне процесуальне законодавство містить визначення якісних характеристик доказів, зокрема: належними є докази, які містять інформацію щодо предмета доказування (стаття 73 КАС України [45]); допустимими, які одержані відповідно до порядку, встановленого законом (стаття 74 КАС України [45]); достовірними є докази, на підставі яких можна встановити дійсні обставини справи (стаття 75 КАС України [45]).

Проаналізувавши наведені дефініції критеріїв якості доказів, які водночас є межами судової дискреції, слід прийти до висновку, що вони є досить конкретизованими і зрозумілими.

Разом з цим, інтелектуально-вольова діяльність суду при реалізації судової дискреції не обмежується виключно оцінкою доказів на предмет їх

належності, допустимості та достовірності. Така діяльність також передбачає безпосереднє, всебічне повне та об'єктивне дослідження доказів, що надає такій роботі суду абстрактного зафарблення.

З метою конкретизації такої діяльності суду, варто використовувати юридичні механізми та інструменти, які застосовує Європейський суд з прав людини.

Так, Європейський суд з прав людини у своєму рішенні від 20.09.2012 року, № 387/03 «Справа «Федорченко та Лозенко проти України»» зазначив, що «...Суд при оцінці доказів керується критерієм доведення "поза розумним сумнівом". Проте таке доведення може впливати зі співіснування достатньо вагомих, чітких і узгоджених між собою висновків або подібних неспростованих презумпцій щодо фактів» (пункт 53 рішення) [130].

Отже, оцінюючи докази, які подані сторонами, суд має діяти розумно та передбачувано. Його діяльність має відповідати ustalеним розумінням оцінки фактів та логічності.

Окрім цього, при оцінці доказів, з метою конкретизації поля розсуду суду, варто застосувати елементи «трьохскладового тесту», який використовує Європейський суд з прав людини при оцінці втручання в конвенційні права людини, про якій бути йтися далі.

Підсумовуючи викладене, можна прийти до висновку, що такий підвид судової дискреції не сприяє ствердженню суду як влади та не підсилює його роль в системі «стримувань та противаг», оскільки реалізація такої дискреції здійснюються в межах системи координат, вибудованої законодавчою владою.

Однак, таке бачення є помилковим, виходячи із наступного.

Як відомо суд, в силу своєї правової природи та функцій, не є установою, яка може самостійно породити судову справу. Для реалізації ним функцій необхідно звернення особи, яка потребує правосуддя.

Загальним правилом для усіх процесуальних законів є розгляд судової справи не інакше як за позовною заявою, в межах позовних вимог.

Разом з цим, частина 2 статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України передбачає, що суд може вийти за межі позовних вимог, якщо це необхідно для ефективного захисту прав, свобод, інтересів людини і громадянина, інших суб'єктів у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень [45].

Окрім цього, відповідно до пункту 10 частини 2 статті 245 Кодексу адміністративного судочинства України [45], у разі задоволення позову суд може прийняти рішення про інший спосіб захисту прав, свобод, інтересів людини і громадянина, інших суб'єктів у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень, який не суперечить закону і забезпечує ефективний захист таких прав, свобод та інтересів [45]. Водночас згідно частини 5 цієї ж статті Кодексу адміністративного судочинства України якщо судом визнано нормативно-правовий акт протиправним і нечинним повністю або в окремій частині і при цьому виявлено недостатню правову врегульованість відповідних публічно-правових відносин, яка може потягнути за собою порушення прав, свобод та інтересів невизначеного кола осіб, суд має право зобов'язати суб'єкта владних повноважень прийняти новий нормативно-правовий акт на заміну нормативно-правового акта, визнаного незаконним повністю або у відповідній частині [45].

З аналізу наведених норм, слідує, що вони носять дискреційний характер та надають суду право вийти за межі позовних вимог, у разі потреби надати ефективний захист порушеному праву, в тому числі шляхом визнання протиправним та нечинним нормативно-правового акту, а також зобов'язання орган державної влади або орган місцевого самоврядування прийняти новий нормативно-правовий акт.

Таке право суду, яке надано процесуальним законом, надає йому ваги в системі «стримувань та противаг», оскільки він може ефективно протидіяти рішенням виконавчої влади, а також органів місцевого самоврядування, діяльність яких за своєю природою є подібною до діяльності законодавчої та виконавчої влади.

Для прикладу наведемо постанову Херсонського окружного адміністративного суду від 18.09.2012 року у справі №2а-2651/12/2170 за позовом прокурора міста Херсона до Херсонської міської ради про визнання нечинними підпунктів 4.4.1, 4.5, 6.1., 7.3, 9.1, 9.3.3, 9.4,9.5 Порядку організації та проведення в місті Херсоні зборів, мітингів, походів і демонстрацій, затвердженого рішенням Херсонської міської ради №1140 від 24.03.2006 року [131].

Оскаржуваним рішенням Херсонська міська рада врегулювала питання пов'язані з організацією та проведенням мирних зібрань.

Задовольняючи позов у цій справі, суд зазначив, що оскаржувані підпункти 4.4.1, 4.5, 6.1., 7.3, 9.1, 9.3.3, 9.4,9.5 Порядку організації та проведення в місті Херсоні зборів, мітингів, походів і демонстрацій є нормами одного систематизованого нормативно-правового акту, яким є рішення Херсонської міської ради №1140 від 24.03.2006 року «Про затвердження Порядку організації та проведення в місті Херсоні зборів, мітингів, походів і демонстрацій» і по своїй правовій природі вони носять в тому числі бланкетний характер. Їх скасування не може у повній мірі відновити гарантоване Конституцією України право громад збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, так як не скасовано саме рішення, в якому вони є елементами (нормами) його структури, а тому з метою повного захисту гарантованого Конституцією України прав громад збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, суд вирішив вийти за межі позовних вимог та визнав незаконним, таким що не відповідає Конституції України та скасував рішення Херсонської міської ради №1140 від 24.03.2006 року «Про затвердження Порядку організації та проведення в місті Херсоні зборів, мітингів, походів і демонстрацій» повністю.

У цій справі проявила свою силу судова дискреція, як функціональний елемент самостійності суду. Водночас така дискреція реалізовувалась в межах поля розсуду суду, яке обмежене засадами Конституції України та вимогами закону.

Судова дискреція, яка надається суду з метою усунення прогалин в праві або подолання колізій (аналогія права)

Законотворча техніка не є ідеальною, а тому як норми матеріального, так і процесуального права містять лакуни (прогалини в праві) та колізії, які необхідно усувати при здійсненні правозастосування. Такі лакуни та колізії зазвичай утворюються поза волею правотворця, в силу неможливості ним досконало врегулювати відносини, які потребують правового регулювання.

Наявність лакун в праві свідчить про правову невизначеність, що суперечить засадам верховенства права.

Водночас варто звернути увагу, що надмірна урегульованість правовідносин, втрачає правову легітимність, в силу того, що доведення усіх законів до людини та розуміння їх останніми є неможливим, у зв'язку з фізіологічними можливостями людини щодо сприйняття та аналізу інформації. Отже, чим більше урегульованості правовідносин тим менш доступними для розуміння людей є закони.

За таких обставин, можемо прийти до висновку, що як відсутність урегульованості, так і надмірна її наявність суперечать верховенству праву, а тому має існувати золота середина, яка збалансує на засадах розумності такі дефекти законотворчої техніки.

Рівень урегульованості в праві має бути достатнім для його розуміння людьми, що надало б їм можливість прогнозувати свою поведінку в суспільстві та передбачити негативні наслідки, пов'язані з порушенням такої поведінки.

Будь-яка не урегульованість має бути виключенням, яке усувається зокрема судом, під час здійснення правозастосовчої діяльності, за зрозумілим та передбачуваним алгоритмом дій.

Процесуальні закони містять юридичні інструменти щодо подолання лакун, зокрема такими є аналогія закону та аналогія права. Так, 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) [45;46;47].

Аналогія закону в практичному застосуванні є передбачуваним та зрозумілим юридичним інструментом, який не ґрунтується на абстрактних засадах.

При використанні аналогії закону, суд як суб'єкт правозастосування проводить відповідну інтелектуальну вольову діяльність щодо обрання нормативно-правового акту, який врегульовує подібні правовідносини та застосовує його.

У правовому полі України не може бути двох однакових нормативно-правових актів, які врегульовують однакові правовідносини, що свідчить про відсутність вибору у суду при використанні аналогії закону.

Аналогія закону це інтелектуально-вольова діяльність суду, яка полягає в обранні єдино правильного нормативно-правового акту, що підлягає застосуванню. Обрання неправильного акту свідчить про порушення судом вимог чинного законодавства.

Вибір оптимального рішення із наявних правових альтернатив, це обов'язкова ознака дискреції, а його відсутність свідчить про відсутність самої дискреції. Оскільки при використанні аналогії закону суд не здійснює зазначеного вибору, слідує, що така діяльність суду не може носити дискреційного характеру, а отже при застосуванні аналогії закону суд не реалізує дискреційні повноваження.

На противагу аналогії закону, аналогія права є юридичним інструментом практичного, дискреційного характеру, оскільки при її використанні суд здійснює діяльність, яка пов'язана з вибором оптимального рішення із наявних правових альтернатив.

Правова природа аналогії права полягає в тому, що цей юридичний інструмент ґрунтується на таких абстрактних ідеях як конституційні принципи

та засади права, розуміння та реалізація яких залежить від рівня правової культури та свідомості судді.

Застосування аналогії права завжди є більш творчим процесом, ніж реалізація дискреції безпосередньо наведеної в законі. Однак така творчість має бути зрозумілою суспільству та переслідувати мету, та завдання правосуддя.

Суб'єкт правозастосування при використанні аналогії права повинен діяти не емоційно, а виважено та розумно, мінімізуючи всякого роду утаємниченості та невизначеності. Суд, реалізуючи свої дискреційні повноваження, не може виходити у нігілістичний простір, де панують емоції та суб'єктивізм, він зобов'язаний працювати на легітимних засадах права.

Творчий початок аналогії права надає суду, як суб'єкту правозастосування, додаткової ваги в системі «стримувань та противаг», оскільки суд може завдяки заповненню лакун, впливати на правовий порядок в Україні. Водночас такий вплив не може здійснюватися революційно, оскільки в такому разі розбалансується правова система України.

Творчість суду має бути логічним продовження діяльності законотворця, який не до кінця врегулював суспільні відносини, про що буде йтись у наступному розділі цієї роботи.

Як зазначали ми раніше, суд при реалізації дискреційних повноважень, не може діяти свавільно, його розсуд має межі і ці межі є зрозумілими та передбачуваними. Тому логічним є те, що дискреційна діяльність суду пов'язана з усуненням прогалин у праві через застосування аналогії права, також має свої межі.

Змістова основа аналогії права полягає в тому, що у разі не урегульованості відносин, які підлягають правовому врегулюванню та відсутності закону, який регулює подібні правовідносини, суд, вирішуючи спір, виходить із конституційних принципів і загальних засад права.

Такі конституційні принципи та засади права є межами судової дискреції, яка надається суду з метою усунення прогалин в праві із застосуванням інструменту аналогії права.

Водночас варто зазначити, що Конституція України разом з словосполученням «верховенство права» застосовує слова «засади» та «принцип», які є тотожними за змістом, та за своєю суттю не породжують різне розуміння права, а тому у цій роботі вказані слова застосовуються рівнозначно.

Отже, принципи це і є засади, а тому при співвідношенні конституційних принципів з засадами права, необхідно розуміти, що в силу єдиної природи їх походження, вони не можуть один одному перечити та мати взаємовиключний, антагоністичний характер. Конституція України це акт позитивного права і її принципи є формально закріплені, тоді як засади права мають більш природньо правове походження, які не завжди є формалізованими, однак це не позбавляє їх статусу основ регулятора.

Для конкретизації наведеного ми маємо визначити, які саме конституційні принципи та засади права підлягають застосуванню судом при подоланні лакун за допомогою аналогії права.

Отже, під принципами (від лат. *principium* – первинне, визначальне) права зазвичай розуміють відправні ідеї, основні засади, що визначають зміст і спрямованість правового регулювання [50, с.66].

Як і право в цілому, принципи права є практичним продуктом людської діяльності, який визначає зміст права та напрямки його розвитку. Окрім цього, принципи – це продукт високого рівня абстрагування [133, с.23], який допускає варіативність моделей поведінки для суб'єктів права, тим самим розширюючи обсяг їх свобод [133, с.386].

У науковій літературі принципи права традиційно розділяють на основоположні, загальні, міжгалузеві та галузеві принципи права.

Так, до основоположних принципів права М.В. Козюбра відносить справедливість, рівність, свободу та гуманізм [50, с.70-72]; М.А. Воронін відносить гуманізм, демократизм, справедливість, свобода, рівність [134, с.194-196]; Н.М. Крестовська принцип пріоритетності загальнолюдських цінностей, гуманізм та демократизм [135, с.179-180].

До загальних принципів права відносять принципи правової визначеності, пропорційності, добросовісності, розумності [50, с.73], гарантованості прав і свобод громадян, відповідальності за вину, законності, поділу права на публічне і приватне, на відносно самостійні галузі та інститути, поєднання стабільності і динамізму [134, с.197-198], взаємозв'язку прав і обов'язків, верховенства права [135, с.180].

Як основоположні принципи, так і загальні принципи права визначають розумну зону діяльності суду, при реалізації дискреційних повноважень. Вихід за межі цієї зони має наслідком суддівське свавілля.

У минулому підрозділі цього розділу ми зазначали, що конституційними засадами судової дискреції є людиноцентризм та розумність, які одночасно є елементами верховенства права. По відношенню до основоположних принципів права вони є спеціальними та формально закріплені в Основному Законі України в тій чи іншій формі.

При застосуванні аналогії права для подолання існуючих лакун, з метою забезпечення справедливості, суд має виходити з засад людиноцентричності та розумності, мотивуючи водночас свою позицію загальнозрозумілими аргументами. Критерій загальнозрозумілості, як і право взагалі, орієнтовано на стандартного індивіда, позбавленого унікальних якостей та індивідуальних особливостей.

Зона варіативності прийняття судом рішень, знаходиться в межах поля розумності, яке сформоване, як наведеними вище засадами права, так і засадами Конституції України. І саме серед цих варіантів суд обирає найбільш оптимальний, який відповідає стандартам існуючого правопорядку та спрямований на досягнення справедливого балансу у правовідносинах.

У науковій літературі окремі автори вважають, що «цивілізоване правосуддя не допускає посилення на «смісл» чи «зміст» актів законодавства, на підставі яких вирішується спір» [136, с.661], а зобов'язує суд діяти логічно. Однак сама логіка розуміння обставин справи ґрунтується на принципах, які утворюють зміст та сенс того чи іншого нормативно-правового акту, а отже суд,

реалізуючи свої дискреційні повноваження, зобов'язаний розуміти суть закону та приймати рішення виходячи із неї.

Дійсно категорії «смісл» та «зміст» нормативно-правового акту носять абстрактне забарвлення, однак суду, при реалізації ним дискреційних повноважень, абсолютно уникнути його не вдасться, у зв'язку з абстрактністю підґрунтя для такого правозастосування.

Водночас, використовуючи свій творчий потенціал, ми може уніфікувати розуміння суб'єктами правозастосування конституційних принципів та засад права, при застосуванні аналогії права.

Така уніфікація має бути проведена шляхом опрацювання та використання практичних кейсів розуміння конституційних принципів та засад права, якими є рішення Конституційного Суду України, постанови Верховного Суду та рішення Європейського суду з прав людини.

Як приклад цього, наведемо постанову Касаційного адміністративного суду в складі Верховного Суду у справі №826/14837/16 від 31.03.2020 року за позовом особи до Правління Пенсійного фонду України про зобов'язання визначити уповноважене територіальне управління Пенсійного фонду України та надати йому вказівку прийняти необхідні документи для призначення та виплати пенсії за віком з 13.03.2016 року (дати звернення до Правління Пенсійного фонду України) у відповідності з Конституцією та діючим пенсійним законодавством України.

У цій справі Верховний Суд, окрім іншого, у зв'язку із відсутністю необхідного правового регулювання відносин у сфері пенсійного забезпечення та відсутності закону, який врегульовує подібні правовідносини, застосував аналогію права. При цьому аналогія права була застосована через розуміння конституційних принципів та засад права, які наведені в рішення Конституційного Суду України. Зокрема суд зазначив: «Враховуючи викладене вище, колегія суддів Верховного Суду вважає, що до спірних правовідносин у цій справі (щодо призначення пенсії особі, яка постійно проживає за кордоном) слід застосувати за аналогією висновки, які містяться у рішенні

Конституційного Суду України від 7 жовтня 2009 року N 25-рп/2009 та стосуються, зокрема, застосування статей 1, 3, 22, 24, 25 та 46 Конституції України» [137].

У даному разі «застосувати за аналогією висновки», виходячи зі змісту наведеного для прикладу рішення, означає, що суд керується розумінням конституційних принципів та засад права, яке у своєму рішенні розкрив Конституційний Суд України.

Аналогічний підхід обрав Пленум Верховного Суду України у своїй постанові №6 від 24.04.2015 року «Про відмову у зверненні до Конституційного Суду України з конституційним поданням щодо конституційності частини першої статті 92 Закону України від 5 листопада 1991 року № 1788-XII «Про пенсійне забезпечення»», де зазначив, що «... при вирішенні порушеного суддями Вищого адміністративного суду України питання існує можливість застосування аналогії права, висловленого в Рішенні Конституційного Суду України від 7 жовтня 2009 року № 25-рп/2009.

...Ураховуючи те, що Конституційний Суд України вже визнав неконституційними положення про припинення виплати пенсії на весь час проживання (перебування) пенсіонера за кордоном, якщо інше не передбачено міжнародним договором України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, вважаємо, що, виходячи з конституційних принципів і загальних засад права до положення про те, що громадянам, які виїхали на постійне проживання за кордон, пенсії не призначаються, має бути застосована аналогія права» [138].

У наведеній вище адміністративній справі №826/14837/16 Верховний Суд врегулював правовідносини щодо отримання особою пенсії, яка проживає поза межами України, застосовуючи аналогію права, виходячи з ознак людиноцентричності та розумності. Водночас така діяльність суду містить ознаки правотворчості, оскільки фактично відбулось ретроспективне правове урегулювання суспільних відносин, які не були врегульовані.

При цьому під ретроспективним правовим урегулюванням суспільних відносин ми розуміємо, врегулювання суспільних відносин, які склались та реалізувались раніше (встановлення правила сьогодні на те, що відбулось вчора).

Аналізуючи наведений приклад, слід прийти до висновку, що усунення лакун за допомогою аналогії права, здійснювалось відповідно до конституційних принципів та засад права, оскільки досягнуто найбільш сприятливого рішення для людини.

Однак, наведена ситуація має і зворотній бік, який ставить під сумнів постулати верховенства права, яке включає в себе і конституційні принципи.

Зокрема, як ми зазначили вище, урегулювання правовідносин відбулось ретроспективно, що суперечить положенням статті 58 Конституції України, згідно якої закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи [38]. У даному разі суд «добудував» до нормативно-правового акту норму, якої не існувало і яка не була доведена відповідно до приписів Конституції України.

Така діяльність суду ззовні порушує низку елементів верховенства права, а саме верховенство Конституції, доведеність та формальну визначеність.

Однак, правозастосування це не механічний процес зібрання всіх «за» та «проти», а насамперед це процес балансування між розумним та визначеним, доцільним та справедливим.

Змістовою основою верховенства права є забезпечення та створення умов для реалізації прав, свобод та інтересів людини. Верховенство права підпорядковує державу інтересам людини, а тому, виходячи із наведеного, суд у цій справі приймав рішення, виходячи із інтересу людини, що є справедливим та розумним.

При цьому, суд не вийшов за межі наданої йому дискреції, а діяв в межах поля розумності, надавши перевагу засадам людиноцентризму.

Разом з цим, у зв'язку із легалізацією такої ретроспективної діяльності суду щодо врегулювання правовідносин, цілком логічним видається питання, чи

може суб'єкт правозастосування внаслідок заповнення лакун визначати права та обов'язки громадян, і якщо так, то чи є вони доведеними в розумінні статті 57 Основного Закону України?

Так, Конституція України в статті 57 гарантує кожному знати свої права та обов'язки, а також те, що закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними [38].

Такий конституційний підхід відповідає принципу захисту довіри, який забезпечує впевненість кожного у тому, що його правове становище залишатиметься стабільним, закріплення в законі недопустимості «змін до гіршого» (*reformation in rejus*), відкритості в діяльності держави, прогнозованості розвитку законодавства.

Постановою Верховного Суду, внаслідок подолання лакуни шляхом використання аналогії права, визначено право особи на отримання пенсії, яке кореспондовано в обов'язок Пенсійного фонду України таку пенсію призначити. Разом з цим, таке право не було доведене до відома населення у порядку встановленому законом, а тому виникає питання чи є таке рішення суду нечинним в силу положень статті 57 Конституції України.

Складність цього питання, окрім наведеного вище, полягає в тому, що Конституційний Суд України при тлумаченні Конституції України застосовує за обсягом поширювальне тлумачення та спосіб еволюційного тлумачення, що не дає можливості точно передбачити розуміння цієї норми і її реалізацію на майбутнє.

Для подолання цієї проблематики, ми пропонуємо наступний механізм.

Суд не є суб'єктом законотворчості, а тому ухвалення законів та інших нормативно-правових актів не віднесено до його компетенції. Однак суд здійснює субсидіарно правотворчість, в тому числі коли заповнює лакуни в праві. Така, правотворчість суду може породжувати, як права так і обов'язки, однак виходячи із завдань правосуддя, а також сутності Конституції України, суд

не може породжувати ретроспективно обов'язки для людини, оскільки це б суперечило верховенству права в частині людиноцентризму та розумності.

Отже, ретроспективно, внаслідок судової правотворчості, можуть визначатися лише права людини. Оскільки для забезпечення прав людини суб'єкти владних повноважень мають проявити певну владну активність, а також враховуючи те, що верховенство право підкорює державу людині, судова правотворчість може визначати обов'язки для такого суб'єкта ретроспективно.

У даному разі ми маємо виходити з того, що у разі правової суперечки між державою та будь-яким суб'єктом приватного права, держава має поступитись останньому, оскільки саме на ній лежить провина щодо неналежного правового врегулювання відносин.

У контексті наведеного зазначимо про існування змістової суперечності між положеннями статті 57 Конституції України, згідно якої права і обов'язки громадян можуть визначатись іншими нормативно-правовими актами, крім законів [38], та пункту 1 частини 1 статті 92 Конституції України відповідно до якого права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод; основні обов'язки громадянина визначаються виключно законами України [38]. Однак в цій роботі ми не будемо надавати оцінку цим суперечностям, лише зазначимо при цьому, що в Україні права та обов'язки визначаються не тільки законами, а й іншими нормативно-правовими актами, в які суд може добудувати норму через призму застосування аналогії права.

Отже ми навели межі судової дискреції, яка надається суду з метою усунення прогалин в праві.

Судова дискреція, яка заснована на пріоритеті основоположних прав людини над законом

М.В. Козюбра, зазначав, що «...державна влада завжди має тенденцію до виходу з-під контролю суспільства» [139, с.36]. Така тенденція обумовлена природою людини або групи людей, які вважають єдиновірним своє бачення

функціонування та розвитку держави, і для реалізації такого бачення вони прагнуть необмеженої влади.

Фактично в даному разі мова йде про авторитарний режим правління, який притаманний демократіям, що розвиваються.

Для протистояння авторитаризму мають існувати такі правові механізми, які б унеможливили його фактичне зародження та не залежали від суб'єктивних особливостей певної особи.

Державна влада в Україні є єдиною, однак ця єдність є синергічною, оскільки складається з зусиль законодавчої, виконавчої та судової влади. Саме такий розподіл влади утворює систему «стримувань та противаг», від функціонування якої залежить якість демократичної форми правління.

Система «стримувань та противаг» це не шальки терезів де мають бути збалансовані два елементи, це «три кити», на яких утримується правова держава. Відхилення будь-якого з цих «китів» від ідеального балансу, породжує ознаки узурпації та свавілля.

Саме для забезпечення ідеального балансу функціонує судова влада, самостійність якої є не декларацією, а необхідним інститутом розбудови правової держави.

Чим краще налаштований такий баланс, тим краще функціонує правова система. При цьому необхідно зазначити, що для забезпечення належного функціонування системи «стримувань та противаг» необхідно застосовувати закони природи, інакше досягти розумності в таких відносинах буде не можливо. Зокрема, відповідно до Третього закону Ньютона дії завжди є рівна і протилежна протидія, інакше, взаємодії двох тіл одне на одне між собою рівні й спрямовані у протилежні боки.

Такий закон Ньютона ми пропонуємо проектувати на взаємодію гілок влади в межах системи «стримувань та противаг», а саме у разі вчинення дії будь-якою гілкою влади, яка містить елементи узурпації та свавілля, інші гілки влади мають достатньо протидіяти, для відновлення ідеального балансу взаємодії. В іншому разі вступає правило, згідно якого система «стримувань та

противаг» буде зруйнована, оскільки гілки влади між собою не взаємодіють та відповідно втрачають визнання та довіру у людей.

Для того щоб протидіяти будь-якій дії з боку законодавчої та виконавчої влади, судова влада має мати дієві інструменти протидії, які унеможливають нехтування її правового статусу.

Таким інструментом є судова дискреція, яка є складовою функціонального елементу самостійності судової влади.

Найбільш впливовою дискрецією в системі «стримувань та противаг» є підвид судової дискреції, яка заснована на пріоритеті основоположних прав людини над законом.

Змістова основа цієї дискреції полягає в тому, що суд при розгляді та вирішенні справи по суті, керуючись положеннями Конституції України та нормами міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, виходить за межі закону та врегульовує правовідносини на свій розсуд.

Сила цього виду дискреції полягає в тому, що суд діє поза межами системи координат для правозастосування створеною законодавчою владою. Зона розумності суду обмежується не законом, а правом, зокрема конституційними принципами та засадами.

А. Барак назвав такі обмеження органічними, зміст яких полягає у тому, що реалізація дискреції повина бути раціональною, послідовною та узгодженою, суддя водночас має діяти розумно, беручи до уваги ті обмеження, що накладаються правовою системою [39, с.270].

Використання такого виду дискреції можливе у разі невідповідності закону або іншого правового акту, який врегульовує правовідносини, положенням Конституції України та/або міжнародному договору.

Окрім впливовості цього виду дискреції в системі «стримувань та противаг», він є найбільш суперечливим в правозастосуванні, оскільки його реалізація порушує такі принципи верховенства права, як формальна визначеність (законність) та юридична (правова) визначеність.

Так, Конституційний Суд України у своєму рішенні від 27 лютого 2018 року №1-р/2018 у справі за конституційними поданнями 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців тринадцятого, чотирнадцятого пункту 32 розділу I Закону України „Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи“ та Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення абзацу першого підпункту 164.2.19 пункту 164.2 статті 164 Податкового кодексу України (справа про оподаткування пенсій і щомісячного довічного грошового утримання) зазначив, що «...принцип правової визначеності вимагає від законодавця чіткості, зрозумілості, однозначності правових норм, їх передбачуваності (прогнозованості) для забезпечення стабільного правового становища людини» [140].

Разом з цим, у рішенні в справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02.11.2004 року №15-рп/2004 Конституційний Суд України підкреслив, що «... розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи» [141].

Окрім цього, Венеціанська Комісія у своїй доповіді «Верховенство права» наголошувала, що «...юридична визначеність також означає, що держава загалом повинна дотримуватись взятих на себе певних зобов'язань, виконувати покладені на неї певні функції чи виголошені нею перед людьми певні обіцянки (поняття «законних очікувань»). Однак потреба у визначеності не означає, що норми права повинні застосовуватись із такою негнучкістю, що унеможлиблювала б врахування імперативів гуманності (людинолюбства) і справедливості» [49].

Отже, право допускає гнучкість норм, якщо така гнучкість необхідна заради забезпечення сутності права, як соціального регулятора людського життя,

а тому суд вправі вийти за межі закону, який є не справедливим, та врегулювати правовідносини відповідно до конституційних принципів та засад права.

Нормативним підґрунтям для реалізації судом цієї дискреції є Конституція України, а саме її статті 3,8,9,55,125,129,147, якими гарантується: обов'язок створити належний правовий механізм захисту конституційних прав і свобод особи, зокрема і недієздатної, від свавільного обмеження її конституційних прав на свободу та судовий захист [112]; верховенство права в Україні; верховенство Конституції України та її пряма дія; обов'язковість міжнародних договорів; судовий захист незалежним та безстороннім судом; судовий контроль за діяльністю органів державної влади у сфері публічно-правових відносин; конституційний контроль за законами на іншими нормативно-правовими актами України; обов'язковість судових рішень.

З метою реалізації наведених норм Конституції України, Верховною Радою України прийнято Закон України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів” від 03.10.2017, №2147-VIII [142], згідно Пояснювальної записки до якого, він: має створити умови ефективного захисту прав, що є превалюючим завданням судочинства; при прийнятті процесуальних рішень і застосуванні будь-яких процесуальних норм суд має керуватися у першу чергу основним завданням судочинства, яким є ефективний захист прав та інтересів особи; суд має право застосувати на вимогу особи, яка звернулася до суду, спосіб захисту її права, який не передбачений законом або договором, якщо передбачені законом або договором способи не забезпечують ефективного захисту такого права.

Для реалізації цього завдання суду надається ряд дискреційних повноважень при вирішенні процесуальних питань [143].

З метою впровадження наведеного, Законом України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів” від 03.10.2017, №2147-VIII [142] суду надано право, якщо

він дійде висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, не застосовувати такий закон чи інший правовий акт, а застосовувати норми Конституції України як норми прямої дії [45;46;47].

Сама по собі наведена норма не є дискреційною, оскільки у суду є лише один варіант правомірної поведінки, а саме якщо він дійде висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, він має застосувати норми Конституції України як норми прямої дії. У даному разі ми стверджуємо, що це не право суду, це його обов'язок, реалізація якого відбувається внаслідок тлумачення судом закону або іншого правового акту, як такого, що суперечить Конституції.

Однак в подальшому, коли суд дійде до висновку, що закон або інший правовий акт суперечить Конституції України, у суду виникає вибір при правозастосуванні, який обумовлений деякою невизначеністю в правовому урегулюванні.

Існування такої невизначеності обумовлено тим, що вважаючи закон або інший правовий акт такими, що суперечить Конституції України, суд виходить із абстрактних обґрунтувань, таких як принципи Конституції.

Для прикладу наведено рішення Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 27.05.2019 року, у справі №800/235/17 за позовом особи до Вищої ради правосуддя, третя особа, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору, на стороні відповідача - Міністерство юстиції України про визнання незаконним та скасування рішення Вищої ради правосуддя від 23.05.2017 року №1232/0/15-17, яким визнано порушення вимог щодо несумісності та звільнено особу з посади судді Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

У цій справі суд дійшов до висновку, що прийняття та застосування Закону України від 16 вересня 2014 року № 1682-VII "Про очищення влади" [144], суперечить принципіві верховенства права і це призвело до порушення прав позивача, а саме його неправомірного звільнення, внаслідок чого було застосовано норми Конституції України, як норми прямої дії [145].

Отже, відхиляючи закон, як такий, що суперечить Конституції України, суд ти самим створює правову невизначеність, у якій формується поле розсуду суду.

Фактично наведені вище норми формалізують судову дискрецію, яка заснована на пріоритеті основоположних прав людини над законом та уповноважують суд загальної юрисдикції надавати оцінку закону на предмет його конституційності, що відповідно до статті 147 Основного Закону України [38] віднесено до повноважень Конституційного Суду України. Водночас слід звернути уваги на те, що повноваження щодо надання оцінки на предмет відповідності закону Конституції України не притаманно за своєю природою судам загальної юрисдикції.

Норми Конституції України по відношенню до норм законів, носять більш абстрактний, узагальнюючий характер і застосування їх до правовідносин, як норм прямої дії має бути виважене та зрозуміле. Окрім цього, зрозумілим має бути і обґрунтування суду щодо суперечності закону Конституції України.

Враховуючи наведені суперечності щодо цього виду дискреції, важливим є визначити межі таких повноважень суду, які формують зону легітимної розумності. Така межа є досить тонкою і граничить з свавіллям, яке полягає в прийнятті неправосудного рішення та можливій узурпації влади з боку суду, оскільки, як зазначив Г.П. Мельник, навіть одичне рішення має потенціал формування судової практики [146, с.46], що безпосередньо впливає на баланс в системі «стримувань та противаг».

Враховуючи те, що при реалізації цього підвиду судової дискреції суд має застосовувати норми Конституції України, як норми прямої дії, слідує, що такі норми, а також конституційні принципи та засади права є межами такої дискреції. При цьому варто звернути увагу, на обов'язкову наявність саме норми (конкретного правила поведінки) Конституції, яка узагальнено врегульовує такі правовідносини.

Вище ми звертали увагу на відносну абстрактність положень Основного Закону України щодо врегулювання суспільних відносин, що створює передумови для надто розширюваного розуміння його положень суб'єктами правозастосування, які не є її легальними тлумачниками.

Така природа Конституції обумовлює необхідність існування додаткових меж, окрім конституційних принципів та засад права, які при правозастосуванні необхідно розуміти через призму рішень Конституційного Суду України, Верховного Суду та Європейського суду з прав людини.

У даному разі ми пропонуємо розробити єдиний механізм, який додатково встановить межі такої дискреції, що унеможливить суддівське свавілля та гарантує юридичну визначеність у правовідносинах. Для зрозумілості та легітимності такого механізму, пропонується при застосуванні дискреції, яка заснована на пріоритеті основоположних прав людини над законом, використовувати універсальний алгоритм дій розроблений та застосований Європейським судом з прав людини у своїх рішеннях, з врахуванням особливостей природи такої дискреції.

Зокрема, Європейський суд з прав людини, при наданні оцінки виправданості втручання у права особи гарантовані Конвенцією про захист прав людини на основоположних свободах використовує «трискладовий тест», сутність якого полягає в тому, він перевіряє чи втручання у права, гарантовані Конвенцією, відбулось “згідно із законом”, чи переслідувалась “легітимна мета” втручання та чи було втручання “необхідним у демократичному суспільстві” (відповідало нагальній суспільній потребі, було пропорційним легітимній меті, а наведені на його обґрунтування доводи були достатніми та відповідними) [147;148].

Оскільки, при практичній реалізації судової дискреції, яка заснована на пріоритеті основоположних прав людини над законом, суд не застосовує існуючий закон, в силу його не відповідності Конституції України, наведений вище механізм перевірки на предмет виправданості втручання в конвенційне

право, має у нашому разі впроваджуватись з етапу перевірки щодо «легітимної мети».

Для прикладу наведемо ситуацію, коли на думку суду спеціальний закон, що врегульовує певну сферу відносин, суперечить положенням статті 8 Конституції України. У даному разі суд, приймаючи рішення у справі, має виходити з того, чи переслідується ним «легітимна мета» та чи є така його діяльність «необхідною у демократичному суспільстві» (відповідало нагальній суспільній потребі, було пропорційним легітимній меті, а наведені на його обґрунтування доводи були достатніми та відповідними).

При цьому, під «легітимною метою» розуміється вичерпний перелік допустимих законних інтересів особи для цього виду правовідносин, який формально закріплений, а під «необхідністю у демократичному суспільстві» відповідність втручання нагальній суспільній потребі.

Отже, в даному разі поле розумності для реалізації судової дискреції буде обмежене конституційними принципами та засадами права, зокрема людиноцентризмом та розумністю, а також такими інструментами, як «легітимна мета» та «необхідність у демократичному суспільстві» (яка фактично є спеціальною складовою розумності, як ознаки верховенства права).

Діяльність суду при реалізації такого виду дискреції є подібною до діяльності, яку проводить суд під час застосування дискреції, яка надається суду з метою усунення прогалин в праві. Відмінність полягає у тому, що при застосуванні цього виду дискреції суд діє всупереч волі законодавця і має додаткову межу дискреції, якою є закон або інший правовий акт, який на його думку суперечить Конституції України.

Такий закон або правовий акт є межею судової дискреції, оскільки визначає, що є не правильним для врегулювання у правовідносинах, отже він автоматично зменшує варіативність вибору суду.

Окремо необхідно приділити увагу діяльності суду, при встановленні ним невідповідності закону положенням міжнародного договору.

Так, в Україні визнається та діє принцип дружнього ставлення до міжнародного права [112], згідно якого міжнародний договір, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, має пріоритет над національним законодавством.

Зокрема, відповідно до статті 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України [38], а відповідно до положень процесуальних законів, якщо міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, встановлені інші правила, ніж ті, що встановлені законом, то застосовуються правила міжнародного договору України [45;46;47].

Здійснюючи правосуддя суд надає оцінку нормативно правовому врегулюванню досліджуваним правовідносинам, в тому числі на предмет відповідності міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. Звідси логічно слідує, що інтелектуально-вольова діяльність суду при розгляді та вирішенні справи, обов'язково включає етап перевірки закону або іншого правового акту, на предмет відповідності міжнародному договору та Конституції України. І лише після відповідності закону або іншого правового акту останнім, суд застосовує національний закон.

Така діяльність суду не є дискреційною, оскільки суд не здійснює вибір між правовірними варіантами рішень, а застосовує єдино правильну норму, яка є формально закріплена в міжнародному договорі.

Варіативність для суду може виникнути у разі, якщо міжнародний договір містить дискреційні норми або їх урегульованість є не чіткою. У такому разі у суду виникнуть дискреційні повноваження, реалізація яких буде здійснена по наведених судом вище алгоритмах.

Особливістю застосування дискреції в такому разі буде те, що її межею буде не закон, а міжнародний договір згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Варто зазначити, що у науковій літературі виділяють дискрецію, яка полягає у здійсненні судом вибору між застосуванням позитивного та природного права [146, с.45], зазначаючи при цьому, що така дискреція можлива у спірних правовідносин, які врегульовані абсолютно визначеними правовими нормами. Обґрунтовують наведене тим, що суд з метою ухвалення справедливого рішення має право відступити від чітких норм і вирішити конкретну справу, керуючись принципами права, оскільки в Україні визнається принцип верховенства права.

Ми вважаємо, що такий підхід до розуміння судової дискреції є не практичним, оскільки він переводить право з суспільного регулятора в абстрактну концепцію, застосування якої є не передбачуваним.

Відмінність права від інших соціальних регуляторів полягає насамперед в його визначеності, воно абсорбувало в собі норми звичаїв, релігії та моралі. Ми притримуємось своєї позиції, згідно якої відсутність форми права та його доведення до людей позбавляє право статусу легітимного соціального регулятора [108, с.87]. Людина практично не здатна урегулювати життя на підставі норм, які не існують формально та не доведені до її відома, не варто це робити і суду застосовуючи такий квазі-інструмент.

Дійсно, забезпечити абсолютну визначеність в правовому регулюванні є не можливим, однак ми можемо встановити межі, походження яких буде з позитивного права.

Вихід суду за межі закону, у зв'язку із невідповідністю останнього Конституції України або міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, не є виходом суду за межі позитивного права. Конституція України, як акт позитивного права, увібрала в себе норми природного права, а тому перевіряти її на предмет відповідності останньому є не правильним, це призведе до безладу в правовому регулюванні та повній юридичній не визначеності.

У науковій літературі зустрічаються думки, зміст яких полягає в тому, «що принаймні адміністративні суди можуть ставити принцип справедливості

вище актів законодавства, зокрема, - вище законів і навіть Конституції» [136, с.616].

Підґрунтям для таких думок стало Рішення Конституційного Суду України від 02.11.2004 року, №15-рп/2004 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) [141], яким надано широке розуміння принципу верховенства права, з якого, на думку судді Конституційного Суду України Іваценка В.І., «... впливає можливість протиставлення законодавства і таких «соціальних регуляторів», як норми моралі, традиції, звичаї тощо. Притому в разі колізії норм законів і цих «регуляторів» пріоритет надається останнім, оскільки закон «іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи»» [149].

З таким баченням правозастосування ми не погоджуємось, оскільки суд не вправі ставити під сумнів правову природу Конституції України, як найвищого акту позитивного права в Україні. Відповідність Конституції України верховенству права, як носія справедливості – презюмується.

Сама по собі ідея верховенства права знайшла своє формальне відображення в Конституції України, яка є її гарантом, а тому в правозастосуванні суд має керуватися аксіомою: Конституція України – справедлива. Будь-яке інше правозастосування судом є не правильним та не сприяє порядку та розвитку суспільства.

Підсумовуючи викладене, слід прийти до висновку, що дискреційна діяльність суду не може бути абсолютною, оскільки це призведе до свавілля та елементів узурпації влади, наслідком чого є порушення балансу в системі «стримувань та противаг».

Будь-яка правозастосовча діяльність має мати межу, яка таку діяльність легітимізує. Не винятком з цього є і судова дискреція, реалізація якої має відбуватись в чіткій зоні розумності, яка має конкретні, зрозумілі межі.

А. Барак, у своїй праці «Суддівський розсуд», висловив таку думку: «Ідеальне здійснення суддівського розсуду припускає проходження «трикутного» тесту на інтеграцію в минуле, на справедливість в сьогоденні і на прийнятність для майбутнього» [39, с.216].

Суддівський розсуд це складна інтелектуально-вольова діяльність суду, яка має враховувати те, що навіть одне рішення у звичайній справі, має потенціал стати правовою позицією, дія якої може охопити всю державу та суттєво вплинути на її соціально-економічну діяльність. Суд має пам'ятати щодо ретроспективності його позиції та передбачувати її інтеграцію в майбутнє. Лише такий підхід до реалізації судової дискреції забезпечить довіру до суду, як органу справедливості та відданість людей, які будуть готові його підтримувати незалежно від суб'єкта зазіхання на його самостійність.

ВИСНОВОК ДО II РОЗДІЛУ

1. Сформовано авторське визначення судової дискреції, а саме це є **інтелектуально-вольова діяльність суду щодо вибору оптимального**

рішення (варіанту) із наявних правових альтернатив, під час розгляду та вирішення судової справи.

2. Виведено конституційні засади судової дискреції, як складової функціонального елементу самостійності судової влади в Україні, а саме:

- **людиноцентризм**, суть якого полягає в тому, що правове регулювання здійснюється з інтересом людини або певної групи людей, яка/які перебувають в центрі всієї правової системи України, однак в даному разі мова не йде виключно про фізичне існування людини. Говорячи про людиноцентризм автор має на увазі і гідне існування людини, яке здатне забезпечити їй необхідні соціально-економічні стандарти життя західної цивілізації;

- **визначеність**, ознаками якої є передбачуваність та зрозумілість, що забезпечує легітимність права, оскільки природньо не зрозумілі та не передбачувані речі не породжують довіри, а навпаки створюють передумови для недовіри;

- **розумність**, яка включає в себе збалансованість (пропорційність), врахування інтересів усіх верств населення, передбачення наслідків реалізації рішення прийнятого на засадах розумності. Суд, який діє на засадах розумності, породжує довіру та відданість до себе з боку людей, а тому він має підтримку народу, яка є необхідною для розумної протидії узурпаційним прагненням з боку законодавчої та виконавчої влади. Будь-яка державна інституція сильна за рахунок відданості, довіри та підтримки індивідів, а не за рахунок права застосувати примус.

3. Надано авторське визначення межі судової дискреції, під якою розуміється **конкретно-визначене, легітимне обмеження розсуду суду, при здійсненні ним правосуддя, конституційного та судового контролю.**

4. Відокремим наступні підвиди судової дискреції:

- **судова дискреція безпосередньо зазначена в законі**, сутність якої полягає в тому, що вона безпосередньо передбачена в законі, який надає суду можливість обирати один із нормативно визначених варіантів правомірної поведінки. За критерієм вибір така дискреція за обсягом є вузька, а за ступенем

конкретизації - визначена, оскільки характеризується нормативною визначеністю кількості законних альтернатив;

- **судова дискреція, яка надається суду з метою усунення прогалин в праві або подолання колізій (аналогія права)**, сутність якої полягає в тому, що суд при здійсненні правозастосування, з метою усунення прогалин у праві та колізій, «добудовує» норму, тим самим долаючи правову невизначеність;

- **судова дискреція, яка заснована на пріоритеті основоположних прав людини над законом**, змістова основа якої полягає в тому, що суд при розгляді та вирішенні справи по суті, керуючись положеннями Конституції України та нормами міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, виходить за межі закону та врегульовує правовідносини на свій розсуд. Сила цього виду дискреції полягає в тому, що суд діє поза межами системи координат для правозастосування створеною законодавчою владою. Зона розумності суду обмежується не законом, а правом, зокрема конституційними принципами та засадами.

5. Запропоновано розробити єдиний механізм, який додатково встановить межі судової дискреції, що унеможливить суддівське свавілля та гарантує юридичну визначеність у правовідносинах. Зокрема, для зрозумілості та легітимності такого механізму, пропонується при застосуванні дискреції, яка заснована на пріоритеті основоположних прав людини над законом, використовувати універсальний алгоритм «трискладовий тест» (чи відбулось втручання у права, гарантовані Конвенцією, «згідно із законом», чи переслідувалась «легітимна мета» втручання та чи було втручання «необхідним у демократичному суспільстві») розроблений та застосований Європейським судом з прав людини у своїх рішеннях, з врахуванням особливостей природи такої дискреції.

Оскільки, при практичній реалізації судової дискреції, яка заснована на пріоритеті основоположних прав людини над законом, суд не застосовує існуючий закон, в силу його не відповідності Конституції України, наведений

вище механізм перевірки на предмет виправданості втручання в конвенційне право, має впроваджуватись з етапу перевірки щодо «легітимної мети».

3. СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ЯК НЕОБХІДНИЙ ЕЛЕМЕНТ САМОСТІЙНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

3.1. Поняття судової правотворчості та її види.

У цьому розділі дисертаційного дослідження ми розкриємо поняття судової правотворчості, як продукту судової дискреції, який є природнім атрибутом самостійності судової влади в Україні, приділимо увагу її впливу на поділ влади, а також запропонуємо шляхи легітимізації судової правотворчості в правовій системі України.

Еволюція суспільства обумовлює еволюцію права як регулятора суспільних відносин, наслідком чого є стирання кордонів між школами права. Сьогодні ми можемо бачити ознаки притаманні романо-германській школі права в країнах, які традиційно сповідували англосаксонські традиції права, і навпаки в країнах романо-германської традиції права спостерігати ознаки притаманні англосаксонській школі права. Не винятком з цього є і Україна.

Радянська спадщина правової системи України, обумовила пріоритет позитивізму в праві, верховенство права ототожнювалось із законністю, існування судової правотворчості заперечувалось, внаслідок невідповідності існуючій правовій доктрині.

Суду відокремлювалась роль правозастосувача та інтерпретатора права [150, с.107], оскільки інших функцій Конституцією безпосередньо непередбачено. Правою основою для таких тверджень стали положення статті 6 Основного Закону України, якою закріплено поділ державної влади в Україні на законодавчу, виконавчу та судову, і відповідно до цього розподілу правотворчість є функцією Верховної Ради України.

Така теорія «жорстокого» поділу влади обумовлена історичними процесами в Європі (протистояння короля та парламенту в Англії, Велика Французька революція 1789 року), а не потребами сьогодення. Сьогодення задає зовсім інший темп життя, який вимагає від права динаміки та своєчасності в регулюванні правовідносин.

Статична природа парламенту та недосконала юридична техніка, унеможлиблює своєчасність та абсолютну визначеність в законах, що

призводить до лакун, які необхідно заповнювати. Окрім цього, слід зазначити, що враховуючи правову природу органів виконавчої влади, які відповідно до положень частини 2 статті 19 Конституції України [38] зобов'язані діяти на підставі, в межах та спосіб передбачений Конституцією та законами України, вони не можуть повноцінно та оперативно реагувати на виклики сьогодення.

Цю нішу в правовому регулюванні займають суди, які є більш мобільними та гнучкими, при вирішенні питань щодо заповнення існуючих лакун в праві.

Суд є великим урівнювачем. Будь-яка особа незалежно від її соціального статусу має право на судовий захист, який ґрунтується на справедливості та ефективно поновить її порушене або невизнане право. Така рівність забезпечується не лише процесуальними нормами щодо здійснення судочинства, а й вимогою справедливості.

У минулих підрозділах ми надали характеристику судовій дискреції та вказали на її творчий характер, який особливо проявляється при заповненні лакун в праві, шляхом застосування аналогії права та виходу суду за межі закону, який суперечить Конституції України.

Саме дискреційні повноваження суду, надають останньому можливість бути суб'єктом правотворчості, яка урегульовує правовідносини через призму верховенства права. З цього приводу вітчизняний дослідник Д.Ю. Хорошковська, звернула увагу на те, що результати прояву суддівського розсуду виражаються в нових правоположеннях, вироблених при вирішенні конкретних справ, а саме: в судовому прецеденті (система загального права), прецеденті тлумачення, усуненні прогалин у праві (система континентального права) [151, с.86].

Отже, судова правотворчість є правовим продуктом, практичної реалізації судової дискреції, а тому їй притаманні властивості останньої. Але перед тим, як перейти до безпосереднього висвітлення цього питання, надамо семантичний аналіз правотворчості.

Насамперед зазначимо, що за своєї словесною структурою «правотворчість» означає творення права. У науковій літературі під «правотворчістю» розуміють: форму державної діяльності, що спрямована на створення правових норм, а також на їх подальше вдосконалення, зміну або скасування [89, с.307]; діяльність держави по виданню, зміни та скасування нормативних правових актів [109, с.221]; особливий вид діяльності, притаманний спеціально уповноваженим органам, із формулювання, зміни або скасування правових норм, в основі яких лежать потреби та інтереси людей [50, с.192]; «організаційно врегульовану, особливу форму діяльності держави або безпосередньо народу, внаслідок якої потреби суспільного розвитку й вимоги справедливості набувають правової форми, що знаходять свій вияв у певному джерелі права (нормативному акті, прецеденті, звичаї тощо)» [134, с.321]; «один із етапів правотворення, правова форма діяльності держави та уповноважених організацій з прийняття, зміни, призупинення дії і скасування юридичних норм» [152, с.355]; створення загальних правових норм [39, с.120].

Підсумовуючи викладене, слід прийти до висновку, що у наукових колах термін «правотворчість» за своєю змістовою основою розуміється однаково, а тому синтезуючи наведені дефініції виведемо своє визначення правотворчості. **Отже, під правотворчістю необхідно розуміти діяльність офіційно уповноваженого, легітимного суб'єкта права щодо створення, зміни, скасування правових норм на засадах верховенства права.**

Одним з різновидів правотворчості є судова правотворчість, яка наділена усіма ознаками правотворчості, а саме: «здійснення спеціально-уповноваженим суб'єктом; спрямованість на створення, зміну або скасування нормативних приписів; визнання її процедурно-процесуальною діяльністю; закріплення її результатів у певних юридичних актах-документах» [153, с.50-51].

Водночас, судовій правотворчості властиві і інші, спеціальні ознаки, такі як: «здійснення спеціально-уповноваженими судовими органами; пов'язаність із реалізацією функцій судової влади; здійснення в особливій процесуальній формі; спрямованість правотворчої активності на встановлення нормативно-

правових приписів»; їх фіксація в судових правотворчих актах [154, с.1]; субсидіарний характер; ретроспективність дії.

Конституція України безпосередньо не наділяє суд повноваженнями на творення права, однак така діяльність нерозривно пов'язана з природою правосуддя, судового контролю та судового конституційного контролю, під час яких судом усуваються лакуни та долаються суперечності законів з Основним Законом України.

Усунення лакун та долання суперечностей законів з Основним Законом України безумовно є творчим процесом, який відбувається під час реалізації судової дискреції. Суд, здійснюючи вибір найбільш оптимального рішення, створює до цього не існуюче правило поведінки, яке, після набрання рішенням суду законної сили, носить загальнообов'язковий характер.

Передумовою для виникнення та поширення судової правотворчості в Україні, стали ряд факторів, що впливають із соціально-економічних потреб сучасної цивілізації. Зокрема: а) збільшення кількості нормативно-правових актів (законодавчий спам), які не якісно врегульовують правовідносини; б) надання дискреційних повноважень органам державної влади та місцевого самоврядування, без встановлення чітких меж розсуду; в) делегування правотворчих функцій органам виконавчої влади; г) розширення дискреційних повноважень суду за волею законодавця; д) відсутність своєчасного законодавчого врегулювання продуктів еволюції (криптовалюта тощо).

Такі передумови для поширення судової правотворчості в Україні не є унікальними, оскільки аналогічні причини також наводять іноземні дослідники, зокрема російський науковець В.О. Туманов вважає, що причинами виникнення судової правотворчості в Федеративній Республіці Німеччина є: «наявність у законодавстві суттєвої кількості каучукових понять та норм, що припускають різноманітне тлумачення; наявність компромісних законів, що відбивають співвідношення парламентських сил, та які практично завжди можуть бути витлумачені судом у бажаному напрямі; кількісне зростання законодавства, що призводить до його «інфляції» та відкриває можливості для суддівського

маневрування» [155, с.113]. М. Каппелетті до таких причин відносить: зростання кількості нормативно-правових актів, що свідчить про посилення ролі держави у суспільстві та призводить до паралельної експансії судової правотворчості при їх застосуванні та тлумаченні; ухвалення та реалізація норм про права людини на найвищому рівні (міжнародному та конституційному), що в обов'язковому порядку передбачає творчу роль судді з метою правильного правозастосування [156, с.4].

Окрім викладеного, варто зазначити, що поширення ролі судової правотворчості в Україні обумовлено необхідністю наявності практичних інструментів правового характеру, які б уможливили протистояння суду в системі «стримувань та противаг» законодавчій та виконавчій влади, на засадах верховенства права.

У контексті наведеного варто навести думки професора С.В. Шевчука, який звернув увагу на те, що «... суттєве зростання ролі органів правосуддя для успішного функціонування системи державних органів сучасних держав пояснюється необхідністю забезпечення функціонування системи стримувань та противаг, і особливо при визначенні конституційності законодавства. ... Конституційні суди у непрямий спосіб впливають на підвищення якості законів з огляду на зміст їх попередніх рішень щодо визнання конституційності (чи неконституційності) законодавства» [125, с.11].

Отже, підсумовуючи наведене, відзначимо, що еволюційні процеси є підґрунтям змін в правовому регулюванні та вимагають від права своєчасності та зрозумілості в регулюванні, що в силу своєї природи може забезпечити суд.

Сьогодні не терпить архаїзму, а тому традиційний «жорсткий» поділ влади, запропонований Ш. Монтеск'є є не актуальним, оскільки не здатний якісно урегулювати суспільне життя в Україні. Суд вже не є виключно «вустами, що вимовляють слова закону» [157, с.209], суд є субсидіарним творцем права, легітимізація якого залежить від рівня довіри до нього та відданості йому народу України.

У сучасній демократичній державі правотворчість є головною функцією парламенту, який обраний громадянами країни. Безумовно в силу природи права та неможливості урегулювати всі правовідносини та рівні парламенту, частина правотворчих повноважень делегується виконавчій владі, що зокрема слідує із положень статті 116 Конституції України. А. Барак називав таку діяльність вторинним законодавством [39,с.121].

Однак, суд, при заповненні лакун у праві під час розгляду та вирішенні судової справи, також здійснює правотворчу діяльність, оскільки створює нове правове урегулювання.

Б. Діксон, зазначав, що всі три гілки влади приймають участь в правотворчості, але вони творять право різними способами, і тому їх правотворчість відміна за своєї природою [158, с.5,12]. Звичайно така діяльність суду є відмінною від правотворчої діяльності законодавчої та виконавчої влади, оскільки їй підґрунтям є потреба врегулювати не якісно врегульоване або врегульоване всупереч положень Конституції України. Але природа реалізації новоствореної норми від цього не змінюється.

У науковій літературі судову правотворчість називають побічним продуктом акту правосуддя, оскільки вона не самостійна [39, с.121] і з цим не посперечаєшся. Дійсно суд не є активним учасником суспільних відносин, який самостійно може ініціювати державницькі зміни. За своїм функціональним призначенням суд виступає арбітром між законодавчою та виконавчою владою, а також у разі порушення останніми основоположних прав, свобод та інтересів людини або прав та інтересів юридичної особи, та є невід'ємним інститутом механізму соціального регулювання суспільних відносин.

Така “уявна пасивність” судової влади обумовлена її правовою природою охоронця правопорядку та відновлювача справедливості. Для функціональної активізації суду щодо здійснення правосуддя, судового контролю у сфері публічно-правових відносин, судового конституційного контролю необхідно офіційне звернення відповідного суб'єкта правовідносин, тільки у такому разі

суд проявляє себе як влада, яка врегульовує існуючий правовий конфлікт, у тому числі шляхом створення нової норми.

Здійснюючи правотворчу діяльність, суд орієнтується на наявну нормативно-правову базу та виправляє її дефекти «точково», і за обсягом такої діяльності не настільки об'ємна, як у законодавчої та виконавчої влади. Як зазначив М.І.Козюбра «...подолання прогалин у законодавстві, вирішення колізій, невідповідність існуючих нормативних приписів основоположним правам людини – це ті виключні випадки, в яких суд на підставі відповідної аргументації може виступити як суб'єкт правотворення» [50, с.202].

Оскільки судова правотворчість є похідною від судової дискреції, слідує, що і засади її походження є такими самими. У минулих підрозділах ми звертали увагу, що однією з засад судової дискреції є людиноцентризм, який притаманний і судовій правотворчості.

Саме ця засада утворює головне, первинне завдання судової правотворчості, яким є гарантія захисту основоположних прав, свобод та інтересів людини, які в силу несправедливого посягання на них, потребують негайного поновлення.

У той же час визначеність у правовідносинах, вплив суду в системі «стримувань та противаг» є вторинними завданнями судової правотворчості, однак водночас обов'язковими.

На важливості судової правотворчості у своїй фундаментальній роботі наголошує професор С.В. Шевчук. Зокрема, за його твердженням «...судова правотворчість максимально прислужилася меті безпосереднього захисту конституційних прав людини, коли судді при обґрунтуванні своїх рішень виходили не тільки з конституційних норм, але й з принципів справедливості, розумності, природного права, відповідності моральним критеріям, суспільної необхідності та цілей конституційно-правового регулювання у суспільстві... Тому самі по собі конституційні терміни «верховенство права», «належна правова процедура», «свобода», «рівність», «справедливість» тощо не мають загальнообов'язкової юридичної сили та самостійного юридичного значення без

відповідного суддівського тлумачення у процесі здійснення конституційного та загального судочинства» [125,с.12].

Однак не всі науковці притримуються такого бачення ролі судової правотворчості, а інколи її існування взагалі заперечується. Такі твердження, засновані на ідеалі «жорсткого» розподілу державної влади в системі «стримувань та противаг», де кожна гілка влади виключно виконує притаманні їй функції, та тим, що оскільки суддя не є виборною посадою, то він не може підміняти собою законодавчий орган, який наділеним правом від народу здійснювати правотворчість.

Зокрема відомий український конституціоналіст В.М. Шаповал, надаючи характеристику змісту принципу поділу влади, наголошував на тому, що жодна з трьох гілок влади не повинна втручатися в повноваження іншої влади і тим більше зливатися з іншою владою; закони повинні володіти вищою юридичною силою і прийматися тільки законодавчими органами; «виконавча влада повинна займатися в основному виконанням законів і тільки обмеженою нормотворчістю» [159, с.49].

Російський дослідник М.М. Марченко підкреслював те, що судова влада не може займатися правотворчістю, оскільки її функція здійснення правосуддя [160, с.340].

Такі позиції засновані на ідеях Ш. Монтеск'є, щодо «жорсткого» поділу влади, у межах якого суди застосовують закон, а не створюють права.

Однак на спростування такого архаїзму у праві наведемо слова Зуссмена, згідно яких «Образ судді в очах Монтеск'є - це образ особи, яка має надзвичайну здатність знаходити свій шлях серед стежок, прихованих в хащах законодавства, проте уявлення Монтеск'є пронизані загальноприйнятою помилкою, що такі стежки завжди існують і всі ваші можливості зводяться тільки до їх виявлення. Монтеск'є не розумів, що іноді стежки в законодавстві не уторовано взагалі і сам суддя, повинен їх торувати» [161, с.213].

Здійснюючи правотворчу діяльність, суд опирається виключно на право, оскільки нічого іншого у нього немає. Стаття 55 Основного Закону України

передбачає, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Водночас кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб [38].

Однак, як забезпечити ці конституційні гарантії, якщо правових механізмів, визначених законодавчою або виконавчою владою не має?

Така невизначеність є рушійною силою для судової правотворчості, оскільки суд, за відсутності правового регулювання, зобов'язаний створити умови та надати судовий захист порушеного права шляхом створення норми права, виходячи із конституційних принципів та загальних засад права.

Конституційний Суд України в своєму рішенні від 25.12.1997, № 9-зп у справі за конституційним зверненням Проценко Раїси Миколаївни, Ярошенко Поліни Петрівни та інших громадян щодо офіційного тлумачення статей 55, 64, 124 Конституції України (справа за зверненнями жителів міста Жовті Води), наголошував на тому, що «суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав та свобод. Така відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке згідно зі статтею 64 Конституції України не може бути обмежене. Водночас юрисдикція судів, тобто їх повноваження вирішувати спори про право та інші правові питання, поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі» [163].

За таких обставин, слід прийти до висновку, що якщо суб'єктивні права особи на її думку є порушеними, однак з точки зору позитивного права, правового урегулювання способу та форм захисту такого права не існує, суд зобов'язаний відкрити провадження у справі та надати особі необхідний (такий що відповідає загальноприйнятій уяві) судовий захист порушеного права.

Такий підхід знайшов, своє формальне вираження у процесуальних законах, зокрема в частині 4 статті 6 Кодексу адміністративного судочинства

України, частині 10 статті 10 Цивільного процесуального кодексу України та частині 11 статті 11 Господарського процесуального кодексу України, згідно яких забороняється відмова в розгляді та вирішенні судової справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини [45;46;47].

Аналізуючи наведені норми процесуальних законів, слід прийти до висновку, що сам законодавець, усвідомлюючи свою нездатність урегулювати якісно та своєчасно правовідносини, наділив суд повноваженнями правотворця, оскільки без таких повноважень вирішити судову справу за наявності «неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини» не можливо.

А. Барак висловив думку, що судова правотворчість дозволяється, у разі якщо вона визнається правом і тільки в тій мірі, в якій це визнається правом [39, с.128]. Дійсно, судова правотворчість це елемент правової системи і поза нею він не існує. Отже, при здійсненні судової правотворчості суд має опиратись на право, яке також визначає і межі такої творчості. Оскільки судова правотворчість є продуктом реалізації судом своїх дискреційних повноважень, її межі є подібним до меж судової дискреції.

У цьому дисертаційному дослідженні ми неодноразово звертали увагу на легітимність діяльності суду. Акцентування уваги на легітимності обумовлено тим, що право буде регулятором суспільних відносин, виключно у разі його визнання та розуміння людьми. В іншому разі воно втрачає ознаки легітимності і жодний примус не замінить його визнання та розуміння людьми, оскільки в дію вступає принцип сформульований М.Є. Салтиковим-Щедриним, відповідно до якого «строгість законів пом'якшується необов'язковістю їх виконання» [163].

Отже, судова правотворчість як і право загалом, мають бути легітимні, при цьому така легітимність повинна бути формалізованою, а не ґрунтуватись виключно на нормах моралі, традиції або релігії.

У даному разі формальність потрібна для забезпечення визначеності у правовідносинах, що сприяє довірі до суду.

Принцип формальної легітимності застосовується до діяльності будь-якого органу влади, особливо до діяльності судової влади, оскільки вона перевіряє, чи діють інші гілки влади в межах права. Як підкреслив А. Барак «той, хто досліджує і перевіряє, чи законно діють інші, повинен перш за все домагатися, щоб його власна діяльність була законною» [39, с.128].

За таких обставин ми стверджуємо, що суд за певних умов є творцем права в Україні, і таке твердження засновано на положеннях Конституції України та процесуальних законів. Як стверджував з цього приводу Сірил Джон Редэккліфф «Ніколи не було більш безплідних суперечок, ніж з питання про те, творить чи суддя право. Звичайно, він це робить. Як він може обійтися без цього? Законодавчий і судовий процес є відповідно двома взаємодоповнюючими джерелами правотворчості» [164, с.216].

Як зазначили ми раніше, противники існування судової правотворчості, виходячи з того, що монополія на правотворчість належить законодавчій владі, вважають, що титульні повноваження однієї влади не можуть зливатися з повноваженнями іншої влади, оскільки це призведе до узурпації влади та розбалансування системи «стримувань та противаг».

У контексті наведеного ми наведемо причини поділу влади, а також спростуємо ймовірність узурпації влади судом, внаслідок наділення його правом здійснювати правотворчість.

Отже, головною причиною поділу влади в державі є унеможливлення авторитаризму та забезпечення політичної стабільності, через механізм функціонування системи «стримувань та противаг». В Україні влада є єдиною, однак не монолітною, оскільки існує умовно три центри прийняття рішень, які взаємодоповнюють та контролюють один одного.

Такий розподіл влади, унеможлиблює зосередження влади в одних руках, що надає змогу забезпечити дотримання і гарантування прав та свобод людини. Якщо одна з гілок влади посягає на такі права, інша має механізми протистояти такому посяганню та забезпечити виконання Основного Закону України.

Сила влади полягає в її легітимності, тобто якщо люди її визнають та віданні їй, вони її підтримують. В іншому разі влада втрачає підтримку, а разом з ним і вплив в системі «стримувань та противаг». Фактично між гілками влади відбувається латентна конкуренція за відданість народу України.

Як приклад цього можемо навести протистояння між законодавчою та виконавчою владою з судовою. Остання перебуває в перманентному стані реформування, у зв'язку із запитами суспільства внаслідок недовіри до суду.

Зокрема згідно інформації Центру політико-правових реформ за результатами опитування, проведеного соціологічною службою Центру Разумкова спільно з Фондом «Демократичні ініціативи» ім. Ілька Кучеріва на замовлення Центру політико-правових реформ, станом на червень 2019 року довіряє судам 14% населення, тоді як не довіряє – 75% [165].

Наведена статистика свідчить про слабкість судової влади, оскільки відсутня підтримка носія влади – народу України. Причини відсутності такої підтримки є різноманітними, однак вони не спростовують те, що діяльність суду в Україні містить ознаки дефектності його легітимності.

Наслідком такої недовіри до суду, є його реформування, яке відбувається за участі законодавчої та виконавчої влади, що на сьогодні послаблює позиції суду в системі «стримувань та противаг» та позбавляє людей необхідного захисту.

Послаблення позицій суду проявляє себе через його функціональну неспроможність здійснювати правосуддя, судовий контроль через суд адміністративної юрисдикції та конституційний контроль. Зокрема, судова справа, якщо вона торкається загальнодержавного інтересу, досить часто не розглядається судом в розумні строки.

Прикладом цього можемо навести адміністративну справу №824/3165/14-а за позовом особи до Міністерства внутрішніх справ України про визнання протиправним та скасування наказу про звільнення з посади начальника управління по боротьбі з організованою злочинністю управління Міністерства внутрішніх справ України в Івано-Франківській області та поновлення на

зазначеній посаді, провадження в якій було відкрито 21.11.2014 року і станом на лютий 2020 року рішення у справі не прийнято [167].

Юридичною підставою для звільнення позивача у цій справі із займаної посади стали ч.3 ст.1 п.8 ч.1 ст.3, пп.1 п.2 розділу "Прикінцеві та перехідні положення" Закону України "Про очищення влади» від 16.09.2014 року, №1682-VII [144].

Суд першої інстанції зупинив провадження у справі до вирішення Конституційним Судом України в конституційному провадженні питання щодо відповідності Конституції України положень пункту 6 частини першої, пунктів 2, 13 частини другої, частини третьої статті 3 Закону України «Про очищення влади», яке відкрито ухвалою від 12.02.2015 року Першої колегії суддів Конституційного Суду України [167]. Однак на день написання цієї дисертації Конституційний Суд України рішення у цьому конституційному провадженні не прийняв.

Отже, більше п'яти років Конституційний Суд України не приймає рішення щодо конституційності окремих положень Закону України "Про очищення влади» від 16.09.2014 року, №1682-VII [144], тим самим створюючи правову невизначеність у цих правовідносин. Водночас проаналізувавши діяльність Конституційного Суду України за цей період, слід прийти до висновку, що він належно функціонує і розглядає та вирішує справи, які надійшли у 2019 році.

Чим обумовлено викладене? Насамперед орієнтиром Конституційного Суду України, а разом з ним і судів загальної юрисдикції на політичні процеси в державі, а не на право. Правове урегулювання не має залежати від політичних процесів, які законодавчо необумовлені, інакше втрачається суть права, як регулятора суспільних відносин та розбалансовується система «стримувань та противаг».

Отже відсутність легітимності свідчить про відсутність впливу в системі «стримувань та противаг» та функціональну слабкість. Натомість якщо рівень

довіри до суду буде високий, ми можемо стверджувати, що суд буде впливовим та сильним гравцем.

Однак така сила не може бути підставою для привласнення повноти державної влади, оскільки це призведе до втрати легітимності. Сила суду функціонально проявляється через використання таких правових інструментів практичного характеру, як судова дискреція, реалізація якої може породити норму права.

Розумна правотворчість суду є безпечною для функціонування системи «стримувань та противаг», оскільки суд в будь-якому разі обмежений у такій діяльності актом позитивного права, зокрема Конституцією України. При здійсненні правотворчої діяльності він зобов'язаний встановити сферу застосування виведеної норми в правовій системі України.

Таке обмеження не є унікальним для суду, воно стосується і законодавчої та виконавчої влад. Зокрема, Верховна Рада України, перш ніж прийняти закон, повинна зрозуміти допустимі межі такої законодавчої діяльності, а саме звернутись до повноважень прописаних в Основному Законі України, врахувати положення інших законів, які не можна порушувати у зв'язку із прийняттям нового закону, проаналізувати наслідки реалізації такого закону. Аналогічні дії за своїм характером має вчиняти і Кабінет Міністрів України, при здійсненні вторинного правотворення.

Процес правотворення має бути обережним і ретельно продуманим, він не може бути революційним, тільки еволюція в праві спричиняє якісну норму та розуміння людей. Творення судом права не відбувається свавільно, цей процес має свої формалізовані межі, які утворюють легітимну зону розумності.

Як зазначив Ілмар Таммело «Коли суддя заповнює лакуну в праві, межі його судової правотворчості - це рамки проломи, створеної в праві. Цей пролом не є невизначеним. Це пролом в рамках даної нормативної структури, він є «закритою проломою»» [168, с.187].

Отже, виходячи з наведеного слід прийти до висновку, що судова правотворчість не є вільною від меж, вона обмежена зоною неврегульованості

самого нормативно-правового акту і під час її використання, суд насамперед визначає такі межі неврегульованості та заповнює їх, виходячи зі змісту самого нормативно-правового акту, конституційних приписів та загальних засад права.

Створення такої норми судом, не може суперечити завданням та принципам самого нормативно-правового акту, який містить лакуни, оскільки в такому разі втрачається сенс самого акту та породжуються колізії.

Як приклад такої правотворчості наведемо судову справу №759/16206/14-ц за зверненням стягувача до суду з клопотанням про визнання та надання згоди на примусове виконання на території України апеляційної колегії Арбітражного суду Міжнародної асоціації торгівлі зерном та кормами (GAFTA) від 23.05.2014 року, яким з боржника стягнуто 17536000,00 доларів США на відшкодування збитків унаслідок невиконання контрактів, а також складні відсотки на цю суму, що розраховуються поквартально за ставкою 4 % з дати невиконання зобов'язань – 11.01.2011 року - і до дати повного відшкодування збитків.

У цій справі боржник вважав, що задоволення клопотання стягувача про визнання та надання дозволу на виконання рішення апеляційної колегії Арбітражного суду Міжнародної організації торгівлі зерном та кормами (GAFTA) N 4323A (i) від 23.05. 2014 року не відповідають правовим висновкам Верховного Суду України, висловленим під час перегляду цієї справи, зокрема стосовно того, що делегування права на нарахування розміру складних відсотків стягувачу чи державному виконавцю є порушенням публічного порядку.

У той ж час стягувач вважав, що забезпечення примусового виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу не суперечитиме основним засадам правосуддя в Україні: проведення державним виконавцем розрахунку відсотків не є втручанням у відносини, врегульовані в арбітражному застереженні, та не є виходом за межі повноважень і порушенням публічного порядку. На думку стягувача, рішення міжнародного комерційного арбітражу, щодо якого подано клопотання про надання дозволу на примусове виконання, є чітким і не містить двозначності у тому, в якому розмірі боржник має сплатити відсотки на користь стягувача. Також, вважав, що правова система України

допускає (не забороняє) визначення у рішенні міжнародного комерційного арбітражу відсотків у неконкретизованому (тобто, не у фіксованому) розмірі та не забороняє визначати їх розмір компетентному органу країни, в якій це рішення буде виконуватись. Таке визначення, на думку стягувача, не може розцінюватися як втручання у відносини, врегульовані в арбітражному застереженні, а виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу про стягнення суми, розмір якої не визначено у цьому рішенні, не може вважатися таким, що суперечить публічному порядку України.

Вирішуючи цей спір по суті Велика Палата Верховного Суду в своїй ухвалі від 15.05.2018 року звернула увагу на тому, що законодавець визначив напрямок розвитку вказаних правовідносин щодо виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу в частині нарахування виконавцем відсотків та (або) пені відповідно до умов, вказаних у такому рішенні. Прогалина у правовому регулюванні відносин між учасниками цієї справи зводиться до відсутності чіткого припису щодо повноважень виконавця до 01.01.2019 року нараховувати відсотки на визначену чинним рішенням міжнародного комерційного арбітражу суму відшкодування збитків. Проте Велика Палата Верховного Суду, враховуючи тривале невиконання такого рішення в Україні, завдання цивільного судочинства з ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, зокрема, юридичних осіб, а також принцип пропорційності, вирішила, що апеляційний суд м. Києва в ухвалі від 06.12.2017 року встановив розумний баланс між приватним інтересом стягувача у стягненні з боржника повного відшкодування збитків у розмірі, встановленому відповідним рішенням міжнародного комерційного арбітражу, та публічним інтересом у виконанні цього рішення згідно з чинним законодавством України [169].

У цій справі Велика Палата Верховного Суду, застосовуючи аналогію права, фактично врегулювала правовідносини, виходячи з принципів та завдань цивільного судочинства, діючи при цьому в межах нормативної невизначеності.

Водночас слід зазначити, що в силу особливостей юридичної техніки в Україні не всі приписи нормативно-правових актів відповідають положенням Конституції України, а тому інколи суд створює право поза межами такого нормативно-правового акту, обмежуючись при цьому конституційними нормами.

Для прикладу наведемо адміністративну справу 824/320/20-а за позовом особи до Управління соціального захисту населення Шевченківського району Департаменту праці та соціального захисту населення Чернівецької міської ради про визнання протиправним та скасування рішення про відмову в призначенні допомоги при народженні дитини та зобов'язання здійснити виплату такої допомоги [170].

Суть публічно-правового спору у цій справі полягала в тому, що позивач звернулася до Управління соціального захисту населення Шевченківського району Департаменту праці та соціального захисту населення Чернівецької міської ради із заявою про призначення допомоги при народженні дитини, однак у цьому їй було відмовлено у зв'язку із пропуском 12-місячного строку звернення.

Відмова нормативно обґрунтована тим, що згідно з частиною 7 статті 11 Закону України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми» від 21.11.1992 року №2811-ХІІ [171] допомога при народженні дитини призначається за умови, якщо звернення за її призначенням надійшло не пізніше дванадцяти місяців з дня народження дитини. Аналогічного змісту положення щодо допомоги при народженні дитини наведені й у Порядку призначення і виплати державної допомоги сім'ям з дітьми, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 27.12.2001 року №1751 [172]. Зокрема, у пункті 12 названого Порядку зазначено, що допомога при народженні дитини призначається за умови, що звернення за її призначенням надійшло не пізніше ніж через 12 календарних місяців після народження дитини.

Положення наведених нормативно-правових актів носять імперативний характер і встановлюють чітку заборону щодо призначення допомоги при

народженні дитини, якщо звернення з цього приводу надійшло пізніше дванадцяти місяців з дня народження дитини. Механізму поновлення таких строків на отримання допомоги при народженні дитини, законодавством України не передбачено.

Позивач звернулась зі зверненням про отримання допомоги при народженні дитини після спливу двадцяти семи місяців опісля народження дитини, тобто строки встановленні вказаними вище нормативно-правовими актами минули, а тому Управління соціального захисту населення Шевченківського району Департаменту праці та соціального захисту населення Чернівецької міської ради відмовила у призначенні допомоги.

Однак, в даному разі суд вирішив, що такі норми Закону України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми» від 21.11.1992 року [171] №2811-ХІІ та Порядку призначення і виплати державної допомоги сім'ям з дітьми, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 27.12.2001 року №1751 [172], суперечать положенням Конституції України та виходячи із принципу верховенства права, відповідно до якого, зокрема, людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави, задовольним позов.

Така позиція суду першої інстанції, відповідає правовим позиціям Верховного Суду, які викладені у справах від 24.04.2019 року у справі №462/431/17 [173], від 20.11.2018 року у справі №226/317/17 [174], від 02.10.2018 року у справі №495/3711/17 [175], від 14.02.2018 року у справі №591/610/16-а [176].

Аналізуючи наведений вище приклад, варто прийти до висновку, що суд всупереч імперативних норм Закону України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми» від 21.11.1992 року №2811-ХІІ [171] та Порядку призначення і виплати державної допомоги сім'ям з дітьми, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 27.12.2001 року №1751 [172], продовжив позивачці дію строку на звернення щодо отримання допомоги при народженні дитини, обґрунтовуючи таку позицію принципом верховенства права.

Фактично в даному разі має місце судова правотворчість, реалізація якої відбулась, у зв'язку із суперечністю спеціального Закону положенням статей 3,8 Конституції України. Така діяльність суду безумовно породжує прихильність до нього з боку людини, тим самим підсилюючи його легітимність та статусність в системі «стримувань та противаг», оскільки суд захистив право особи, яке обмежувалось діючим законодавством.

Також, як приклад такої судової правотворчості наведемо згадувану нами справу №800/235/17, у якій суд дійшов до висновку, що прийняття та застосування Закону України від 16.09.2014 року №1682-VII "Про очищення влади", суперечить принципів верховенства права і це призвело до порушення прав позивача, а саме його неправомірного звільнення, внаслідок чого було застосовано норми Конституції України, як норми прямої дії [145].

Отже з наведеного прослідковується тенденція суду виправляти недоліки нормативно-правових актів, створюючи нові норми права, які не суперечать самому праву та сутності правовідносин, які ним регулюються.

Така правотворчість суду не носить первинний характер, оскільки за своїм функціональним призначенням він не є ініціатором створення права. Його правотворчість є похідною і залежить від якості первинного урегулювання правовідносин Верховною Радою України.

Не можна назвати таку правотворчість суду і вторинною, оскільки в такому разі ми повинні стверджувати, що суд здійснює правове врегулювання на постійні основі, виходячи із принципів закладених титульним суб'єктом правового урегулювання, яким є Верховна Рада України. Вторинна правотворчість притаманна Кабінету Міністрів України, який повинен «... займатися в основному виконанням законів і тільки обмеженою нормотворчістю» [159, с.49].

Враховуючи, що судова правотворчість є «побічним» продуктом здійснення судом правосуддя, судового контролю та конституційного контролю, вона носить субсидіарний (додатковий) характер і проявляє себе, як механізм

контролю за якістю законодавства та протидії намірам привласнити владу іншими гілками влади.

При цьому процесуальна активність суду обмежується самим законом, який його легітимізує та уповноважує здійснювати правосуддя, у тому числі шляхом створення права, якщо такого не має, або таке не відповідає Конституції України.

Отже, підсумовуючи викладене вище, слід прийти до висновку, що теорія Ш. Монтеск'є щодо «жорсткого» поділу влади за її функціональним призначенням, не є придатною для умов сьогодення, оскільки, враховуючи різноманітність суспільних відносин та принципів регулювання, провести чітку лінію розмежування повноважень гілок влади є не можливим.

Гілки влади мають співпрацювати, взаємодоповнюючи одна одну, в цьому полягає їх синергійність. Умовно таку співпрацю можна пояснити так, що кожна з трьох гілок влади окремо є менш ефективною, ніж така сама гілка влади, яка співпрацює з іншими гілками в системі «стримувань та противаг» на паритетних засадах, з метою досягнення ідеального балансу влади в Україні.

Професор М.В. Цвік, надаючи коментар статті 6 Конституції України [38] наголошував на тому, що: «Уособленість гілок влади не означає їх повної ізолюваності. Заради забезпеченості їх урівноваженості кожній з гілок надаються спеціальні повноваження зі впливу на діяльність інших гілок. Саме з реалізацією цих повноважень пов'язане існування системи так званих стримувань та противаг. Вона є невід'ємною і важливою складовою поділу влади. З її допомогою здійснюється взаємовплив усіх гілок влади, підтримується рівновага між ними. Це досягається шляхом дозволу органам однією з гілок діяти в певних межах у сферах інших гілок. Таким чином, забезпечується взаємостримування гілок, їх взаємний тиск, збалансування влади» [177, с.35].

Сутнісна основа судової правотворчості відповідає ідеї створення системи «стримувань та противаг». Як відмітив у своїй роботі професор С.В. Шевчук: «Прецеденти, сформульовані судами в ході здійснення конституційного судочинства, стали могутнім чинником стримування та контролю за

законодавчою та виконавчою гілками влади з боку судової влади, оскільки рішення суду прецедентного характеру з питань застосування основного закону стримує інші гілки влади та примушує їх дотримуватися Конституції» [125, с.99].

Такий підхід до розуміння поділу влади в Україні, робить бажаним існування та функціонування судової правотворчості, яка субсидіарно урегулює правовідносини та гарантує правове забезпечення прав та свобод людини.

У даному разі необхідно зрозуміти, що наділення суд правом творити норму, жодним чином не посягає на повноваження законодавчого органу, оскільки останній навіть використовуючи ідеальну юридичну техніку та весь творчий потенціал науковців України не зможе ні виявити, ні врегулювати все різноманіття проблем, що виникають у суспільних відносинах, а тому має залишитися місце судовій правотворчості, яка конкретизує застосування закону щодо непередбачених окремих випадків і адаптує його до мінливих потреб суспільства. Правовідносини не тільки чисельні але і мають індивідуальні ознаки, особливості, хоча і містять, зберігають істотні риси, властиві всьому праву. Така індивідуальність відносин в процесі застосування до них норм права породжує різноманіття питань, що відносяться до змісту норм права, питань, відповіді на які можна отримати тільки шляхом правозастосування. Окрім цього, не виключена поява в суспільному житті нових відносин, життєвих ситуацій, які не існували в момент створення закону або не отримали широкого розвитку, поширення ситуацій, які конкретно не мав на увазі законодавець, однак в силу абстрактного характеру норм права охопив їх регулюванням. Такі питання мають вирішуватись за допомогою судової правотворчості, яка доповнює собою не врегульоване або врегульоване не якісно.

Позитивне право формується і фіксується через слова і їх поєднання, які використовуються законодавцем, проте «логічні форми не тотожні граматичним, логіка не зливається з граматиною» [178, с.142]. Формуючи норму законодавець намагається вкласти один зміст, виходячи із завдання закону, тоді

як при правозастосуванні суд виявляє її дефекти, в тому числі елементи невизначеності, наслідком чого є правотворчість.

У сучасному державотворенні поділ влади є номінальний, оскільки кінцева мета їх діяльності є єдиною – добробут українського народу. Гілки влади співпрацюють на паритетних засадах, взаємодоповнюючи одна одну, разом з цим інституційно вони є незалежними. Суди наділені повноваженнями здійснювати правосуддя, судовий контроль та конституційний контроль, а тому з метою забезпечення виконання таких функцій вони уповноважені та зобов'язані здійснювати розширене тлумачення положень конституції та законів, що породжує судову правотворчість. У контексті цього, слід навести слова судді Верховного суду США Д. Маршал, який наголосив на тому, що наведене вище: «...є категоричним призначенням та обов'язком суддів казати, що є право» [179].

Підсумовуючи викладене вище, ми стверджуємо, що наділення суд правом здійснювати правотворчість не є елементами узурпації влади судом та не порушує ідеального балансу в системі «стримувань та противаг», оскільки така правотворчість носить виключно субсидіарний характер та здійснюється в межах законодавчої невизначеності, з метою її усунення. Здійснюючи правотворчість суд обмежений правовою системою та самою нормою, яка потребує правового урегулювання, а тому він виконує допоміжну функцію щодо нормотворення в Україні, сприяючи тим самим Верховній Раді України та органам виконавчої влади.

Надавши пояснення судовій правотворчості як елементу, який підсилює статус самостійності судової влади, дослідимо її однорідність.

Раніше ми зазначали, що судова правотворчість є продуктом судової дискреції, який досягається застосуванням повноважень та влади обирати і створювати [39, с.121].

З точки зору змістового навантаження судова правотворчість є однорідною, оскільки її сутність полягає в інтелектуально-вольовій діяльності щодо створення нової норми права, в межах законодавчої невизначеності.

Інтелектуальні процеси суду по створенню права не залежать від виду дискреції, в межах якої така діяльність відбувається, або від статусу норми та галузі права.

Проведення розподілу судової правотворчості на види залежно від галузей права, місця в структурі норми, за обсягом, дії в часі та у просторі, тощо не буде мати жодного практичного інтересу, оскільки сутність творчого процесу від цього не змінюється.

Ми пропонуємо здійснити розподіл судової правотворчості залежно від суб'єктного складу.

У своїй науковій роботі «Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні» професор С.В. Шевчук, при висвітленні проблем судової правотворчості, відокремив правотворчу діяльність Конституційного Суду України, правотворчість загальних та спеціалізованих судів України [125, с.-503-545].

Ми поділяємо такий підхід, однак дещо розширимо, та через призму суб'єктний склад, виділимо такі види судової правотворчості:

- судова правотворчість, яка здійснюється судами загальної юрисдикції (перша та апеляційна інстанція);
- судова правотворчість, яка здійснюється Верховним Судом;
- судова правотворчість, яка здійснюється Конституційним Судом України.

Таке відокремлення видів судової правотворчості обумовлено, неоднорідністю наслідків її реалізації, про що йтиметься далі.

3.2. Судова правотворчість, яка здійснюється судами загальної юрисдикції (перша та апеляційна інстанція)

Цей вид судової правотворчості здійснюється судами загальної юрисдикції, у межах їх дискреційних повноважень, внаслідок подолання прогалин (лакун) у праві та коли нормативно-правовий акт, який врегульовує досліджувані правовідносини, суперечить Конституції України.

У цій роботі ми неодноразово акцентували свою увагу на формальній легітимності судової правотворчості, яка існує в межах права та завдяки праву. Суд є творцем права, а тому, ми вважаємо, що загальні правила юридичної техніки щодо раціонального складання та правильного викладення нормативних правових актів поширюються і на нього.

У працях з теорії права юридична техніка традиційно розглядається в контексті правотворчості в якості одного з його елементів. Так, під юридичною технікою розуміють систему правил, прийомів та засобів, призначених для логічно послідовного і структурно обґрунтованого формування правових приписів і підготовки тексту правового акту [180, с.93]. Метою юридичної техніки є досягнення уніфікації правових механізмів, ясність та якість норм права, що досягається завдяки дотриманню певних принципів.

Зокрема, суд, будучи суб'єктом правозастосування, зобов'язаний при творенні права враховувати адекватність правового впливу та його відповідність державній політиці в цій сфері суспільних відносин; регулювання повинне бути повним та конкретним (заповнюючи існуючі прогалини та не створювати одночасно іншу); повинна проводитись аналітична робота щодо відсутності або допустимості побічних ефектів такого правотворення; обов'язкове дотримання принципу системності права; дотримання прийнятого структурування права на галузі, підгалузі та інститути, а також встановлених взаємовідносин правових актів за їх юридичною силою; принцип логічного викладу матеріалу. Не менш важливим є дотримання судом при правозастосуванні принципу точності та визначеності правової норми, зокрема щодо адекватності вираження мовними засобами сутності правового рішення, забезпечення точного розуміння положень правового акту всіма суб'єктами правовідносин; зв'язок нормативних приписів між собою.

Дотримання судом цих принципів при правотворенні, гарантує якість новоутвореної норми та її безпроблемне впровадження у правову систему України. В іншому разі суд породить не право, а безправ'я.

Як наголошували ми раніше, з точки зору позитивізму, право суду на здійснення правотворчості закріплено в процесуальних законах, якими урегульовано питання застосування аналогії права та дії суду, у разі виявлення суперечностей закону чи іншого правового акту Конституції України.

Розглянемо наведені нормативні передумови судової правотворчості окремо.

Досліджуючи судову дискрецію, пов'язану з подоланням лакун ми звертали увагу на те, що вона має місце виключно за наявної сукупності таких умов, як відсутність закону, що регулює відповідні правовідносини та відсутність закону, що регулює подібні правовідносини. Тільки у зв'язку із викладеним суд може реалізувати свої дискреційні повноваження та прийняти рішення виходячи із конституційних принципів і загальних засад права.

Застосування до неурегульованих правовідносин таких абстрактних категорій, як конституційні принципи і загальні засади права, безумовно передбачає, що суд має діяти творчо, однак така творчість не виходить за межі права та має відповідати загальним правилам юридичної техніки.

Під час розгляду та вирішення судової справи, суд надає оцінку досліджуваним правовідносинам у тому числі на предмет їх визначеності та якості правового регулювання. У разі, якщо він дійде до висновку, про нормативну неврегульованість правовідносин та відсутність закону, який врегульовує подібні правовідносини, суд застосовує аналогію права, тим самим створюючи норму.

Однак чи можна таку діяльність суду першої або апеляційної інстанції вважати правотворчою? Таке питання постає, оскільки не завжди рішення суду оскаржується до суду вищої інстанції, а тому воно не проходить відповідний контроль на предмет легальності, що впливає на його легітимність.

Будь-яке рішення суду має потенціал встановлювати судову практику, однак для цього воно має пройти контроль на предмет законності у вищих судах. Якщо рішення суду, в якому створена до цього не існуюча норма, набрало законної сили, слід вважати, що має місце **казуальна судова правотворчість**,

яка носить обов'язковий характер виключно для суб'єктів, на яких поширюється дія такого рішення.

Як приклад зазначеного наведемо рішення Дніпропетровського районного суду Дніпропетровської області від 30.11.2015 року, ухваленого у цивільній справі №175/4640/15-ц про повернення безпідставно набутих грошових коштів (авансу) та визнання права власності на нежитлове приміщення.

У цій справі суд, враховуючи те, що Порядку введення в експлуатацію самочинно збудованих в 2015 році об'єктів нерухомого майна не існує, а також те, що введення їх в експлуатацію можливе тільки після ухвалення судом рішення на підставі статті 376 Цивільного кодексу України про визнання права власності на об'єкт самочинного будівництва, застосовуючи аналогію права, зокрема загальні засади судочинства, а саме: судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність - визнав за особою право власності на об'єкт нерухомого майна, яке самочинно збудоване [181].

Таке рішення суду не оскаржувалось, а отже набрало законної сили та відповідно породило правові наслідки для осіб, на яких поширюється його дія. Не даючи оцінку на предмет законності такого рішення, лише звернемо увагу на те, що така казуальна правотворчість не відповідає загальним правилам юридичної техніки, однак вона має місце і носить зобов'язальний характер.

Водночас, якщо таке рішення суду пройшло перевірку на предмет законності у Верховному Суді, який погодився з позицією судів нижчих інстанцій, така судова правотворчість буде носити загальний характер, оскільки в силу положень статті частини 5 статті 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 року, №1402-VIII висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права [103], про що йтиметься далі.

Досить складною та неоднозначною є судова правотворчість, реалізація якої відбувається в межах судової дискреції, яка заснована на пріоритеті основоположних прав людини над законом.

Досліджуючи у минулому підрозділі цього дисертаційного дослідження межі судової дискреції, ми звертали увагу на те, що процесуальні закони закріпили за судами загальної юрисдикції можливість надавати оцінку законам чи іншим правовим актам на предмет відповідності Конституції України, а також зазначили, що це не повній мірі відповідає статті 147 Основного Закону України [38], яка таке повноваження закріпила виключно за Конституційним Судом України.

Словесно така норма викладена наступним чином: «Якщо суд доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції України як норми прямої дії.

У такому випадку суд після винесення рішення у справі звертається до Верховного Суду для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта, що віднесено до юрисдикції Конституційного Суду України» [45;46;47].

У даному випадку мова йде про те, що суд, вважаючи закон або інший правовий акт такими, що суперечать Основному Закону України, залишає зону нормативної визначеності, та надає нове правове врегулювання відносинам, зазвичай керуючись нормами абстрактного характеру Конституції України.

Як приклад такої правотворчості наведемо постанову судді Попаснянського районного суду Луганської області від 05.04.2017, у справі №423/369/17 про притягнення до адміністративної відповідальності особи за частиною 1 статті 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення (порушення порядку провадження господарської діяльності), в якій суд прийшов до висновку про можливість накладення адміністративного стягнення нижче нижчої межі, якщо передбачене законом стягнення є явно несправедливим.

Зокрема, відповідно до змісту постанови правопорушення, передбачене частиною 1 статті 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення [6], вчинила пенсіонерка 1944 року народження, яка отримує пенсію менше 1500 грн., у зв'язку з чим суд вважав передбачене цією нормою покарання у вигляді

штрафу в розмірі від 17000 до 34000 грн. явно несправедливим. Обґрунтовуючи свою позицію суд застосував статті 1,8,129 Конституції України, рішення Конституційного Суду України №15-рп/2004 від 02.11.2004 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання), згадав слова Аристотеля та позицію суддів Верховного суду США, висловлену в окремій думці по справі «Petrella v. Metrogoldwyn-Mayer, Inc., et al.» [183].

У цій справі Кодексом України про адміністративні правопорушення [6] була визначена нижня та верхня межа санкції за порушення порядку провадження господарської діяльності. Окрім цього Кодекс України про адміністративні правопорушення не передбачав механізму пом'якшення відповідальності особі, залежно від її віку, доходу та статусу. Суддя, здійснюючи правозастосування, прийшов до висновку, що покарання передбачене частиною 1 статті 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення [6] є не справедливим, а тому така норма суперечить положенням статті 8 Конституції України [38].

Таке рішення до суду вищої інстанції не оскаржувалось, а отже у даному разі має місце казуальна правотворчість суду, обов'язковість якої поширюється виключно на суб'єктів цього правозастосування.

На нашу думку така казуальна судова правотворчість є не бажаною для правової системи України, оскільки вона може призвести до дискримінаційних наслідків. Зокрема один суд, виходячи із власного розуміння права, може призначити міру покарання за вчинення правопорушення нижче нижньої межі, яка допускається законом, тоді як інший, за таких же умов, призначить покарання в межах визначених законом.

Одним з фундаментальних елементів верховенства права є загальнообов'язковість, яка включає в себе рівність [184, с.87]. Під рівністю у праві необхідно розуміти рівні можливості щодо реалізації своїх прав, за рівних умов. Така формула рівності у праві виключає наявність будь-яких преференцій

та є справедливою. «Рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом передбачає єдиний правовий режим, який забезпечує реалізацію їхніх процесуальних прав» [185].

У наведеній нами справі, суд керуючись принципом верховенства права, ставлячи за мету досягнення справедливості, створив нерівність можливостей за однакових умов, для осіб порушників. Намагання суду буди справедливим відносно однієї особи, породило наслідок у вигляді несправедливості до інших осіб. Наведене стало можливим у зв'язку із неврахуванням судом засад юридичної техніки, зокрема відповідність державній політиці в цій сфері суспільних відносин, аналітична робота щодо відсутності або допустимості побічних ефектів такого правотворення, що підтверджує нашу позицію, згідно якої судова правотворчість має відповідати вимогам юридичної техніки.

Приклади такого правозастосування є непоодинокі, на підтвердження чого можемо навести рішення Кіровоградського окружного адміністративного суду у справі №340/1279/20 від 21.05.2020 року за позовом особи до Управління соціального захисту населення Новомиргородської районної державної адміністрації Кіровоградської області про визнання протиправною бездіяльності та зобов'язання вчинити певні дії, в якому суд дійшов до висновку, що положення частини 3 статті 48 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» не відповідають Конституції України та врегулював на власний розсуд виниклі правовідносини [186].

Неоднаковість підходів суду до вирішення однакових справ, породжує недовіру до нього, як до влади, наслідком чого є його нелегітимність. Казуальна судова правотворчість не встановлює єдиного стандарту для здійснення правосуддя, а отже вона є не зрозумілою та руйнує засади стабільності діяльності судової влади.

Наведена нами вище процесуальна норма, яка надає суду право вийти за межі закону та приймати рішення на підставі Конституції України, окрім

проблем казуальної судової правотворчості, містить і інші ризики правозастосування.

Зокрема, як ми зазначати раніше, якщо суд застосовує Основний Закон України, як норму прямої дії, внаслідок суперечності йому закону чи іншому правовому акту, він після винесення рішення у справі звертається до Верховного Суду для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта, що віднесено до юрисдикції Конституційного Суду України.

За своїм змістом ця норма носить зобов'язальний характер, а тому суд має її виконати. Однак в часі така дія відбувається після винесення судом рішення, яке цілком можливо не буде оскаржене.

У даному разі має декілька варіантів розвитку подій: 1) Верховний Суд розглянув звернення суду та вніс подання до Конституційного Суду України щодо конституційності закону чи іншого правового акта і останній визнав його не конституційним (це найбільш бажаний підхід у даному разі); 2) Верховний Суд розглянув звернення суду та вніс подання до Конституційного Суду України щодо конституційності закону чи іншого правового акта, однак останній визнав їх конституційними; 3) Верховний Суд розглянув звернення суду та відмовив у внесенні подання за необґрунтованістю такого звернення.

Якщо перший з наведених варіантів розвитку подій призведе до легальності та легітимізації такого рішення суду то два інших підтвердять його незаконність, оскільки закон чи інший правовий акт відповідають Конституції України.

У даному разі виникає питання, що робити з таким рішенням, яке набрало законної сили, породило права та обов'язки для осіб, які охоплюються його дією? Процесуальні закони відповіді на це не містять, окрім цього може не знайтись осіб, які бажають його оскаржити, в силу протиправної домовленості сторін.

Ми пропонуємо за таких підстав наступне вирішення цього питання.

Відсутність правового врегулювання або його не відповідність Конституції України є виключно правовою проблемою, яка має бути вирішена централізовано по всій території України. У чинні процесуальні закони впровадили ідею, згідно якої на розгляд Великої Палати Верховного Суду передаються справи, що містять виключно правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовчої практики. Суб'єктом такої передачі є виключно суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії або палати.

Ми вважаємо таку ідею правильною, однак такою, що потребує удосконалення. Зокрема нами пропонується, в обов'язковому порядку судам, які прийняли рішення у справах за відсутності правового врегулювання або його невідповідності Конституції України, передавати справу до суду вищої інстанції, який в порядку контролю перевірить законність такого рішення. У разі, якщо такий суд вищої інстанції дійде до висновку щодо обґрунтованості позиції суду, який прийняв таке рішення, він, задля забезпечення єдності судової практики та подолання виключно правової проблеми, передає її до Великої Палати Верховного Суду. В іншому разі суд вищої інстанції скасовує таке рішення як незаконне.

Такий механізм убезпечить правову систему України від казуальної судової правотворчості, породить загальність у праві та відновить довіру до суду, як стабільної інституції.

Окрім цього, слід зазначити, що на нашу думку положення процесуального закону, які надають суду загальної юрисдикції право надавати оцінку закону або іншому правовому акту, як такому, що суперечить Конституції України та у зв'язку із цим здійснювати правозастосування, виходячи із свого розуміння права, містять ознаки дефектності в частині відповідності їх Основному Закону, та породжують правову невизначеність у правовідносинах. Таке право суду межує з свавіллям, а отже існування такої норми для правової системи є не бажаним.

У контексті наведеного, варто звернути увагу на Окрему думку суддів Великої Палати Верховного Суду Н. О. Антонюк, Д. А. Гудими, О. Р. Кібенко, В. С. Князева постановлену в справі № 800/235/17|11-271cap18, які наголошували на недосконалості механізму правового урегулювання зазначеного у частини 4 статті 7 Кодексу адміністративного судочинства України [187].

3.3. Судова правотворчість, яка здійснюється Верховним Судом

За своїм змістовим наповненням цей вид судової правотворчості не відрізняється від правотворчості, яка здійснюється судами загальної юрисдикції (перша та апеляційна інстанція). Зокрема, така правотворчість суду здійснюється в межах його дискреційних повноважень, які він реалізує при подоланні лакун у праві та коли нормативно-правовий акт, який врегульовує досліджувані правовідносини, суперечить Конституції України. На нього розповсюджуються ті ж самі правила юридичної техніки при правотворенні, що і на суди першої та апеляційної інстанції.

Відмінність полягає в тому, що Верховний Суд не є суб'єктом казуальної судової правотворчості, оскільки його правові позиції носять загальнообов'язковий характер та враховуються судами при прийнятті рішень.

Ми стверджуємо, що правові позиції Верховного Суду, які викладені в його постановках є судовим прецедентом.

Так, суть доктрини прецеденту, або *stare decisis* полягає в обов'язку судів слідувати рішенням судів вищого рівня, а також в пов'язаності судів своїми колишніми рішеннями [188, с.28]. Російський дослідник П. Гук виділив такі ознаки судового прецеденту 1) створення судового прецеденту лише органом судової влади й тільки вищими судовими органами; 2) він потребує певної попередньо визначеної юридичної процедури; 3) йому належить обов'язковість застосування; 4) судовий прецедент підлягає офіційному опублікуванню, як правило, у спеціальних збірках [189, с.62-68].

Романо-германська правова сім'я, до якої відноситься правова система України, зазвичай не відносить судовий прецедент до джерел права. Сповідуючи таку традицію, не відносить судовий прецедент до джерел права і Конституція України, яка лише наголошує на обов'язковості судового рішення (стаття 129-1) та визначає засади судочинства (стаття 129) [38].

Окрім цього, ні стаття 6 Основного Закону України, ні його стаття 19, не передбачають прямого обов'язку органів державної влади здійснювати свої повноваження відповідно правових позиції Верховного Суду. Однак зазначені органи зобов'язані діяти у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України (на підставі, в межах та спосіб).

Разом з цим, чинні нормативно-правові акти України все вагомішу роль у правозастосуванні відводять правовим позиціям Верховного Суду.

Зокрема, відповідно до частини 5 статті 13 Закону України від 02.06.2016 року, № 1402-VIII "Про судоустрій і статус суддів" висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права [103]; згідно пункту 15 частини 2 статті 65 Закону України «Про державну службу» від 10.12.2015 року, №889-VIII [190] дисциплінарним проступком є прийняття державним службовцем рішення, що суперечить закону або висновкам щодо застосування відповідної норми права, викладеним у постановах Верховного Суду, щодо якого судом винесено окрему ухвалу.

Окрім цього, відповідно до частини 6 статті 13 Закону України від 02.06.2016 року, № 1402-VIII "Про судоустрій і статус суддів" висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права [103]. Аналогічна норма міститься у всіх процесуальних законах України.

Проаналізувавши наведе вище, слід прийти до висновку, що для реалій України судовий прецедент є дещо більше ніж, обов'язок судів слідувати рішенням судів вищої інстанції, оскільки його обов'язковість поширюється і на

інших суб'єктів правовідносин. Водночас, на перший погляд може здатись, що правові позиції Верховного Суду є обов'язковими лише щодо суб'єктів владних повноважень та судів, тоді як суб'єкти приватного права ними не обтяжені. Однак такий погляд є помилковим, оскільки суб'єкти приватного права у своїй діяльності мають орієнтуватись на судову практику, в якій сформовано висновок щодо застосування відповідної норми права. В іншому разі, у випадку порушення судової справи, суд при прийнятті рішення буде виходити з правових позицій викладених у постановах Верховного Суду, а тому не дотримання суб'єктом приватного права таких позицій, призведе до його поразки у судовій справі.

У науковій літературі виділяють деклараторний прецедент, під яким розуміють посилання на існуюче рішення суду та креативний прецедент, під яким розуміють створення нової норми права [89, с.268].

Судовий прецедент в Україні має свої особливості, які обумовлені гібридністю його правового походження. Зокрема, як зазначали ми раніше, згідно змісту законів України, висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду є обов'язковими лише для суб'єктів владних повноважень і відступлення від них, є підставою для притягнення посадових осіб такого суб'єкта до дисциплінарної відповідальності.

У даному разі мова йде про імперативність судового прецеденту щодо суб'єкта владних повноважень.

Водночас така імперативність по відношенню до суб'єкта владних повноважень, є рекомендацією по відношенню до судів при застосуванні таких норм права, що слідує із слова «враховує», яке використовується в юридичній техніці при формуванні норми процесуального закону, семантичний аналіз якого, доводить його не обов'язковість (згідно Словника української мови під словом «враховувати» розуміють: брати до уваги, зважати на що-небудь [53, с.474]). Окрім цього, норми процесуального закону, якими врегульовано питання застосування судом джерел права під час здійснення правосуддя, не

відносять до джерел права судовий прецедент (висновок щодо застосування норм права, викладений у постановках Верховного Суду).

Обраний законодавцем підхід до формування наведених положень щодо висновків про застосування норм права, викладених у постановках Верховного Суду, не забороняє суду відступити від таких висновків, однак такий механізм для судів першої та апеляційної інстанції в законі не прописаний, що породжує невизначеність у цих питаннях та зменшує нормативну силу судового прецеденту в Україні. Водночас варто зауважити, що процесуальними законами визначено механізм відступу від правових позицій Верховного Суду, самим Верховним Судом.

Як зазначали ми раніше, нормативно не закріплений обов'язок суб'єктів приватного права в своїй діяльності керуватись висновками про застосування норм права, викладених у постановках Верховного Суду. Однак, в силу того, що суб'єктами правозастосування є суб'єкти публічного права, слідує, що суб'єкти приватного права при взаємодії з останніми, мають враховувати такі позиції Верховного Суду, інакше вони зазнають законних втрат у правовідносинах.

Отже, підсумовуючи наведене вище, слід прийти до висновку, що гібридність судового прецеденту в Україні полягає не тільки в природі його походження (на зламі романо-германської та англосаксонської систем права), а й в природі його обов'язковості: обов'язковий характер для суб'єктів владних повноважень, рекомендаційний для судів та суб'єктів приватного права. У такій поліфункціональності полягає його сила та слабкість.

Окремо звернемо увагу на ієрархічність судового прецеденту в Україні.

Так, відповідно до положень процесуальних законів відступ від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду, можливий Верховним Судом виключно у разі дотримання визначеної процедури. Однак на практиці, враховуючи функціонування в Україні чотирьох касаційних судів в складі Верховного Суду (адміністративний, господарський, кримінальний та

цивільний), ухвалюються різні рішення, у тому числі в яких утворена норма, що обумовлює існування протилежних за змістом судових прецедентів.

Така ситуація, породжує правову невизначеність в правозастосуванні, а отже суперечить верховенству права.

Подолання такої суперечності в праві, запропонував самий Верховний Суд.

Зокрема у постанові Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 13.02.2019 року, справа №130/1001/17 по обвинуваченню особи, у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого частиною 2 статті 186 Кримінального кодексу України, суд зазначив: «Виходячи з телеологічного (цільового), логічного й системного тлумачення положень статей 434-1 – 434-2 КПК і статей 13, 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», можна зробити висновок, що кримінальним процесуальним законом визначені процесуальні механізми забезпечення єдності судової практики, що полягають у застосуванні спеціальної процедури відступу від висновків щодо застосування норм права, викладених у раніше постановлених рішеннях Верховного Суду. Логіка побудови й мета існування цих процесуальних механізмів указує на те, що в цілях застосування норм права в подібних правовідносинах за наявності протилежних правових висновків суду касаційної інстанції слід виходити з того, що висновки, які містяться в судових рішеннях судової палати Касаційного кримінального суду, мають перевагу над висновками колегії суддів, висновки об'єднаної палати Касаційного кримінального суду – над висновками палати чи колегії суддів цього суду, а висновки Великої Палати Верховного Суду – над висновками об'єднаної палати, палати й колегії суддів Касаційного кримінального суду» [191].

Окрім цього, в постанові Великої Палати Верховного Суду від 30.01.2019 року, у справі 755/10947/17 за позовом особи до приватного нотаріусу Київського міського нотаріального округу, третя особа, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, - Публічне акціонерне товариство «Перший Український Міжнародний Банк» про визнання незаконними дій,

скасування рішення, суд дійшов висновку, що: «Велика Палата Верховного Суду зазначає, що незалежно від того чи перераховані усі постанови, у яких викладена правова позиція, від якої відступила Велика Палата Верховного Суду, суди під час вирішення тотожних спорів мають враховувати саме останню правову позицію Великої Палати Верховного Суду» [192].

Запропонований Верховним Судом підхід щодо подолання колізій судових прецедентів є логічним, практично необхідним та відповідає загально правовим правилам подолання колізій в праві. Зокрема, ним застосовано правило подолання темпоральних колізій (колізія, що виникає внаслідок видання в різний час з того самого питання принаймні двох норм права [134, с.316]) та правило подолання ієрархічних (субординаційних) колізій (коли на регулювання одних фактичних відносин претендують норми, що знаходяться на різних щаблях в ієрархічній структурі законодавства [134, с.317]).

За таких обставин, проаналізувавши наведене вище, ми прийшли до висновку, що для судових прецедентів в Україні характерними є темпоральні та ієрархічні колізії, подолання яких відбувається по визначеному алгоритму:

- суди під час вирішення тотожних спорів мають враховувати останню правову позицію Великої Палати Верховного Суду (подолання темпоральної колізії);
- висновки, які містяться в судових рішеннях судової палати касаційного суду, мають перевагу над висновками колегії суддів, висновки об'єднаної палати касаційного суду – над висновками палати чи колегії суддів цього суду, а висновки Великої Палати Верховного Суду – над висновками об'єднаної палати, палати й колегії суддів касаційного суду (подолання ієрархічної колізії)

Водночас щодо ієрархічності слід зазначити, що така ієрархічність функціонально обумовлена правом на формування остаточної правової позиції у спорі, і діє за схемою: колегія суддів-палата суддів-об'єднана палата-Велика палата.

Судовий прецедент, як і вся судова правотворчість, не є абсолютним, а має визначені межі, які надають йому легітимності. Водночас ми звертаємо увагу, що у цій роботі не йдеться про судовий прецедент, як акт тлумачення судом вищої інстанції права, мова йде виключно про судовий прецедент, як про акт творення права, оскільки ми вважаємо, що судову правотворчість є відмінним поняттям від тлумачення судом норм права. Правотворчість це створення нового, а тлумачення це роз'яснення існуючого.

Хоча і з даного приводу в правовій науці тривають дискусії щодо того чи є тлумачення судом права правотворчою діяльністю. Зокрема такі науковці як О.Н. Верещагін [193, с.41], С.П.Чередніченко [194, с.174] відносять тлумачення права до правотворчої діяльності, тоді як В.М. Карташов у своїй роботі, в різкій формі спростовує таку позицію, і зазначає, що «лише в силу професійної безграмотності можна включати у зміст правотворчості офіційне тлумачення та інші за своєю природою види юридичної діяльності» [195, с.359].

Отже, виходячи з того, що судова правотворчість є продуктом реалізації судом дискреційних повноважень, слідує, що судовий прецедент, як явище правотворчого характеру, обмежений тими самими межами, що і судова дискреція.

Верховний Суд, приймаючи рішення у справі, правове регулювання, якого є невизначеним, діє в межах поля розумного розсуду, яке насамперед обмежене правом та його елементами, такими як: конституційні принципи, загальні засади права, закон, мета та завдання судочинства.

Правила юридичної техніки зобов'язують суд, при створенні норми, враховувати наслідки її впровадження в правову систему України, особливості правового урегулювання правовідносин та забезпечення принципу передбачуваності нормативного врегулювання. У даному разі не може йти мови про революційний підхід в нормотворенні, виключно еволюційний підхід є придатним для такої діяльності, який надає можливість суб'єктам права зорієнтуватися у правовідносинах та планувати свою поведінку, не порушуючи закону.

Як вказав у своєму рішенні Конституційний Суд України від 22.05.2018 року у справі №5-р/2018 «... особи розраховують на стабільність та усталеність юридичного регулювання, тому часті та непередбачувані зміни законодавства перешкоджають ефективній реалізації ними прав і свобод, а також підривають довіру до органів державної влади, їх посадових і службових осіб. Однак очікування осіб не можуть впливати на внесення змін до законів та інших нормативно-правових актів.

Конституційний Суд України наголошує, що принцип верховенства права передбачає внесення законодавчих змін із визначенням певного перехідного періоду (розумного часового проміжку між офіційним оприлюдненням закону і набранням ним чинності), який дасть особам час для адаптації до нових обставин. Тривалість перехідного періоду при зміні правового регулювання суспільних відносин має визначати законодавець у кожній конкретній ситуації з урахуванням таких критеріїв: мети закону в межах правової системи і характеру суспільних відносин, що ним регулюються; кола осіб, до яких застосовуватиметься закон, і їх здатності підготуватися до набрання ним (його новими положеннями) чинності; інших важливих обставин, зокрема тих, що визначають час, необхідний для набрання чинності таким законом» [196].

Наведені у цьому рішенні Конституційного Суду України принципи законотворчості ґрунтуються на верховенстві права та підлягають застосуванню судами, під час творення ними права.

Антиформалістська революція права в Європі обумовила визнання нової «творчої» та активної ролі судді у правозастосуванні та заперечення ролі судді як «вуст закону». Як зазначив у своїй роботі С.В. Шевчук: «діяльність судді не можна звести до простого застосування дедуктивної логіки (метод дедукції) при прийнятті рішень без урахування чинників економічного, політичного, морального характеру, тобто вона не може бути абсолютно «нейтральною»» [125, с.51].

Однак, така нова творча та активна роль судді у правозастосуванні, не може суперечити самому праву. Раніше ми звертали увагу на те, що судова

правотворчість є субсидіарною і її покликанням має бути усунення дефектів правового врегулювання. Саме в цій частині має проявлятися активна роль суду, а не в запереченні законодавства, виходячи з принципу доцільності.

Для прикладу наведемо правову позицію Верховного Суду України, яка заснована на принципі доцільності, який ним застосовувався через призму законності.

Так, Товариство з обмеженою відповідальністю «Агро-Рось» звернулось з позовом до Смілянської районної ради про визнання недійсним рішення Ради щодо надання земельних ділянок. Дана справа розглядалась у судах всіх інстанцій, за наслідками чого Верховним Судом України прийняте остаточне рішення, згідно якого залишено у силі постанову Київського апеляційного господарського суду, скасувавши водночас постанову Вищого господарського суду України, у зв'язку з тим, що його висновки не відповідали фактичним обставинам і були необґрунтованими та помилковими.

Відповідно до чинного на той час процесуального законодавства, Верховний Суд України за результатом розгляду касаційної скарги мав право прийняти три рішення: залишити постанову (чи ухвалу) без змін, а скаргу (подання) без задоволення; скасувати постанову і передати справу на новий розгляд до суду першої інстанції (або скасувати ухвалу і передати справу на розгляд до Вищого господарського суду України); скасувати постанову (чи ухвалу) і припинити провадження у справі (стаття 111-18 Господарського процесуального кодексу [46]).

Законодавчих повноважень скасовувати рішення суду касаційної інстанції, залишаючи при цьому в силі рішення суду апеляційної інстанції, Верховний Суд України не мав.

Зацікавлені особи, вважаючи, що такими діями Верховний Суд України порушив їх конвенційне право на розгляд справи «судом, встановленим законом», звернулись в Європейський суд з прав людини, який у своєму рішенні від 20.07.2006 року у справі «Сокурєнко та Стригун проти України» (заяви №29458/04 та №29465/04) зазначив, що «...перевищивши свої повноваження,

які були чітко викладені у Господарському процесуальному кодексі, Верховний Суд України не може вважатися «судом, встановленим законом» у значенні пункту 1 статті 6 Конвенції відносно оскаржуваного провадження, у зв'язку із чим ним порушено Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод» [197].

Аналогічне порушення в діяльності Верховного Суду України, Європейський суд з прав людини зафіксував у справі «ТОВ «Базальт-Імпекс» проти України» (заява №39051/07 від 01.12.2011 року) [198].

Досліджуючи зміст цих справ, слід прийти до висновку, що приймаючи аналізовані Європейським судом з прав людини рішення, Верховний Суд України керувався принципом законності, виходячи з того, що процесуальної доцільності скасовувати законні рішення не має. Водночас зазначимо, що Конституційний Суд України, в своєму рішенні від 25.01.2012 року, у справі №3-рп/2012 розкриваючи принцип «законності» зазначив, що він «...передбачає застосування судами законів України, а також нормативно-правових актів відповідних органів державної влади, виданих на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією України та законами України, в тому числі нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України, виданих у межах його компетенції, на основі і на виконання Бюджетного кодексу України, закону про Державний бюджет України на відповідний рік та інших законів України» [118]. Отже, застосувавши принцип законності, Верховний Суд України не врахував, що цей принцип насамперед означає, що приписів права (law) слід неухильно дотримуватись [49], а тому порушив конвенційні права особи.

Наведений приклад показує нам, що правотворчість суду, в тому числі прецедентна, має орієнтуватись на потреби правової системи України і бути з нею узгодженою. При наявності правового урегулювання, творити право суд може лише у виключних випадках, коли цього вимагає сама суть права. Удосконалення процесуального законодавства України судом, у даному разі є ніщо іншим як підмінною повноважень Верховної Ради України, що суперечить змісту Конституції України.

Разом з цим, варто навести приклад судового прецеденту, який мав вплив на законотворчу діяльність Верховної Ради України.

Так, 04.12.2019 року Велика Палата Верховного Суду прийняла постанову у справі №520/3939/19 за позовом особи до Головного управління ДФС у Харківській області про визнання протиправною та скасування вимоги про сплату боргу. У цій справі Верховний Суд вирішив проблемне питання нарахування та сплати єдиного соціального внеску самозайнятою особою і можливості подвійного нарахування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування за результатами здійснення одного й того ж виду господарської діяльності: як підприємницької, так і незалежної професійної діяльності (рішення стосувалось насамперед усіх самозайнятих осіб (адвокатів, нотаріусів, судових експертів тощо)).

Зазначені правовідносини були врегульовані Законом України від 08.07.2010 року, №2464-VI «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» [127], який не містив жодних пілг щодо сплати єдиного внеску особам, які паралельно були зареєстровані фізичними особами-підприємцями та особами, які провадять незалежну професійну діяльність.

Верховний Суду вирішуючи цей спір зазначив, що «...немає підстав вважати, що дії органу, який використовував таку процедуру, узгоджуються з принципом належного врядування, оскільки надано перевагу приписам нормативно-правового акта, нижчому за ієрархією від указанного Закону.

Велика Палата Верховного Суду також підкреслює, що існування нечіткого, суперечливого нормативного регулювання порушує принцип правової визначеності» [199].

Фактично такий підхід Верховного Суду, який заснований на поєднанню механізмів Європейського суду з прав людини та формалізму процедури, звільнив наведену вище категорію осіб від сплати єдиного соціального внеску окремо за кожний статусний вид діяльності, хоча самий закон такого не

передбачав. Перелік пільгової категорії осіб щодо сплати єдиного соціального внеску, був нормативно визначений.

Така позиція Верховного Суду дала сигнал Верховній Раді України про наявність дефектів правового регулювання відносин у сфері справляння єдиного внеску, внаслідок чого 13.05.2020 року прийнято Закон №592-ІХ щодо скасування подвійного оподаткування єдиним соціальним внеском для осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність. Згідно Пояснювальної записки до цього законопроекту, обґрунтування необхідності його прийняття, обумовлено в тому числі наявністю наведеного вище рішення Верховного Суду [200].

У даному разі ми може спостерігати силу судової правотворчості, яка вплинула на законодавчий процес щодо врегулювання відносин зі сплати єдиного соціального внеску. Така діяльність суду породжує довіру до нього та легітимність його рішень, що призводить до підтримки людьми діяльності суду.

Наведений вище вплив суду на діяльність парламенту України в правовий спосіб та в інтересах людини, посилює його позиції в системі «стримувань та противаг», як надійної складової єдиної влади в Україні.

У даному разі важливо зрозуміти природу сили суду в системі «стримувань та противаг», яка насамперед себе проявляє через функціональне призначення суду та залежить від єдності, та стабільності судової практики (формула: сильний суд – єдиний суд).

Для забезпечення довіри до суду його судова практика має бути стабільною, при цьому зміна правових висновків (позицій) можлива при зміні нормативно-правового урегулювання. Не послідовність правових позицій, відступлення від них без змін нормативно-правового регулювання є не бажаним, оскільки це призведе до порушення юридичної визначеності, наслідком чого є втрата довіри до суду.

Раніше ми наголошували на тому, що між гілками влади існує латентна боротьба за людську прихильність, що обумовлює силу такої гілки влади. Чим більше прихильності, тим більше легітимності, а відповідно і сили в системі «стримувань та противаг». За своєю природою людська прихильність залежить

від розуміння діяльності влади, а саме: прогнозована та зрозуміла діяльність влади породжує довіру до неї; і навпаки – непередбачуваність та не зрозумілість породжує недовіру до такої влади.

З наведеного слідує, що правозастосування Верховного Суду має бути зрозумілим і послідовним, що обумовлює не лише дотримання ним своїх раніше викладених висновків у правозастосуванні, а й використання однакового правового інструментарію при вирішенні подібних правовідносин.

Як приклад цього наведемо правовідносини щодо перерахунку пенсій прокурорам та військовослужбовцям, які врегульовані різними нормативно-правовими актами, однак за змістовою суттю вони є подібними, а отже Верховний Суд має до наведених правовідносин застосовувати однакові правові інструменти.

У даному разі ми вважаємо, що правові інструменти застосовані Верховним Судом при здійсненні правозастосування мають бути універсальними, що породжує довіру та розуміння його діяльності, а також сприяє забезпеченню юридичної визначеності. Отже, універсальність є принципом правозастосування Верховним Судом при здійсненні ним правосуддя.

Окремо зупинимось на питаннях застосування судового прецеденту суб'єктами правозастосування. Водночас нагадаємо, що верховенство права вимагає підлеглість держави людині, а отже саме на цих засадах мають будуватись взаємовідносини держава – людина.

Ми вже наголошували на тому, що судовий прецедент носить імперативний (обов'язковий) характер щодо його застосування суб'єктами владних повноважень. Такий законодавчий підхід посилює роль суду в системі «стримувань та противаг», оскільки надає йому можливість субсидіарно впливати на процес нормотворення в Україні. Сама можливість впливу суду на нормотворення, зобов'язує законотворця створювати якісні норми, врахувавши при цьому доктрини, які використовуються судом при здійсненні правосуддя, судового контролю.

Отже, в даному разі ми можемо говорити про принцип жорсткого слідування прецеденту суб'єктом владних повноважень. Таке твердження цілком відповідає та вписується в конституційну концепцію діяльності органів державної влади в Україні, згідно якої 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.

Таким чином, підсумовуючи наведене, ми стверджуємо, що закони України зобов'язують суб'єктів владних повноважень застосовувати судові прецеденти Верховного Суду, які викладені у його постановах. Водночас звертаємо увагу, що висновки Верховного Суду бувають не лише правотворчого характеру, а й інтерпретаційного.

Що стосуються правозастосовчої діяльності судів, то принцип жорсткого слідування прецеденту для них не діє. Дійсно, суди зобов'язані враховувати при прийнятті рішень у судових справах, правові позиції Верховного Суду. Однак природа діяльності судів України є відмінною від діяльності інших органів державної влади та місцевого самоврядування, оскільки суд наділений правом субсидіарної правотворчості, яка заснована на принципі верховенства права «який не може бути ототожнений з принципом верховенства закону як сліпої, механічної покори всім нормативно оформленим приписам державної влади» [125,с.49].

Суспільні відносини не є сталими, вони постійно перебувають у динаміці і цю динаміку необхідно враховувати при правозастосуванні. Дискреційна природа повноважень суду, водночас зобов'язує його бути гнучким під час здійснення правосуддя та максимально передбачуваним.

Наведене дозволяє суду відступити від принципу жорсткого слідування прецеденту при зовнішній видимості його дотримання. Однак, суд зобов'язаний враховувати принципи та змістову основу правового урегулювання, визначеного судовим прецедентом, і, у разі відступу від нього, аргументувати своє бачення урегулювання правовідносин, діючи при цьому в межах розумного поля розсуду.

Відомий американський юрист Леон Грін, який є представником загальної школи права, наголошував на тому, що «Одна і та ж справа може бути прецедентом для стількох думок, скільки є суддів, які відрізняються один від одного тим, що використовують різні, пов'язані з рішенням, принципи» [201, с.9]. Такий підхід до правозастосування не є бажаним для континентальної школи права, оскільки прецедент, як джерело права, має однаково врегулювати правовідносини, чого вимагає юридична визначеність. Звичайно ми погоджуємося з тим, що якість правозастосування залежить від суб'єктивних особливостей судді, однак такі особливості не можуть породжувати багатоманітності у правовому урегулюванні, принципи, якими керуються судді при здійсненні правосуддя є єдиними, і лише такий підхід забезпечує єдність судової практики.

Урегулювання правовідносин судовим прецедентом в Україні не є панацеєю для стабільної діяльності правової системи України, оскільки в країнах традиційного застосування судового прецеденту виникають ряд недоліків в його використанні. Як приклад зазначеного наведемо слова англійського судді лорда Баклі: «Я не в змозі нічим обґрунтувати правильність рішення, яке я збираюсь оголосити. Але я зв'язаний з прецедентом, якого я зобов'язаний дотриматись» [188, с.54].

На відміну від англійської правової системи, в українській правовій системі принцип жорсткого слідування прецеденту не розповсюджує свою дію, на суд, як суб'єкта правозастосування. В Україні суд оцінює докази та приймає рішення виходячи із внутрішніх переконань, і у разі коли позиція, що викладена у прецеденті суперечить особистим переконанням судді, останній має від неї відступити, діючи при цьому розумно та виважено.

Вище ми наводили приклад сигналу Верховного Суду парламенту України щодо неналежного правового урегулювання відносин в сфері адміністрування та сплати єдиного соціального внеску, наслідком чого було прийняття відповідного закону. Окрім цього, ми наголошували на тому, що

судовий прецедент є джерелом права, а отже важливим є його доведення до суб'єктів правовідносин.

Постанови Верховного Суду, в яких створена норма, доводяться до людей через Єдиний державний реєстр судових рішень та через офіційні сайти Верховного Суду. Такий спосіб доведення норм права не є ефективним, оскільки суб'єкти публічної адміністрації та суб'єкти приватного права, при здійсненні будь-якої правової роботи, насамперед звертаються до нормативно-правових актів, якими врегульовані відповідні правовідносини. У таких актах зазвичай не йдеться мова про наявні рішення суду, якими «добудовано» норму до цього акту.

З метою усунення зазначеного та забезпечення доведеності норм права до людей, ми пропонуємо на законодавчому рівні зобов'язати Верховний Суд інформувати Верховну Раду України або інший орган, який уповноважений здійснювати правотворчість, про створення ним права, а останні з метою усунення дефектів правового урегулювання, мають на підставі такого рішення суду розробити законопроект або проект постанови (залежно від суб'єкта правотворення) та прийняти його відповідно до встановленої процедури. Такий механізм забезпечить визначеність у правовідносинах та доведеність норм права людям.

Водночас запропонований нами механізм вписується в нашу концепцію «субсидіарної правотворчості» суду, яку ми розкривали у цьому розділі дисертації та відповідає класичному розподілу влади в Україні. Фактично це є легалізація судової правотворчості, необхідність, якої обумовлена в потребі довести норми для людей та особливостями правової системи в Україні.

Отже, підсумовуючи наведене, ми стверджуємо, що судова правотворчість судів загальної юрисдикції має місце там, де існують лакуни правового регулювання або ряд законних варіантів, які не є правовими. Справи, в яких існують ряд законних варіантів, які не є правовими слід визнати складними, оскільки в них суд надає оцінку закону на предмет відповідності праву, який врегульовує правовідносини, що є предметом судового розгляду. Фактично в даному разі суд загальної юрисдикції здійснює контроль за

правомірністю законів України, а отже «ревізує» діяльність законодавчої та виконавчої влади в межах судової справи [202, с.203].

«Ревізія» судом загальної юрисдикції діяльності законодавчої та виконавчої влади в межах судової справи є нетиповою для класичної тріади державної влади (законодавча-виконавча-судова), тому що в класичному варіанті функціонування такої тріади здійснюється поза межами юрисдикційного контролю з боку судів загальної юрисдикції.

Водночас наголошуємо на тому, що суд загальної юрисдикції при здійсненні такої діяльності не скасовує закон чи інший нормативно-правовий акт, а знаходить його вади та протиріччя, після чого реагує на це зверненням до Верховного Суду з пропозицією внести подання до Конституційного Суду України щодо його конституційності.

Дороговказом для судової правотворчості, є верховенство права, яке в силу своєї суперечливості породжує суперечність самої правотворчості, оскільки при її здійсненні суд ретроспективно створює норми права, які врегульовують правовідносини сторін судової справи. З даного приводу Р. Дворкін зазначав, що така діяльність судів порушує принципи верховенства права [203, с.19], однак такий процес і не минучим у силу технічної неспроможності законодавчої та виконавчої влади, якісно урегулювати суспільні правовідносини.

3.4. Судова правотворчість, яка здійснюється Конституційним Судом України

Це останній вид судової правотворчості, який ми розглянемо у цій роботі. Ми свідомо відокремлюємо правотворчість судів загальної юрисдикції (першої, апеляційної інстанції та Верховного Суду) від правотворчості Конституційного Суду України, оскільки за правовим регулюванням, конституційними передумовами такого урегулювання, правотворчість

Конституційного Суду України є особливою та відмінною від правотворчості судів загальної юрисдикції.

Конституційному Суду України не притаманні властивості суду, в його класичній формі. Зокрема він не здійснює правосуддя, перегляд його рішень в порядку апеляційного оскарження є не можливим. Навіть в Конституції України правове врегулювання його діяльності відрізняється від правового врегулювання діяльності судів загальних юрисдикцій та міститься в окремому розділі. З цього приводу російський науковець Б.С. Ебзєєв звертав увагу на притаманний конституційному суду двоїстий характер, згідно якого з одного боку він є органом правосуддя, а з іншого боку конституційним органом державної влади [204, с.157].

По своїй правовій природі Конституційний Суд України насамперед здійснює конституційний контроль за діяльністю влади в Україні. Як зазначив С.В. Шевчук «без незалежного судового органу, який здійснює конституційний контроль, є також велика небезпека виникнення ситуації, коли державні органи, що входять до виконавчої влади, можуть відмовитись від виконання будь-якого закону на підставі його неконституційності» [125, с. 507].

Сутність будь-якого контролю полягає в перевірці та нагляді за будь-чим. У нашому випадку мова йде про ефективний конституційний контроль за дотриманням Конституції України та її правильне розуміння усіма суб'єктами права.

Батько конституційного судочинства Г. Кельзен проводив розмежування правової роботи законодавця, яка є творчою та позитивною, з правовою роботою конституційного суду, який виступає в ролі «негативного законодавця», в силу того, що скасування закону має ту ж саму природу, що і його прийняття, за винятком лише його негативного характеру [205, с.232].

Разом з цим, умови сьогодення доводять, що правова робота Конституційного Суду України за своїм змістом полягає не лише в скасуванні закону, який не відповідає Конституції, а й в творенні права, що свідчить проте, що він виконує роль «позитивного законодавця», про що йтиметься далі.

Так, відповідно до статті частини 1 статті 147 Основного Закону України, Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України законів України та у передбачених цією Конституцією випадках інших актів, здійснює офіційне тлумачення Конституції України, а також інші повноваження відповідно до цієї Конституції [38].

Статтею 1 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13.07.2017 року, №2136-VIII [206] визначено статус Конституційного Суду України як органу конституційної юрисдикції, який забезпечує верховенство Конституції України, діяльність якого відповідно до частини 2 статті 147 Конституції України ґрунтується на принципах верховенства права, незалежності, колегіальності, гласності, обґрунтованості та обов'язковості ухвалених ним рішень і висновків [38] .

Статтями 150,151,151-1 Основного Закону України [38] визначені повноваження Конституційного Суду України. Зокрема такими є:

1) вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) законів та інших правових актів Верховної Ради України; актів Президента України; актів Кабінету Міністрів України; правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим;

2) офіційне тлумачення Конституції України;

3) надання висновків про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість;

4) надання висновків про відповідність Конституції України (конституційність) питань, які пропонуються для винесення на всеукраїнський референдум за народною ініціативою;

5) надання висновків щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту;

6) вирішення питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка

вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України.

Згідно статті 83 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13.07.2017 року, №2136-VIII [206] суд ухвалює рішення, надає висновки, постановляє ухвали, видає забезпечувальні накази. Акти з питань, не пов'язаних із конституційним провадженням, Суд ухвалює у формі постанови

А відповідно до статті 151-2 Конституції України [38] рішення та висновки, ухвалені Конституційним Судом України, є обов'язковими, остаточними і не можуть бути оскаржені.

Отже, остаточні акти Конституційного Суду України, які пов'язані з конституційним провадженням, є обов'язковими та мають властивість встановлювати нове правове врегулювання суспільних відносин через призму відповідності Конституції України.

У цій роботі ми неодноразово звертали увагу на те, що рішення Конституційного Суду України разом з рішеннями Європейського суду з прав людини, є практичним кейсом для розуміння верховенства права. Однак, у цьому підрозділі дисертаційного дослідження ми стверджуємо, що рішення та висновки Конституційного Суду України, як і рішення Верховного Суду, якими створено право, є джерелом права та носять прецедентний характер.

Так, у науковій літературі під джерелом права у його формальному значенні, розуміють своєрідний «резервуар», з якого суб'єкти правозастосування черпають відповідні норми (правила) для вирішення справи [50,с.153].

Підставою для віднесення того чи іншого акту до джерела права є його формальна закріпленість в акті позитивного права, якими наприклад є процесуальні закони України і Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 року, №3477-IV [207], а також авторитетність та статусність суб'єкта, який видає акт.

У жодному нормативно-правовому акті не надано статус джерела права рішенням та висновкам Конституційного Суду України. Однак суб'єкти

правозастосування постійно використовують такі рішення та висновки при здійсненні правозастосовчої діяльності.

Як приклад цього наведемо постанову Великої Палати Верховного Суду від 12.02.2019 року, у справі №9901/643/18 за позовом особи до Президента України про визнання протиправним та нечинним Указу від 27.02.2018 року №45/2018, в якій Верховний Суд, обґрунтовуючи свою позицію у справі послався на позиції, які викладені у мотивувальних частинах рішеннях Конституційного Суду України від 14.12.2011 року, №19-рп/2011 та від 01.12.2004 року, №18-рп/2004 [208].

Що обумовило Велику Палату Верховного Суду застосувати на підсилення своєї аргументації рішення Конституційного Суду України, які з точки зору позитивізму не набули статусу джерела права? Відповідь очевидна – це авторитет та статус Конституційного Суду України, як органу конституційної юрисдикції, який забезпечує верховенство Конституції України.

Окрім цього, повага до його статусності не є єдиною підставою використовувати рішення та висновки Конституційного Суду України, як джерела права. Будь-які правовідносини в Україні, можуть через механізм застосування конституційної скарги, стати предметом перевірки Конституційним Судом України щодо відповідності Конституції України (конституційність) закону України, який особа вважає таким, що суперечить їй.

Отже, застосовуючи в правозастосуванні рішення та висновки Конституційного Суду України, суб'єкт правозастосування вживає превентивні заходи, що унеможливають скасування його рішень, оскільки Конституційний Суд України самий зв'язаний такими рішеннями і має бути послідовний в наданні оцінок на предмет відповідності Конституції України того чи іншого нормативно-правового акту.

На підтвердження цього можемо навести рішення Конституційного Суду України від 26.02.2019 року, у справі №1-р/2019 за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України, в якому Суд, у

мотивувальній частині, обґрунтовував свою позицію чотирма різними рішеннями Суду, які були раніше прийняті ним [209].

У такій «всеохопленості» правовідносин України, полягає сила конституційної юрисдикції, яка має можливість оцінити будь-який акт суб'єкта правозастосування через призму відповідності його Основному Закону України, а тому розумно орієнтуватись на позиції Конституційного Суду України, що сприяє забезпеченню юридичної визначеності.

З точки зору законодавчої техніки Конституційний Суд України є: «негативним законодавцем», оскільки його повноваження пов'язані з конституційною ревізією нормативно-правових актів України; та офіційним інтерпретатором Конституції України, що не можна віднести до правотворчості, в силу природи інтерпретації.

Водночас, здійснюючи таку діяльність Конституційний Суд України, застосовує конституційні принципи та загальні засади права, тим самим створюючи неіснуюче правове врегулювання правовідносин, яке є нічим іншим як нормою права.

Ми вважаємо, що ототожнення «тлумачення судом права» з «судовою правотворчістю» є не правильним, про що писали вище, однак при цьому ми стверджуємо, що тлумачення (розуміння) судом існуючого, може призвести до створення ним права, оскільки саме в силу тлумачення права суд виявляє правові дефекти, усунення яких можливе через правотворчість.

У практичній діяльності судді в розмежуванні «тлумачення» та «правотворчості» не має потреби, оскільки остання досягається, саме через застосування першого. Це єдиний інтелектуальний процес, який обумовлений природою правозастосування.

Отже, оскільки Конституційний Суд України є інтерпретатором Конституції України, а також конституційним контролером за дотриманням принципу верховенства конституції, який є невід'ємною складовою верховенства права, слідує, що його діяльність наділена потенціалом правотворчості.

У науковій літературі цьому питанню присвячено чимало праць, висновки яких ґрунтуються на засадах антиформалістської революції в Європі, яка заохочує суд до правотворчості і сприймає його, як суб'єкта правотворчості. Окремі автори прирівнюють рішення та висновки конституційного суду за силою впливу на правове врегулювання до норм самої конституції, наголошуючи на тому, що «судовий прецедент тлумачення, створений конституційним судом, доповнює своїм змістом конституційну норму та створює можливість для більш точного та одноманітного застосування у спірних випадках» [189, с.118-119], а інші вважають, що Конституційний Суд України є суб'єктом законодавчої діяльності [210, с.6].

На нашу точку зору Конституційний Суд України не є суб'єктом законотворчої діяльності в Україні, оскільки статус останнього монополюючі закріплено за Верховною Радою України. У даному разі ми виходимо з того, що в силу своєї правової природи судова правотворчість завжди є побічним, субсидіарним продуктом реалізації своїх повноважень судами, в тому числі і Конституційним Судом України. Не суд диктує умови щодо потреби урегулювання тих чи інших суспільних відносин в Україні, суд виключно перевіряє відповідність такого урегулювання праву та Конституції України.

Однак така перевірка з боку Конституційного Суду України носить правотворчий характер, оскільки визнаючи закон таким, що не відповідає Конституції України, він в силу положень її статті 152, встановлює нове правове врегулювання, яке є обов'язковим для усіх суб'єктів правозастосування, в силу обов'язковості рішень Суду.

Як зазначив В.П. Тихий «...рішення Конституційного Суду України, яким визнані закони, інші нормативно-правові акти або їх окремі положення неконституційними, мають силу нормативно-правового акту і воно не може бути подолано повторним прийняттям такого ж нормативно-правового акту» [211, с.156] . Таку ж думку висловив Конституційний Суд України у своєму рішенні від 08.06.2016 року, справа [№4-рп/2016](#), зазначивши: «...що закони, інші правові акти або їх окремі положення, визнані неконституційними, не можуть бути

прийняті в аналогічній редакції, оскільки рішення Конституційного Суду України є "обов'язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені" (частина друга статті 150 Конституції України). Повторне запровадження правового регулювання, яке Конституційний Суд України визнав неконституційним, дає підстави стверджувати про порушення конституційних приписів, згідно з якими закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй (частина друга статті 8 Основного Закону України)» [212].

Судовий прецедент, який формується Конституційним Судом України доповнює Конституцію України, як джерело позитивного права, та усуває дефекти законодавства України, приводячи його до правового ідеалу станом на момент такого урегулювання.

Вище ми надали обґрунтування чому саме рішення та висновки Конституційного Суду України є джерелом права. Однак залишається відкритим питання ніші, в якій міститься таке джерело права, а саме - це мотивувальна чи резолютивна частини рішення або висновку Суду?

Законом України «Про Конституційний Суд України» від 13.07.2017 року, №2136-VIII [206] введено в правовий обіг термін «юридична позиція Конституційного Суду». За своєю змістовою основою такий термін не є новим для правової системи України, оскільки в доктринальному тлумаченні права, правозастосуванні не одноразово використовувалось така юридична дефініція, як «правова позиція».

Правова позиція є відносно сталим елементом правової системи, в якій суд формує своє розуміння та відношення до права, яке врегульовує досліджувані правовідносини.

Відповідно до частини 1 статті 92 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13.07.2017 року, №2136-VIII [206] юридичну позицію Конституційний Суд викладає у мотивувальній та/або резолютивній частині рішення, висновку. Юридична позиція Суду може міститися в ухвалах про відмову у відкритті конституційного провадження у справі та про закриття

конституційного провадження у справі, постановлених Сенатом чи Великою палатою.

Аналізуючи наведену норму ми прийдемо до висновку, що особисто законодавець визначив місце юридичної позиції в рішеннях та висновках Конституційного Суду України. Окрім цього, надано Суду право викладати юридичні позиції в ухвалах про відмову у відкритті конституційного провадження у справі та про закриття конституційного провадження у справі, постановлених Сенатом чи Великою палатою.

З точки зору позитивізму, юридичні позиції Конституційного Суду України, які викладені в його рішеннях та висновках, в силу положень статті 151-2 Основного Закону України є обов'язковими для всіх суб'єктів права.

У той ж час юридичні позиції Суду, що викладені в ухвалах про відмову у відкритті конституційного провадження у справі та про закриття конституційного провадження у справі, постановлених Сенатом чи Великою палатою ненаділені такою конституційною обов'язковістю.

Однак відсутність конституційної обов'язковості наведених ухвал суду, не позбавляє їх статусу джерела права, оскільки, як ми зазначали вище, авторитет, статусність та послідовність Конституційного Суду України наділяє такі ухвали статусом джерела права, а отже породжує обов'язок їх використання.

Така юридична позиція Конституційного Суду України є так званим «м'яким» правом, оскільки характеризується меншим рівнем обов'язковості, порівняно з юридичними позиціями, які викладені в рішеннях та висновках Суду. Водночас, не дотримання такого «м'якого» права, може бути підставою для скасування акту суб'єкту правозастосування, в силу послідовності діяльності Конституційного Суду України.

Як і право взагалі, юридичні позиції Суду, які носять прецедентний характер, можуть змінюватись у разі існування для цього соціально-економічних передумов. Основний Закон України є живим організмом, розуміння якого приходить через динамічне та еволюційне тлумачення.

Враховуючи такі природні передумови, в Україні на рівні закону закріплено право Конституційного Суду України на еволюційне тлумачення Конституції України. Зокрема, відповідно до частини 2 статті 92 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13.07.2017 року, №2136-VIII [206] Конституційний Суд може розвивати і конкретизувати юридичну позицію Суду у своїх наступних актах, змінювати юридичну позицію Суду в разі суттєвої зміни нормативного регулювання, яким керувався Суд при висловленні такої позиції, або за наявності об'єктивних підстав необхідності покращення захисту конституційних прав і свобод з урахуванням міжнародних зобов'язань України та за умови обґрунтування такої зміни в акті Суду.

Отже, підсумовуючи наведене вище, слід прийти до висновку, що в Україні визнається судова правотворчість, як невід'ємний атрибут права, рішення, висновки та ухвали Конституційного Суду України набули статусу джерела права, і повсякчас застосовуються суб'єктами правозастосування.

Судова правотворчість Конституційного Суду України специфічна, оскільки вона народжується не у зв'язку з наявністю лакун (прогалін) в праві, а внаслідок тлумачення Конституції України та здійснення через таке тлумачення конституційного контролю за нормативно-правовими актами. Не саме рішення Суду, як акт, є прецедентом в праві, таким прецедентом є його юридична позиція, яка може знаходитись в мотивувальній та/або резолютивній частині рішення, висновку, ухвали Суду.

Рішення, висновок Конституційного Суду України, в силу положень Основного Закону України є обов'язковими, остаточними та підлягають неодноразовому застосуванню, відносно невизначеного кола осіб. Однак вони не тотожні класичному нормативно-правовому акту, оскільки відрізняються за природою свого походження. У даному разі можна навести слова судді Конституційного Суду України у відставці В.Д. Бринцева, який наголошує на потребі припинити спроби обґрунтування рішень Суду як класичного нормативно-правового акту, оскільки він має зовсім іншу правову природу, відрізняється від класичної правової норми за структурою, механізмом

прийняття та набрання чинності, та визнати їх специфічним джерелом права — судовим правом [213, с.30].

Нам необхідно зрозуміти, що природа конституційного контролю за розумінням його засновника Г. Кельзена, обумовлена не можливістю гілок влади на паритетних засадах взаємодіяти одна з одною в системі «стримувань та противаг». З даного приводу С.В. Шевчук відзначив, що «Судовий конституційний контроль виникає з практичної доведеності недостатності взаємного контролю між гілками влади у системі поділу влади..» [125,с.507].

Повсякчас законодавча або виконавча влада намагаються перетягнути шальки терезів в системі «стримувань та противаг» на свою користь за рахунок, зокрема судової влади. У такій інституційній боротьбі особливу роль відіграє Конституційний Суд України та його правотворчість, яка заснована на засадах верховенства права. Його унікальність та рівновіддаленість від гілок влади, надає йому можливість бути об'єктивним арбітром у владній суперечці та вирішити її через призму Основного Закону України, не порушуючи балансу в системі «стримувань та противаг».

Ми завершили дослідження судової правотворчості, як необхідного елементу самостійності судової влади в Україні. Підсумовуючи наведене варто відзначити, що самостійність суду, його вплив на систему «стримувань та противаг» залежить від його сили, а така можлива виключно у разі визнання та підтримки його народом. Суд не є воєнізованим підрозділом, який за допомогою примусу стверджується як влада, суд це інтелектуальний орган, який здійснює свої повноваження, орієнтуючись на потреби людей, для чого наділяється відповідними інструментами практичного характеру, серед яких продукт судової дискреції – судова правотворчість.

Судова правотворчість це інтелектуальний процес створення нового, справедливого, якісного, яке позитивно вплине на не врегульовані законами, або врегульовано не справедливо відносини у цивілізованому суспільстві та забезпечить належне виконання соціальних та економічних функцій сучасної

держави «загального добробуту». Вона не є абсолютною, її межі є зрозумілими та носять практичний характер, що породжує її визнання як джерела права.

Соціальне призначення судової правотворчості полягає в тому, що вона уособлює в собі «одночасно «меч» суду, при захисті конституційних прав та свобод особи від протиправних посягань, та щит в системі «стримувань і противаг» від абсолютизації влади законодавчою або виконавчою владою» [214, с.32].

Законотворчість та судова правотворчість можуть і мають існувати в Україні як частки єдиного цілого, взаємодоповнюючи один одного. З даного приводу доцільно навести слова відомого російського цивіліста Н.А. Покровського, який ще на початку ХХ століття говорив: «Закон і суд не дві протиборчі сили, а два однаково необхідних фактора юрисдикції. Обидва вони мають одну і ту ж мету - досягнення матеріально справедливого; закон для цього досягнення потребує живому доповненні та співробітництво судді. Не слід боятися цієї творчої діяльності судді: суддя не в меншій мірі, ніж законодавець, носій того ж суспільної правосвідомості» [6, с.94-95].

ВИСНОВКИ ДО ІІІ РОЗДІЛУ

1. Сформульовано авторське визначення правотворчості, а саме під нею розуміється **діяльність офіційно уповноваженого, легітимного суб'єкта права щодо створення, зміни, скасування правових норм на засадах верховенства права**. Оскільки судова правотворчість є похідною від судової дискреції, слідує, що і засади її походження є такими самими.

2. Обґрунтовано потребу в легітимності судової правотворчості, при цьому така легітимність повинна бути формалізованою, а не ґрунтуватись виключно на нормах моралі, традиції або релігії. У даному разі формальність потрібна для забезпечення визначеності у правовідносинах, що сприяє довірі до суду.

Відсутність легітимності свідчить про відсутність впливу в системі «стримувань та противаг» та функціональну слабкість. Натомість якщо рівень довіри до суду буде високий, автор стверджує, що суд буде впливовим та сильним гравцем.

Також, зазначено, що судова правотворчість не є вільною від меж, вона обмежена зоною неврегульованості самого нормативно-правового акту і під час її використання, суд насамперед визначає такі межі неврегульованості та заповнює їх, виходячи зі змісту самого нормативно-правового акту, конституційних приписів та загальних засад права. Створення такої норми судом, не може суперечити завданням та принципам самого нормативно-правового акту, який містить лакуни, оскільки в такому разі втрачається сенс самого акту та породжуються колізії.

3. Окрім наведеного, у цьому розділі розкрито вплив рівня довіри до суду на послаблення позиції суду в системі «стримувань та противаг». Послаблення позицій суду проявляє себе через його функціональну неспроможність здійснювати правосуддя, судовий контроль через суд адміністративної юрисдикції та конституційний контроль.

4. Визначено роль судової правотворчості, як такої, що носить субсидіарний (додатковий) характер і проявляє вона себе, як механізм контролю за якістю законодавства та протидії намірам привласнити владу іншими гілками влади. При цьому процесуальна активність суду обмежується самим законом, який його легітимізує та уповноважує здійснювати правосуддя, у тому числі шляхом створення права, якщо такого не має, або таке не відповідає Конституції України.

5. Також, у цьому розділі дисертації, автором, через призму суб'єктний склад, виділено такі види судової правотворчості:

- судова правотворчість, яка здійснюється судами загальної юрисдикції (перша та апеляційна інстанція), у межах їх дискреційних повноважень, внаслідок подолання прогалин (лакун) у праві та коли нормативно-правовий акт, який врегульовує досліджувані правовідносини, суперечить Конституції України;

- судова правотворчість, яка здійснюється Верховним Судом (така правотворчість суду здійснюється в межах його дискреційних повноважень, які він реалізує при подоланні лакун у праві та коли нормативно-правовий акт, який врегульовує досліджувані правовідносини, суперечить Конституції України. На нього розповсюджуються ті ж самі правила юридичної техніки при правотворенні, що і на суди першої та апеляційної інстанції. Відмінність полягає в тому, що Верховний Суд не є суб'єктом казуальної судової правотворчості, оскільки його правові позиції носять загальнообов'язковий характер та враховуються судами при прийнятті рішень);

- судова правотворчість, яка здійснюється Конституційним Судом України.

6. Обґрунтовано потребу у використанні судом загальних правил юридичної техніки щодо раціонального складання та правильного викладення нормативних правових актів при здійсненні правотворчої діяльності.

Зокрема, суд зобов'язаний при творенні права враховувати адекватність правового впливу та його відповідність державній політиці в цій сфері суспільних відносин; регулювання повинне бути повним та конкретним (заповнюючи існуючі прогалини та не створювати одночасно іншу); повинна проводитись аналітична робота щодо відсутності або допустимості побічних ефектів такого правотворення; обов'язкове дотримання принципу системності права; дотримання прийнятого структурування права на галузі, підгалузі та інститути, а також встановлених взаємовідносин правових актів за їх юридичною силою; принцип логічного викладу матеріалу. Не менш важливим є дотримання судом при правозастосуванні принципу точності та визначеності

правової норми, зокрема щодо адекватності вираження мовними засобами сутності правового рішення, забезпечення точного розуміння положень правового акту всіма суб'єктами правовідносин; зв'язок нормативних приписів між собою.

7. Сформульоване визначення, що таке казуальна судова правотворчість, а саме це правотворчість суду першої інстанції, яка носить обов'язковий характер виключно для суб'єктів, на яких поширюється дія такого рішення.

8. Запропоновано порядок легітимізації казуальної судової правотворчості. Зокрема, відсутність правового врегулювання або його невідповідність Конституції України є виключно правовою проблемою, яка має бути вирішена централізовано по всій території України. У чинні процесуальні закони впровадили ідею, згідно якої на розгляд Великої Палати Верховного Суду передаються справи, що містять виключно правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовчої практики. Суб'єктом такої передачі є виключно суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії або палати.

Наведена ідея потребує удосконалення, а саме пропонується, в обов'язковому порядку, судам, які прийняли рішення у справах за відсутності правового врегулювання або його невідповідності Конституції України, передавати справу до суду вищої інстанції, який в порядку контролю перевірить законність такого рішення. У разі, якщо такий суд вищої інстанції дійде до висновку щодо обґрунтованості позиції суду, який прийняв таке рішення, він, задля забезпечення єдності судової практики та подолання виключно правової проблеми, передає її до Великої Палати Верховного Суду. В іншому разі суд вищої інстанції скасовує таке рішення як незаконне.

Такий механізм убезпечить правову систему України від казуальної судової правотворчості, породить загальність у праві та відновить довіру до суду, як стабільної інституції.

9. Сформовано позицію щодо гібридності судового прецеденту в Україні, яка полягає не тільки в природі його походження (на зламі романо-германської та англосаксонської систем права), а й в природі його обов'язковості: обов'язковий характер для суб'єктів владних повноважень, рекомендаційний для судів та суб'єктів приватного права.

10. Запропоновано правило подолання темпоральних та ієрархічних колізій судових прецедентів в Україні, зокрема:

- суди під час вирішення тотожних спорів мають враховувати останню правову позицію Великої Палати Верховного Суду (подолання темпоральної колізії);

- висновки, які містяться в судових рішеннях судової палати касаційного суду, мають перевагу над висновками колегії суддів, висновки об'єднаної палати касаційного суду – над висновками палати чи колегії суддів цього суду, а висновки Великої Палати Верховного Суду – над висновками об'єднаної палати, палати й колегії суддів касаційного суду (подолання ієрархічної колізії).

11. З метою забезпечення доведеності норм права до людей, запропоновано на законодавчому рівні зобов'язати Верховний Суд інформувати Верховну Раду України або інший орган, який уповноважений здійснювати правотворчість, про створення ним права, а останні з метою усунення дефектів правового урегулювання, мають на підставі такого рішення суду розробити законопроект або проект постанови (залежно від суб'єкта правотворення) та прийняти його відповідно до встановленої процедури. Такий механізм забезпечить визначеність у правовідносинах та доведеність норм права людям.

12. Сформовано позицію згідно якої ретроспективно, внаслідок судової правотворчості, можуть визначатися лише права людини. Оскільки для забезпечення прав людини суб'єкти владних повноважень мають проявити певну владну активність, а також враховуючи те, що верховенство право підкорює державу людині, судова правотворчість може визначати обов'язки для такого суб'єкта ретроспективно.

ВИСНОВОК

Ми закінчили дисертаційне дослідження на тему «Конституційні засади судової дискреції як гарантії самостійності та ефективності судової влади», в якому розкрили судову дискрецію, як практичний інструмент, що надає суду

можливість протистояти узурпаційним прагненням законодавчої та виконавчої влади, забезпечуючи тим самим баланс в системі «стримувань та противаг».

Проблеми функціонування судової дискреції, а також похідної від неї судової правотворчості, тісно пов'язані з проблемами конституціоналізму, верховенства права, верховенства конституції, оскільки з точки зору позитивізму саме вони є фундаментом та дороговказом в її практичному застосуванні.

Підсумовуючи проведену роботу, слід зазначити, що діючи нормативне врегулювання судової дискреції, а також судової правотворчості потребує негайного удосконалення, оскільки реалізації досліджених інструментів станом на сьогодні призводить до порушення принципу правової визначеності, який є невід'ємною складовою верховенства права.

1. У дисертації надано авторське визначення дискреції в правозастосуванні, відокремлені її ознаки, види та наведені підстави виникнення.

Зокрема дискрецією в правозастосуванні є **інтелектуально-вольова діяльність суб'єкта правозастосування щодо вибору оптимального рішення (варіанту) із наявних правових альтернатив.**

Ознаками дискреції у правозастосуванні є:

- інтелектуально-вольова діяльність суб'єкта правозастосування при реалізації дискреційних повноважень;
- спеціальний суб'єкт її застосування, яким є суб'єкт владних повноважень, що реалізує свої владні управлінські функції на виконання вимог нормативного-правового припису або внаслідок реалізації делегованих повноважень;
- вибір оптимального рішення (варіанту) із наявних правових альтернатив (під оптимальним рішенням автор розуміє те тільки обґрунтоване та законне, а також й розумне, тобто таке, що виправдовує розумні очікування суб'єктів правовідносин. У даному разі критерії розумності оптимального рішення суб'єкта правозастосування мають відповідати критеріям законності прийняття рішення, вчинення дій, бездіяльності суб'єктом владних

повноважень, які викладені в частині 2 статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України);

- обґрунтованість або іншими словами мотивування (не обґрунтований вибір не буде легітимним, оскільки не буде сприйнятий людьми);
- підконтрольність, яка здійснюється або судом (судовий контроль) або вищестоящим уповноваженим органом над суб'єктом правозастосування (адміністративний контроль). Підконтрольність дискреції, сприяє її легітимізації суспільством та забезпечує правову визначеність у праві.

Дискрецію у правозастосуванні класифіковано наступним чином:

- за критерієм суб'єктний склад (через встановлення органу в системі органів влади) виділено законодавчу, адміністративну та судову дискрецію, обсяги та природа яких залежить від функціональних особливостей органу, який здійснює дискреційні повноваження; за критерієм суб'єктний склад через призму кількісного складу осіб, що здійснюють дискреційні повноваження, дискрецію класифіковано як індивідуальну (прийняття рішення одноособово) та колективну (прийняття рішення колегіально);
- за критерієм вибір: за обсягом – вузька та широка; за ступенем конкретизації – визначена та відносна;
- за критерієм діяльність суб'єкта правозастосування: правотворча; така, що здійснюється за допомогою аналогії права; пов'язана із вирішенням питання щодо засобів встановлення фактичних обставин справи.

У дисертаційному дослідженні автор відокремив чотири групи підстав щодо виникнення дискреції:

- до першої групи віднесено перманентну змінність суспільних відносин, внаслідок яких законодавець немає можливості створити тривало діючі правові норми, оскільки в силу їх динамічності, важко прогнозувати напрямки економічних та політичних змін в країні;
- до другої групи віднесено дефекти законодавчої техніки, які породжують правову невизначеність (лакуни, колізії). У такому разі суб'єкт

правозастосування фактично добудовує законодавчо невизначену норму, шляхом використання легальних правових механізмів;

- до третьої групи підстав віднесено усунення законодавчих обмежень прав людини, що гарантовані Конституцією України (у даному разі мова йде не про дефекти законодавчої техніки застосованої в конкретному законі, а про самий закон який є дефектним, в силу його невідповідності Конституції України);

- до четвертої групи підстав віднесено відсутність доцільності в формуванні абсолютно визначеної норми.

2. Реалізація дискреції суб'єктом владних повноважень має здійснюватися передбачувано та в певних розумних межах такого розсуду, а отже дискреція в правозастосуванні не є абсолютною, а має свої визначені межі.

У цій роботі надано авторське визначення дискреційній межі, відокремлено її ознаки та безпосередньо наведені самі межі дискреції.

Зокрема дискреційною межею є конкретно-визначене, легітимне обмеження розсуду суб'єкта правозастосування, при здійсненні ним правозастосовчої діяльності.

Дискреційна межа наділена наступними ознаками:

- визначеність (формальна визначеність дискреційної межі, забезпечує передбачуваність діяльності суб'єкта правозастосування при реалізації ним своїх дискреційних повноважень, що породжує довіру);

- зрозумілість (розуміння алгоритму діяльності правозастосувача при реалізації дискреційних повноважень, свідчить про його передбачуваність, що безпосередньо впливає на довіру до нього);

- легітимність (легітимними мають бути не тільки рішення правозастосувача, легітимними мають бути і інструменти, які використовуються останнім під час здійснення процедурно-процесуальної діяльності);

- практичність (дискреційна межа є юридичним інструментом практичного характеру, оскільки вона безпосередньо пов'язана з діяльністю

суб'єкта правозастосування при реалізації ним своїх дискреційних повноважень).

Дискреційними межами є:

- закон або інший нормативно-правовий акт, який не суперечить закону;
- конституційні принципи та засади права;
- судова практика;
- інструменти Європейського суду з прав людини щодо захисту конвенційних прав, які викладені в його рішеннях.

3. Оскільки об'єктом дослідження цієї роботи є судова дискреція, яка є видом дискреції, обсяги та природа яких залежить від функціональних особливостей органу, який здійснює дискреційні повноваження, автором, шляхом проектування визначень, які стосуються дискреції, сформовано авторське визначення «судової дискреції», «меж судової дискреції», відокремлено її підвиди на наведені конституційні засади цього практичного інструменту.

Зокрема, судовою дискрецією є **інтелектуально-вольова діяльність суду щодо вибору оптимального рішення (варіанту) із наявних правових альтернатив, під час розгляду та вирішення судової справи.**

Під межею судової дискреції розуміється **конкретно-визначене, легітимне обмеження розсуду суду, при здійсненні ним правосуддя, конституційного та судового контролю.**

Підвидами судової дискреції є:

- **судова дискреція безпосередньо зазначена в законі**, сутність якої полягає в тому, що вона безпосередньо передбачена в законі, який надає суду можливість обирати один із нормативно визначених варіантів правомірної поведінки. За критерієм вибір така дискреція за обсягом є вузька, а за ступенем конкретизації - визначена, оскільки характеризується нормативною визначеністю кількості законних альтернатив;

- **судова дискреція, яка надається суду з метою усунення прогалин в праві або подолання колізій (аналогія права)**, сутність якої

полягає в тому, що суд при здійсненні правозастосування, з метою усунення прогалин у праві та колізій, «добудовує» норму, тим самим долаючи правову невизначеність;

- **судова дискреція, яка заснована на пріоритеті основоположних прав людини над законом**, змістова основа якої полягає в тому, що суд при розгляді та вирішенні справи по суті, керуючись положеннями Конституції України та нормами міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, виходить за межі закону та врегульовує правовідносини на свій розсуд. Сила цього виду дискреції полягає в тому, що суд діє поза межами системи координат для правозастосування створеною законодавчою владою. Зона розумності суду обмежується не законом, а правом, зокрема конституційними принципами та засадами права.

Конституційними засади судової дискреції, як складової функціонального елементу самостійності судової влади в Україні, є:

- **людиноцентризм**, суть якого полягає в тому, що правове регулювання здійснюється з інтересом людини або певної групи людей, яка/які перебувають в центрі всієї правової системи України, однак в даному разі мова не йде виключно про фізичне існування людини. Говорячи про людиноцентризм автор має на увазі і гідне існування людини, яке здатне забезпечити їй необхідні соціально-економічні стандарти життя західної цивілізації;

- **визначеність**, ознаками якої є передбачуваність та зрозумілість, що забезпечує легітимність права, оскільки природньо не зрозумілі та не передбачувані речі не породжують довіри, а навпаки створюють передумови для недовіри;

- **розумність**, яка включає в себе збалансованість (пропорційність), врахування інтересів усіх верств населення, передбачення наслідків реалізації рішення прийнятого на засадах розумності. Суд, який діє на засадах розумності, породжує довіру та відданість до себе з боку людей, а тому він має підтримку народу, яка є необхідною для розумної протидії узурпаційним прагненням з боку законодавчої та виконавчої влади. Будь-яка державна інституція сильна за

рахунок відданості, довіри та підтримки індивідів, а не за рахунок права застосувати примус.

З метою забезпечення засади визначеності запропоновано розробити єдиний механізм, який додатково встановить межі судової дискреції, що унеможливить суддівське свавілля та гарантує юридичну визначеність у правовідносинах. Зокрема, для зрозумілості та легітимності такого механізму, пропонується при застосуванні дискреції, яка заснована на пріоритеті основоположних прав людини над законом, використовувати універсальний алгоритм «трискладовий тест» (чи відбулось втручання у права, гарантовані Конвенцією, «згідно із законом», чи переслідувалась «легітимна мета» втручання та чи було втручання «необхідним у демократичному суспільстві») розроблений та застосований Європейським судом з прав людини у своїх рішеннях, з врахуванням особливостей природи такої дискреції.

Оскільки, при практичній реалізації судової дискреції, яка заснована на пріоритеті основоположних прав людини над законом, суд не застосовує існуючий закон, в силу його не відповідності Конституції України, наведений вище механізм перевірки на предмет виправданості втручання в конвенційне право, має впроваджуватись з етапу перевірки щодо «легітимної мети».

4. Судова правотворчість є похідною від судовою дискреції і засади її походження є такими самими. Здійснюючи правотворчість суд заповнює існуючі прогалини в праві, усуває інші дефекти нормативно-правового врегулювання, тим самим забезпечуючи юридичну визначеність у правовідносинах.

Визначено роль судової правотворчості, як такої, що носить субсидіарний (додатковий) характер і проявляє вона себе, як механізм контролю за якістю законодавства та протидії намірам привласнити владу іншими гілками влади. При цьому процесуальна активність суду обмежується самим законом, який його легітимізує та уповноважує здійснювати правосуддя, у тому числі шляхом створення права, якщо такого не має, або таке не відповідає Конституції України.

У дисертації автор сформулював визначення правотворчості, відокремив види судової правотворчості, розкрив її проблеми, а також запропонував шляхи їх подолання. Окремо увагу приділено впливу довіри до суду на його «силу» та вплив в системі «стримувань та противаг».

Зокрема правотворчістю є діяльність офіційно уповноваженого, легітимного суб'єкта права щодо створення, зміни, скасування правових норм на засадах верховенства права.

Виділено такі види судової правотворчості:

- **судова правотворчість, яка здійснюється судами загальної юрисдикції (перша та апеляційна інстанція), у межах їх дискреційних повноважень, внаслідок подолання прогалин (лакун) у праві та коли нормативно-правовий акт, який врегульовує досліджувані правовідносини, суперечить Конституції України;**

- **судова правотворчість, яка здійснюється Верховним Судом (така правотворчість суду здійснюється в межах його дискреційних повноважень, які він реалізує при подоланні лакун у праві та коли нормативно-правовий акт, який врегульовує досліджувані правовідносини, суперечить Конституції України. На нього розповсюджуються ті ж самі правила юридичної техніки при правотворенні, що і на суди першої та апеляційної інстанції. Відмінність полягає в тому, що Верховний Суд не є суб'єктом казуальної судової правотворчості, оскільки його правові позиції носять загальнообов'язковий характер та враховуються судами при прийнятті рішень);**

- **судова правотворчість, яка здійснюється Конституційним Судом України.**

Автором обґрунтовано потребу в легітимності судової правотворчості, при цьому така легітимність повинна бути формалізованою, а не ґрунтуватись виключно на нормах моралі, традиції або релігії. У даному разі формальність потрібна для забезпечення визначеності у правовідносинах, що сприяє довірі до суду.

Відсутність легітимності свідчить про відсутність впливу в системі «стримувань та противаг» та функціональну слабкість. Натомість якщо рівень довіри до суду буде високий, автор стверджує, що суд буде впливовим та сильним гравцем. Послаблення позицій суду проявляє себе через його функціональну неспроможність здійснювати правосуддя, судовий контроль через суд адміністративної юрисдикції та конституційний контроль.

Судова правотворчість не є вільною від меж, вона обмежена зоною неврегульованості самого нормативно-правового акту і під час її використання, суд насамперед визначає такі межі неврегульованості та заповнює їх, виходячи зі змісту самого нормативно-правового акту, конституційних приписів та загальних засад права. Створення такої норми судом, не може суперечити завданням та принципам самого нормативно-правового акту, який містить лакуни, оскільки в такому разі втрачається сенс самого акту та породжуються колізії.

Обґрунтовано потребу у використанні судом загальних правил юридичної техніки щодо раціонального складання та правильного викладення нормативних правових актів при здійсненні правотворчої діяльності.

Зокрема, суд зобов'язаний при творенні права враховувати адекватність правового впливу та його відповідність державній політиці в цій сфері суспільних відносин; регулювання повинне бути повним та конкретним (заповнюючи існуючі прогалини та не створювати одночасно іншу); повинна проводитись аналітична робота щодо відсутності або допустимості побічних ефектів такого правотворення; обов'язкове дотримання принципу системності права; дотримання прийнятого структурування права на галузі, підгалузі та інститути, а також встановлених взаємовідносин правових актів за їх юридичною силою; принцип логічного викладу матеріалу. Не менш важливим є дотримання судом при правозастосуванні принципу точності та визначеності правової норми, зокрема щодо адекватності вираження мовними засобами сутності правового рішення, забезпечення точного розуміння положень

правового акту всіма суб'єктами правовідносин; зв'язок нормативних приписів між собою.

Сформульоване визначення, що таке казуальна судова правотворчість, а саме це правотворчість суду першої інстанції, яка носить обов'язковий характер виключно для суб'єктів, на яких поширюється дія такого рішення.

Запропоновано порядок легітимізації казуальної судової правотворчості. Зокрема, відсутність правового врегулювання або його невідповідність Конституції України є виключно правовою проблемою, яка має бути вирішена централізовано по всій території України. У чинні процесуальні закони впровадили ідею, згідно якої на розгляд Великої Палати Верховного Суду передаються справи, що містять виключно правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовчої практики. Суб'єктом такої передачі є виключно суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії або палати.

Наведена ідея потребує удосконалення, а саме пропонується, в обов'язковому порядку, судам, які прийняли рішення у справах за відсутності правового врегулювання або його невідповідності Конституції України, передавати справу до суду вищої інстанції, який в порядку контролю перевірить законність такого рішення. У разі, якщо такий суд вищої інстанції дійде до висновку щодо обґрунтованості позиції суду, який прийняв таке рішення, він, задля забезпечення єдності судової практики та подолання виключно правової проблеми, передає її до Великої Палати Верховного Суду. В іншому разі суд вищої інстанції скасовує таке рішення як незаконне.

Такий механізм забезпечить правову систему України від казуальної судової правотворчості, породить загальність у праві та відновить довіру до суду, як стабільної інституції.

Сформовано позицію щодо гібридності судового прецеденту в Україні, яка полягає не тільки в природі його походження (на зламі романо-германської та англосаксонської систем права), а й в природі його обов'язковості: обов'язковий

характер для суб'єктів владних повноважень, рекомендаційний для судів та суб'єктів приватного права.

Запропоновано правило подолання темпоральних та ієрархічних колізій судових прецедентів в Україні, зокрема:

- суди під час вирішення тотожних спорів мають враховувати останню правову позицію Великої Палати Верховного Суду (подолання темпоральної колізії);

- висновки, які містяться в судових рішеннях судової палати касаційного суду, мають перевагу над висновками колегії суддів, висновки об'єднаної палати касаційного суду – над висновками палати чи колегії суддів цього суду, а висновки Великої Палати Верховного Суду – над висновками об'єднаної палати, палати й колегії суддів касаційного суду (подолання ієрархічної колізії).

З метою забезпечення доведеності норм права до людей, запропоновано на законодавчому рівні зобов'язати Верховний Суд інформувати Верховну Раду України або інший орган, який уповноважений здійснювати правотворчість, про створення ним права, а останні з метою усунення дефектів правового урегулювання, мають на підставі такого рішення суду розробити законопроект або проект постанови (залежно від суб'єкта правотворення) та прийняти його відповідно до встановленої процедури. Такий механізм забезпечить визначеність у правовідносинах та доведеність норм права людям.

Сформовано позицію згідно якої ретроспективно, внаслідок судової правотворчості, можуть визначатися лише права людини. Оскільки для забезпечення прав людини суб'єкти владних повноважень мають проявити певну владну активність, а також враховуючи те, що верховенство право підкорює державу людині, судова правотворчість може визначати обов'язки для такого суб'єкта ретроспективно.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 01.02.2018, у справі №634/609/15-к (провадження №51-658 км 17). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72009792> (дата звернення 16.08.2020).
2. Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 30.07.2020, у справі №826/10085/16 (провадження №К/9901/11767/19). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/90674285> (дата звернення 16.08.2020).
3. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідальності Конституції України (конституційності) окремих положень абзацу першого пункту 40 розділу VI “Прикінцеві та перехідні положення” Бюджетного кодексу України від 11.10.2018, справа №1-123/2018 (4892/17) №7-р/2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-18#Text> (дата звернення 16.08.2020).
4. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідальності Конституції України (конституційності) абзацу сьомого частини дев'ятої статті 11 Закону України "Про державну допомогу сім'ям з дітьми" (справа про припинення виплати допомоги при народженні дитини) від 08.06.2016, справа №1-2/2016 №3-рп/2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-16#Text> (дата звернення 16.08.2020).
5. Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе /Д. Б. Абушенко. – М.: Норма, 2002. – 176 с.
6. Антропов В.Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический аспект): автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.01 / В.Г. Антропов. – Волгоград, 1995. –20 с.

7. Боннер А.Т. Правосудие как вид государственной деятельности: Лекция / А.Т. Боннер. М., 1973. 38 с.
8. Васьковский, Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. 508 с.
9. Евтихийев А.Ф. Основы советского административного права. Евтихийев. Харьков: Юрид. изд-во НКЮ УССР, 1925. 341 с.
10. Загряцков, М.Д. Административная юстиция и право жалобы в теории и законодательстве. 2-е изд. М.: Право и жизнь, 1925. 244 с.
11. Комиссаров, К.И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. 167 с.
12. Коренев, А.П. Нормы административного права и их применение. М.: Юрид. лит., 1978. 142 с.
13. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. Коркунов; предисловие д-ра юрид. наук, проф. И.Ю. Козлихина. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 430 с.
14. Лунев, А.Е. Социалистическая законность в советском государственном управлении / А.Е. Лунев, С.С. Студеникин, Ц.А. Ямпольская. М.: Юрид. изд-во, 1948. 136 с. Лунев А.Е., Студеникин С.С., Ямпольская Ц.А. Указ. соч. С. 63-64;
15. Лазарев В.В. Применение советского права. Казань: Изд-во Казанского Ун-та, 1972. 200 с.
16. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. – 5-е изд., стереотип. М.: Статут, 2009. 351 с.
17. Папкова, О.А. Усмотрение суда / О.А. Папкова. М.: Статут, 2005. 412 с.
18. Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / Р. Алекси; пер. с нем. М.: Инфотропик Медиа, 2011. 192 с.
19. Бойко, Д.В. Виды правоприменительного усмотрения. *Юристъ-Правоведъ*. 2010. № 1. С. 8-12.

20. Дубовицкий, В.Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении. Минск: Наука и техника, 1984. 141 с.
21. Железнов Б.Л. О понятии правотворческого усмотрения. *Актуальные проблемы теории и практики конституционного судопроизводства: сб. научных трудов*. Казань, 2006. С. 303-308.
22. Лазарев, Б.М. Компетенция органов управления. М.: Юрии. лит., 1972. 280 с.
23. Марков, П.В. Правовая природа и условия осуществления судебного усмотрения. *Право и политика*. 2011. № 11 (143). С. 1875-1881.
24. Соловей Ю.П. Усмотрение в административной деятельности советской милиции: дис. ... канд. юр. наук: 12.00.02 / Ю.П. Соловей. М., 1982. 229 с.
25. Старых, Ю.В. Усмотрение в налоговом правоприменении: дис. ... канд. юр. наук: 12.00.14 / Ю.В. Старых. Воронеж, 2006. 255 с.
26. Харт Г.Л.А. Понятие права / Г.Л.А. Харт; пер. с англ.; под общ. ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2007. 302 с.
27. Шарнина Л.А. К вопросу о разграничении усмотрения и произвола в конституционном праве. *Конституционное и муниципальное право*. 2011. № 7. С. 11-14.
28. Папкина О.А. Усмотрения суда. М., 2005. С.39
29. Сахаров А.Б. Планирование уголовной политики и перспективы уголовного законодательства. *Планирование мер борьбы с преступностью*. М., 1982. С.9-10.
30. The Concise Oxford Dictionary. *Oxford University Press*. 1998. P. 598.
31. Большой юридический словарь/ под редакцией: А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских; издание второе, переработанное и дополненное. М.; ИНФРА-М, 2001. – 704 с.
32. Толковый словарь обществоведческих терминов. Н.Е. Яценко. 1999.

33. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К. : Укр. енцикл., 1998. URL: <http://cyclor.com.ua/content/view/1051/58/1/7/#12739> (дата звернення 16.08.2020).
34. Этимологический онлайн-словарь русского языка Макса Фасмера. URL: <https://lexicography.online/etymology/vasmer/search?s=%D0%B4%D0%B8%D1%81%D0%BA%D1%80%D0%B5%D1%86%D0%B8%D1%8F> (дата звернення 16.08.2020).
35. Ткешалидзе Г.Т. Судебная практика и уголовный закон. Тбілісі, 1975. 175 с.
36. Ronald M. Dworkin. Law's Empire. Cambridge. 1986.
37. Одарченко А. Н. О пределах административного усмотрения. *Право и жизнь*. М., 1925.
38. Конституція України від 28.06.1996//Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1996. № 30. с. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення 16.08.2020).
39. Барак. А. Судейское усмотрение / А. Барак; пер. с англ.; вступ. ст. чл.-корр. РАН, д.ю.н., проф. М.В. Баглая. М.: Норма, 1999. 376 с.
40. Galligan D.J. Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion. Oxford, 1986. P.8
41. Комиссаров К.И. Судейское усмотрение в гражданском процессе. *Советское государство и право*. 1969. №4. С.26
42. Krauthausen R. Ermessen und unbestimmter Rechtsbegrif. 1955. S.10.
43. Авак'яна С.А. Конституционализм и публичная власть: концепции и перспективы. *Конституционное и муниципальное право*. 2013 №11. С.27-30. URL: <http://consultant.council.gov.ru> (дата звернення 16.08.2020).
44. Дворкин Р.О. О правах всерьез/ пер. с англ.; под ред. Л.Б. Макеева М., РОССПЭН, 2004. 392 с.

45. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005, №2747-IV (у редакції Закону №2147-VIII від 03.10.2017). *Офіційний вісник України*, 2005, N32 (26.08.2005), С.1918 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (дата звернення 16.08.2020).

46. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991, №1798-XII (у редакції Закону №2147-VIII від 03.10.2017). *Відомості Верховної Ради України*, 1992, N6 (11.02.92), С.56 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text> (дата звернення 16.08.2020).

47. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004, 1618-IV (у редакції Закону №2147-VIII від 03.10.2017). //Офіційний вісник України, 2004, N 16 (07.05.2004), С.1088 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення 16.08.2020).

48. Шарнина Л.А. Категория усмотрения в конституционном праве. Монография. Видавець "Издательство ""Прспект", 2017. 268 С.

49. Доповідь Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанська Комісія) «Верховенство права» від 04.04.2011 року, №512/2009, яка схвалена Венеціанською Комісією на 86 пленарному засіданні (Венеція, 25-26 березня 2011 року). *Право України*, 2011, №10, ст.168-184.

50. Загальна теорія права. Підручник. За загальною редакцією доктора юридичних наук, професора М.І. Козюбри. К.: Ваіте. 2015. С.396.

51. Шевцов С.Г. Некоторые вопросы разграничения усмотрения и смежных правовых категорий. *Нотариус*. 2011. № 6. С. 38-40.

52. Шевцов С.Г. Сущность усмотрения: философский и правовой аспекты. *Право и государство: теория и практика*. 2011. № 12 (84). С. 40-44.

53. Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970-1980. Т. 9. С. 63. URL:

http://ukrlit.org/slovnyk/slovnyk_ukrainskoi_movy_v_11_tomakh/%D1%81%D0%B2%D0%B0%D0%B2%D1%96%D0%BB%D0%BB%D1%8F (дата звернення 16.08.2020).

54. Загальна теорія держави і права. Підручник. За редакцією доктора юридичних наук, професора, академіка АПрН України М. В. Цвіка, доктора юридичних наук, професора, академіка АПрН України О. В. Петришина. Харків . : Право, 2009.С.583

55. Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса / Е.В. Васьковский. – Москва : Издание братьев Башмаковых, 1913. Т. 1. Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. 701 с. Режим доступа: по подписке. URL: <http://biblioclub.ru/index.php?page=book&id=209236> (дата звернення 17.08.2020).

56. Игнатьев А.С. Усмотрение как правовая общетеоретическая категория и алгоритм его отраслевого анализа (на примере сферы судебного конституционного контроля) Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Санкт-Петербург 2016. С.25 <https://disser.spbu.ru/files/disser2/1085/aftoreferat/QyRQRB6J57.pdf> (дата звернення 17.08.2020).

57. Бохан В.Ф. Формирование убеждений суда. Минск: Изд-во БГУ, 1973.с.160.

58. Камышанский В.П. Право собственности: пределы и ограничения / В.П. Камышанский. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2000. – с. 303.

59. Малиновский, А.А. Усмотрение в праве. *Государство и право*. 2006. № 4. С. 102-104.

60. Скударнов, А.С. Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан (и их объединений): автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.01 / А.С. Скударнов. Челябинск, 2014. С.26.

61. Шарнина Л.А. Понятие усмотрения (дискреции) в праве. Отличия усмотрения органов власти от усмотрения граждан и юридических лиц / Л.А. Шарнина // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 8. С. 12-17.

62. Берг Л.Н. Судебное усмотрение: причины, понятие, признаки / Л.Н. Берг. *Юридические науки*. 2007. № 3. С. 11-19.

63. Вахитов Р.С. Судейское усмотрение и некоторые проблемы его реализации / Р.С. Вахитов, Е.В. Севастьянова. *Арбитражная практика*. 2002. № 6. С. 41-45.

64. Молотов А.В. Судейское усмотрение в деятельности Конституционного Суда Российской Федерации. *Правовые проблемы укрепления российской государственности*. Часть 17: сб. статей. Томск, 2004. С. 147-148.

65. Грачева Ю.В. Понятие, основание, признаки и значение судейского усмотрения в уголовном праве. *Государство и право*. 2001. № 11. С. 95-96.

66. Толчеев, М. Судейское усмотрение / М. Толчеев. *ЭЖ-Юрист*. 2004. № 26. С. 5-6.

67. Шарнина, Л.А. Виды усмотрения в конституционном праве / Л.А. Шарнина. *Конституционное и муниципальное право*. 2009. № 15. С. 2-7.

68. Маліков М.К. Гносеологические основы реализации права: Учебное пособие /Марат Кадырович Маликов; Министерство общего и профессионального образования Российской Федерации. Башкирский государственный университет. учеб. изд. Уфа, 1998. – 299 с.

69. Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе / Боннер А.Т. М.: Юридическая литература, 1980. - 160 с.

70. Закон України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10.02.2010, №1861-VI. //Офіційний вісник України, 2010, N 12 (01.03.2010), ст. 565 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1861-17#Text> (дата звернення 16.08.2020).

71. Анісімов О.В. Конституційні засади судової дискреції як обов'язкової складової частини функціонального елементу самостійності судової влади в Україні. *Науковий вісник публічного та приватного права*. Випуск 5. Том 1. 2017. С. 41-46.

72. Джеймс Древер. Словник психології — A Dictionary of Psychology by James Drever. Middlesex: Penguin Reference Books, 1952 --1966. URL:

<https://www.abebooks.co.uk/book-search/title/a-dictionary-of-psychology-penguin-reference-books/author/james-drever/> (дата звернення 16.08.2020).

73. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012, №4651-VI. //Голос України, 2012, 05, 19.05.2012 N 90-91 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення 16.08.2020).

74. Закон України «Про Національну поліцію» від 02.07.2015, №580-VIII. //Офіційний вісник України, 2015, N 63 (18.08.2015), ст. 2075 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text> (дата звернення 16.08.2020).

75. Закон України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» від 17.11.2009, №1559-VI // Офіційний вісник України, 2009, N 97 (25.12.2009), ст. 3326 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1559-17#Text> (дата звернення 16.08.2020).

76. Бачило И.Л. Функции органов управления (правовые проблемы оформления и реализации) / И.Л. Бачило. М: Юрид. лит. 1976. – 198 с.

77. Боннер, А.Т. Применение закона и судебное усмотрение / А.Т. Боннер. *Советское государство и право*. 1979. № 6. С. 34-42.

78. Берг, Л.Н. Судейское усмотрение и его пределы (общетеоретический аспект): автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.01 / Л.Н. Берг. Екатеринбург, 2008. 22 с.

79. Березин А.А. Пределы правоприменительного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.01 / А.А. Березин. Нижний Новгород, 2007. 25 с.

80. Булыгин Е.В. Основана ли философия права (ее часть) на ошибке? / Е.В. Булыгин. *Российский ежегодник теории права*. 2009. № 2. С. 53-62.

81. Кауфман М.А. Пробелы в уголовном праве и судебное усмотрение / М.А. Кауфман. М.: Юрлитинформ, 2009. 344 с.

82. Сарсенов А.М. Вопросы судейского усмотрения при установлении фактических обстоятельств дела / А.М. Сарсенов. *Актуальные вопросы современного российского права: материалы Всероссийской научно-*

практической конференции (Старый Оскол, 20 марта 2009 г.). Старый Оскол, 2009. С. 72-77.

83. Гук П.А. Судейское усмотрение: понятие, формы, пределы / П.А. Гук. *Российское правосудие*. 2010. № 10 (54). С. 40-46.

84. Илюшников С.М. К вопросу о судебном усмотрении и судебном толковании / С.М. Илюшников, Е.С. Николайчук. *Вестник Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа*. 2013. № 2 (12). С. 90-98.

85. Клеандров М.И. Судейское усмотрение и судебная ошибка / М.И. Клеандров. *Российское правосудие*. 2012. № 3 (71). С. 5-16.

86. Кораблина О.В. Актуальные проблемы судейского усмотрения в российском гражданском процессуальном праве / О.В. Кораблина. *Гуманитарные исследования*. 2007. № 4 (24). С. 98-101.

87. Мартышкин В.Н. Пределы судебного усмотрения / В.Н. Мартышкин. *Уголовный процесс*. 2007. № 7. С. 3-7.

88. Мишина Е.А. Судейское усмотрение и правоприменение. *Право и правоприменение в России: междисциплинарные исследования*. М.: Статут, 2011. С. 108-115.

89. Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов.// Под общей редакции академика Российской академии наук, доктора юридических наук, профессора В.С. Нерсесянца. М.: НОРМА, 2004. 813 с.

90. Рішення Європейського суду з прав людини в справі "Котій проти України" від 05.03.2015 (заява №28718/09) // Офіційний вісник України, 2015, N 99 (22.12.2015), стор.406, стаття 3421, **URL:** https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a82?find=1&text=%E4%E8%F1%EA%F0%E5%F6#w11 (дата звернення 16.08.2020).

91. Рішення Європейського суду з прав людини в справі "Свято-Михайлівська Парафія проти України" від 14.06.2007 (заява № 77703/01) // Офіційний вісник України, 2007, №81, стор.108, стаття 3042, **URL:** https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_254?find=1&text=%E4%E8%F1%EA%F0#w11 (дата звернення 16.08.2020).

92. Рішення Європейського суду з прав людини в справі "Мюрсел Ерен проти Туреччини" від 07.02.2006, (заява № 60856/00) URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO4075.html (дата звернення 16.08.2020)

93. Загальне адміністративне право: підручник / [Гриценко І.С., Мельник Р. С., Пухтецька А.А. та інші]; за заг. ред. І. С. Гриценка. К. : Юрінком Інтер, 2017. 568 с.

94. Рісний М. Б. Правозастосувальний розсуд у юридичній практиці (загальнотеоретичне дослідження). Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України / Редкол.: П. М. Рабинович (гол. ред.) та ін. Серія 1. Дослідження та реферати. Випуск 16. Львів, 2007. 192 с.

95. Резанов С. А. Використання дискреційних повноважень в діяльності органів державного управління / С. А. Резанов. *Форум права*. 2009. № 1 С. 480–483.

96. Лагода О.С. Адміністративна процедура: теорія і практика застосування: дис. ... канд.. юрид. наук; Національний університет державної податкової служби України, Ірпінь, 2007. 187 с.

97. Кузьменко В., Нижний А. До питання про співвідношення компетенції адміністративних судів при вирішенні публічно-правових спорів та дискреційних і виключних повноважень суб'єктів владних повноважень. *Вісник Вищого адміністративного суду України*. 2013. № 2. С. 33-42.

98. Кобильнік Д.А. Деякі міркування стосовно дискреційних повноважень органів, що здійснюють фінансову діяльність в Україні. *Теорія і практика правознавства*. 2015. Вип. 2 (8) С. 1-10.

99. Поляков І.І. Розсуд у праві: поняття, ознаки і види. *Актуальні проблеми політики* : зб. наук. пр. / редкол. : С. В. Ківалов (голов. ред.), Л. І. Кормич (заст. голов. ред.), Ю. П. Аленін [та ін.] ; МОН України, ОНЮА. Одеса : Фенікс, 2009. Вип. 38. С. 233-239.

100. Резанов С.А. Адміністративний розсуд: нормативна основа та її удосконалення. *Право і Безпека*. 2005. № 4. С. 96-99.

101. Желтобрюх І.Л. Розсуд в податковому правозастосуванні: дис. ... канд. юрид. наук; Державний вищий навчальний заклад «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана». Київ, 2016. 199 с.

102. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001, № 2341-III. //Офіційний вісник України, 2001, від 08.02.2001, №21, стор.1, стаття 920, код акта 18825/2001, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення 16.08.2020).

103. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016, № 1402-VIII // Офіційний вісник України, від 26.07.2016 — 2016 р., № 56, стор. 9, стаття 1935, код акта 82460/2016 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Textt> (дата звернення 16.08.2020).

104. Анишина В.И. Конституционные принципы как основа самостоятельности судебной власти : диссертация... д-ра юрид. наук : 12.00.01, 12.00.02 Москва, 2006, 431 с.

105. Потапенко В.І. Самостійність судової влади: дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук: 12.00.10 Харків, 2015. - 216 с.

106. Шаповал В. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії. *Право України*.1998. №5. С.25-29.

107. Конституційне право України. Підручник. За загальною редакцією В.І. Чушенка Київ, 2007. Видавничий Дім «Ін Юре» С.137.

108. Анісімов О.В. Верховенство права в сучасній Україні та його вплив на правосуддя. *Електронне наукове видання «Порівняльно-аналітичне право»* стаття. Випуск 1, 2020. С. 85-90.

109. Морозова Л.А. Теория государства и права. Учебник, 4-е издание // Морозова Л. А. Теория государства и права М.: Изд. Эксмо, 2009. С. 384.

110. М.В. Білак. Формування Конституційним Судом України правових стандартів людиноцентричної спрямованості. *Альманах права*. Людиноцентризм

у праві: теоретико-прикладні засади. Випуск 8. К. Інститут держави і права ім. В.М. Корецького Національної академії наук України. 2017. с.63-66.

111. Шевчук С. Узгодженість практики Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України / С. Шевчук. *Вісник Конституційного Суду України*. 2011. № 4–5. С.120-130.

112. Рішення Конституційного Суду України від 01.06.2016 у справі №2-рп/2016 за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України "Про психіатричну допомогу" (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) // *Вісник Конституційного Суду України* від 2016 р., №6, стор.60. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16#Text> (дата звернення 16.08.2020).

113. Рішення Конституційного Суду України від 11.10.2005 у справі №8-рп/2005 за конституційним поданням Верховного Суду України та 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого пункту 13 розділу XV "Прикінцеві положення" Закону України "Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування" та офіційного тлумачення положення частини третьої статті 11 Закону України "Про статус суддів" (справа про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання) // *Офіційний вісник України* від 02.11.2005 - 2005 р., №42, стор.95, стаття 2662, код акт 34074/2005. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-05#Text> (дата звернення 16.08.2020).

114. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X "Перехідні положення" Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22.09.2005, № 5-рп/2005 // *Офіційний вісник України*

від 14.10.2005 - 2005 р., №39, стор.95, стаття 2490, код акт 33923/2005. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05#Text> (дата звернення 16.08.2020).

115. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень абзацу першого пункту 40 розділу VI „Прикінцеві та перехідні положення“ Бюджетного кодексу України від 11.10.2018, №7-р/2018 //Вісник Конституційного Суду України від 2018 – 2018 р., №6, стор.6 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-18#Text> (дата звернення 16.08.2020).

116. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням товариства з обмеженою відповідальністю "Пріма-Сервіс" ЛТД щодо офіційного тлумачення положення пункту 7 частини третьої статті 129 Конституції України та за конституційним поданням 54 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень частини шостої статті 12, частини першої статті 41 Кодексу адміністративного судочинства України, частини другої статті 197 Цивільного процесуального кодексу України, а також частини восьмої статті 81-1 Господарського процесуального кодексу України (справа про фіксування судового процесу технічними засобами) від 08.12.2011, справа №1-19/2001 // Офіційний вісник України від 29.12.2011 - 2011 р., №99, стор.63, стаття 3638, код акта 59635/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v016p710-11#Text> (дата звернення 16.08.2020).

117. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини четвертої статті 18, статті 171-1, частини першої статті 180 Кодексу адміністративного судочинства України, 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини четвертої статті 18, частин

другої, третьої, п'ятої статті 171-1, частин другої, шостої статті 183-1 Кодексу адміністративного судочинства України та 54 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 89 Закону України „Про судоустрій і статус суддів“, частини четвертої статті 18, статті 171-1 Кодексу адміністративного судочинства України (справа про підсудність окремих категорій адміністративних справ) від 29.08.2012 року, №16-рп/2012 // Офіційний вісник України від 24.09.2012 - 2012 р., №70, стор.14, стаття 2840, код акта 63359/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v016p710-12#Text> (дата звернення 16.08.2020).

118. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням правління Пенсійного фонду України щодо офіційного тлумачення положень статті 1, частин першої, другої, третьої статті 95, частини другої статті 96, пунктів 2, 3, 6 статті 116, частини другої статті 124, частини першої статті 129 Конституції України, пункту 5 частини першої статті 4 Бюджетного кодексу України, пункту 2 частини першої статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України в системному зв'язку з окремими положеннями Конституції України від 25.01.2012 №3-рп/2012 // Офіційний вісник України від 17.02.2012 – 2012 р., №11, стор.135, стаття 422, код акта 60360/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-12#Text> (дата звернення 16.08.2020).

119. Лагода О.С. Адміністративний розсуд та межі його застосування. *Право України*. 2006. № 12. С.109-113.

120. Виконавча влада і адміністративне право /За заг. ред. В.Б. Авер'янова. К.: Видавничий Дім "Ін-Юре", 2002. 668 с.

121. Бааджи Н.А. Види меж адміністративного розсуду в діяльності органів публічної адміністрації. *Роль та місце правоохоронних органів у розбудові демократичної правової держави: матеріали VIII міжнар. наук.-практ. конф., м. Одеса, 25 березня 2016 р.* Одеса: ОДУВС, 2016. С. 169-171.

122. Косаняк В. Окремі аспекти спорідненості ознак методу правового регулювання в адміністративному і фінансовому праві щодо ступеня визначеності прав і обов'язків учасників правовідносин. *Актуальні проблеми держави і права*. [Текст]: зб. наук. праць. Вип. 19 / редкол. С. В. Ківалов (гол. ред.) та ін.. О.: Юридична література, С. 154-161.

123. Семеній О. Ознаки адміністративного розсуду в діяльності суб'єктів публічної адміністрації. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 6. С. 136-139.

124. Белкін Л.М. Дискреційні повноваження органів влади як чинник корупції. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. № 24. С. 91-100.

125. Шевчук С.В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. К.: Реферат. 2007. 627 с.

126. Щепалов С.В. Три уровня судебной дискреции в административном судопроизводстве. Российская Юстиция Издательская Группа "Юрист" (Москва) Номер: 3 Год: 2016. с. 31-35.

127. Закон України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» від 08.07.2010, № 2464-VI. //Офіційний вісник України, 2010, N 61 (20.08.2010), ст. 2108 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2464-17#Text> (дата звернення 16.08.2020).

128. Податковий кодекс України від 02.12.2010, №2755-VI (ред. з 01.01.2017). //Офіційний вісник України, 2010, N 92 (10.12.2010) (частина 1), ст. 3248 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text> (дата звернення 16.08.2020).

129. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Устименко проти України» від 29.10.2016, заява №32053/13 справа. // Офіційний вісник України від 14.06.2016 — 2016 р., № 44, стор. 102, стаття 1636 URL:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_b27#Text (дата звернення 16.08.2020).

130. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Устименко проти України» від 20.09.2012, заява №387/03 справа. // Офіційний вісник України від 04.10.2013 — 2013 р., № 74, стор. 173, стаття 2763 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_933#Text (дата звернення 16.08.2020).

131. Постанова Херсонського окружного адміністративного суду від 18.09.2012, у справі №2а-2651/12/2170 за позовом прокурора міста Херсона до Херсонської міської ради. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26124845> (дата звернення 16.08.2020).

132. Колодій А.М. Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання): автореф. Дисерт. ... док.юр. наук/А.М. Колодій.- К., 1999. 40 с.

133. Братасюк М.Г. Співвідношення принципів та норм права крізь призму форм раціональності / М.Г.Братасюк. *Порівняльно-аналітичне право* 2016. №1. URL: <http://www.pap.in.ua>

134. Загальна теорія держави і права, за ред. проф. М.В. Цвіка, Х.: Право . 2002. 427 с.

135. Крестовська Н.М., Матвеева Л.Г. Теорія держави і права: Елементарний курс. Видання друге. Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. 432 с.

136. Новітнє вчення про тлумачення правових актів. Навчальний посібник з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку. Автор. колектив Ротань В.Г., Самсін І.Л., Ярема А.Г., Кривенко В.В., Карабань В.Я., Сонін О.Є. Х.: «Право», 2013. 751 с.

137. Постанова Касаційного адміністративного суду в складі Верховного Суду у справі №826/14837/16 від 31.03.2020 за позовом особи до Правління Пенсійного фонду України про зобов'язання вчинити дії. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88534464> (дата звернення 16.08.2020).

138. Постанова Пленуму Верховного Суду України №6 від 24.04.2015 «Про відмову у зверненні до Конституційного Суду України з конституційним поданням щодо конституційності частини першої статті 92 Закону України від 5

листопада 1991 року № 1788-XII «Про пенсійне забезпечення» URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0006700-15#Text> (дата звернення 16.08.2020).

139. Козюбра М.І. Верховенство права і Україна. *Право України*. 2012. – №1-2. С.30-63.

140. Рішення Конституційного Суду України від 27.02.2018, №1-р/2018 у справі за конституційними поданнями 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців тринадцятого, чотирнадцятого пункту 32 розділу I Закону України „Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи“ та Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення абзацу першого підпункту 164.2.19 пункту 164.2 статті 164 Податкового кодексу України (справа про оподаткування пенсій і щомісячного довічного грошового утримання). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-18#Text> (дата звернення 16.08.2020).

141. Рішення в справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02.11.2004, №15-рп/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04#Text> (дата звернення 16.08.2020).

142. Закон України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів” від 03.10.2017, №2147-VIII//Відомості Верховної Ради України, 2017, N48 (01.12.2017), с.436. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19#Text> (дата звернення 16.08.2020).

143. Пояснювальна записка до проекту Закону України "Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного

процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів" від 23.03.2017, №6232. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415 (дата звернення 16.08.2020).

144. Закон України "Про очищення влади" від 16.09.2014, №1682-VII //Офіційний вісник України, 2014, N 82 (21.10.2014), ст. 2317. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1682-18#Text> (дата звернення 16.08.2020).

145. Рішення Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 27.05.2019, у справі №800/235/17 за позовом особи до Вищої ради правосуддя про визнання незаконним та скасування рішення URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82169824> (дата звернення 16.08.2020).

146. Мельник Г.П. «Судовий розсуд (дискреція) як явище правової системи». Наукові записки. Том 90. Юридичні науки с.44-46.

147. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Johansen v. Norway» від 07.08.1996, Case N.24/1995/530/616, URL: <https://www.globalhealthrights.org/health-topics/child-and-adolescent-health/johansen-v-norway/> (дата звернення 16.08.2020).

148. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Sidiropoulos and Other v. Greece» від 10.07.1998, Case N.57/1997/841/1047, URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58205%22%5D%7D> (дата звернення 16.08.2020).

149. Окрема думка судді Конституційного Суду України Іваценка В.І. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02.11.2004, №15-рп/2004 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04#Text> (дата звернення 16.08.2020).

150. Нерсисянц В.С. У российских судов нет правотворческих полномочий. *Судебная практика как источник права*. М.: Юристь, 2000. С. 107-112.

151. Хорошковська Д. Ю. Роль суддівського розсуду в судовій практиці / Д. Ю. Хорошковська. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2004. № 8 (34). С. 80–87.

152. Теорія держави і права. Академічний курс. Підручник. 2-е видання, перероблене і доповнене. Відповідальний редактор доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АпрН України Зайчук О.В. К.: Юрінком Інтер. 2008.- 685 с.

153. Ленгер Я.І. Реформування правової системи, як засіб підвищення її ефективності : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. / Я.І. Ленгер. К., 2007. 205 с.

154. Стецик Н.В. Судова правотворчість: загальнотеоретична характеристика / Н.В. Стецик. *Часопис Академії адвокатури України* 2010. № 8. С. 1–6.

155. Туманов В.А. К критике концепции «судейского права». *Советское государство и право*. 1980. № 3. С.111-118.

156. Cappeletti M. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989. P. 4.

157. Montesquieu C.–L., de. *The Spirit of Laws* / Carrithers D., ed. Berkeley: University of California Press, 1977. P. 209.

158. B.Dickson. *The Judiciary — Law Interpreters or Law Makers?* // *Manitoba L. J.* 1982 № 1. P. 5, 12.

159. Шаповал В. Перспективи розвитку науки конституційного права в Україні. *Право України*. 1996. № 9. С. 49-52.

160. Общая теория государства и права. Академический курс в 2–х томах / Под. ред. проф. М.Н. Марченко. Том 2. Теория права. М.: Издательство «Зерцало», 1998. 816 с.

161. *Sussman*. The Courts and the Legislative Branch // *Mishpatim*. 1971.№3. P. 213.

162. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадян Проценко Раїси Миколаївни, Ярошенко Поліни Петрівни та інших громадян щодо офіційного тлумачення статей 55, 64, 124 Конституції України (справа за зверненнями жителів міста Жовті Води) від 25.12.1997, №9-зп // Офіційний вісник України від 22.01.1998 — 1998 р., № 1, стор. 169, стаття 25, код акта 4621/1998 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-97#Text> (дата звернення 16.08.2020).

163. Електронне видання «Цитаты известных личностей» URL: <https://ru.citaty.net/tsitaty/629058-mikhail-evgrafovich-saltykov-shchedrin-strogost-rossiiskikh-zakonov-smiagchaetsia-neobiazatel/> (дата звернення 16.08.2020).

164. Raddiffe C. *Not in Feather Beds*. 1968. 277 pages.

165. Опитування, проведене соціологічною службою Центру Разумкова спільно з Фондом «Демократичні ініціативи» ім. Ілька Кучеріва на замовлення Центру політико-правових реформ щодо довіри до суду, URL: <http://185.65.244.102/ua/news/20873806-sudova-reforma-ochima-gromadyan-schomogee-pozitivno-vplinuti-na-doviru-do-sudu> (дата звернення 16.08.2020).

166. Ухвала Чернівецького окружного адміністративного суду від 21.11.2014, справа №824/3165/14-а за позовом особи до Міністерства внутрішніх справ України про визнання протиправним та скасування наказу про звільнення з посади начальника управління по боротьбі з організованою злочинністю управління Міністерства внутрішніх справ України в Івано-Франківській області та поновлення на зазначеній посаді URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41512094> (дата звернення 01.05.2020).

167. Ухвала Першої колегії суддів Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховного Суду України про визнанням такими, що не відповідають Конституції України, положення пункту 6 частини першої, пунктів 2, 13 частини другої, частини третьої статті 3 Закону України „Про очищення влади“ від 12.02.2015. URL:

<http://www.ccu.gov.ua/novyna/konstytuciynyy-sud-ukrayiny-zavershyv-usne-sluhannya-spravy-shchodo-konstytuciynosti-okremykh> (дата звернення 16.08.2020).

168. I.Tammelo. On the Logical Openness of Legal Order // Am. J. Comp-Law. 1959. № 8. P. 187.

169. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 15.05.2018, справа №749/16206/14-ц щодо розгляду клопотання компанії «NIBULON SA» про надання дозволу на примусове виконання рішення апеляційної колегії Арбітражного суду Міжнародної асоціації торгівлі зерном та кормами (GAFTA) від 23.05.2014 за касаційною скаргою Публічного акціонерного товариства «Компанія «Райз» на ухвалу Святошинського районного суду м. Києва від 30.01.2015 й ухвалу Апеляційного суду м. Києва від 06.12.2017. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74630452> (дата звернення 16.08.2020).

170. Рішення Чернівецького окружного адміністративного суду від 13.05.2020, справа №824/320/20-а за позовом ОСОБА_1 до Департаменту праці та соціального захисту населення Чернівецької міської ради про визнання протиправними дій та зобов'язання вчинити дії. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89187015> (дата звернення 16.08.2020).

171. Закон України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми» від 21.11.1992, №2811-ХІІ. //Відомості Верховної Ради – 1993, №5 стаття 21, від 02.02.1993, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2811-12#Text> (дата звернення 16.08.2020).

172. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку призначення і виплати державної допомоги сім'ям з дітьми», від 27.12.2001, №1751// Офіційний вісник України офіційне видання від 11.01.2002 — 2001 р., № 52, стор. 94, стаття 2365, код акта 20990/2001, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1751-2001-%D0%BF#Text> (дата звернення 16.08.2020).

173. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 24.04.2019, справа №462/431/17 за позовом ОСОБА_2 до Залізничного відділу соціального захисту управління соціального

захисту департаменту гуманітарної політики Львівської міської ради про зобов'язання до вчинення дій. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81431666> (дата звернення 16.08.2020).

174. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 20.11.2018, справа №226/317/17 за позовом ОСОБА_2 до управління соціального захисту населення Мирноградської міської ради про визнання дій протиправними, зобов'язання призначення та виплати допомоги при народженні дитини. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78002141> (дата звернення 16.08.2020).

175. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 02.10.2018, справа №495/3711/17 за позовом ОСОБА_2 до управління праці та соціального захисту населення Управління соціального захисту населення Білгород-Дністровської міської ради про визнання протиправним рішення про відмову у призначенні допомоги при народженні дитини, про зобов'язання призначити та виплатити допомогу при народженні дитини. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76884600> (дата звернення 16.08.2020).

176. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 14.02.2018, справа №591/610/16-а за позовом ОСОБА_2 до Управління соціального захисту населення Сумської міської ради про визнання рішення незаконним та зобов'язання вчинити певні дії. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72289105> (дата звернення 16.08.2020).

177. Конституція України: науково–практичний коментар/В.Б. Авер'янов, О.В. Батанов, Ю.В. Баулін та ін.; Ред. кол. В.Я. Тацій, Ю.П. Битяк, Ю.М. Грошевой та ін. — Харків: Видавництво «Право»; К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — С. 35.

178. Ахматов А.С. Логические формы и их выражение // В сб.: Мышление и язык. - М., 1971. – 350 с.

179. Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803). URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137> (дата звернення 16.08.2020).

180. Алімбеков М.Т. Судебное правотворчество и применение гражданско-правовых норм в механизме правореализации: диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук: 12.00.03, 12.00.11 Алматы, 2010. - 314 с.

181. Рішення Дніпропетровський районний суд Дніпропетровської області від 30.11.2015, справа 175/4640/15-ц за позовом ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про повернення безпідставно набутих грошових коштів (авансу) та визнання права власності на нежитлове приміщення. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/55542800> (дата звернення 16.08.2020).

182. Постанова Попаснянського районного суду Луганської області від 05.04.2017, справа №423/369/17 про притягнення до адміністративної відповідальності ОСОБА_1 за статтею 164 ч. 1 Кодексу України про адміністративні правопорушення URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65910303> (дата звернення 16.08.2020).

183. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984, №8073-Х. //Відомості Верховної Ради УРСР від 18.12.1984 — 1984 р., № 51, стаття 1122 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text> (дата звернення 16.08.2020).

184. Анісімов О.В. Верховенство право в сучасній Україні та його вплив на правосуддя. *Електронне наукове видання «Порівняльно-аналітичне право»* Випуск 1, 2020. Ужгородський національний університет. Ужгород С. 85-90. URL: <http://pap-journal.in.ua/wp-content/uploads/2020/08/1-1.pdf> (дата звернення 16.08.2020).

185. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Шаповалова Олексія Леонідовича щодо офіційного тлумачення положень пункту 20 частини першої статті 106, частини першої статті 111-13 Господарського процесуального кодексу України у взаємозв'язку з положеннями пунктів 2, 8 частини третьої статті 129 Конституції України від 25.04.2012 року, справа 1-12/2012// Вісник Конституційного Суду України від

2012, №3, стор.53. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-12#Text> (дата звернення 16.08.2020).

186. Рішення Кіровоградського окружного адміністративного суду від 21.05.2020, справа 340/1279/20 за позовом ОСОБА_1 до Управління соціального захисту населення Новомиргородської районної державної адміністрації Кіровоградської області про визнання протиправною бездіяльності та зобов'язання вчинити певні дії. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89349910> (дата звернення 16.08.2020).

187. Окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду Антонюк Н.О., Гудими Д.А., Кібенко О.Р., Князева В.С. у справі №800/235/17 за позовом ОСОБА_3 до Вищої ради правосуддя, третя особа, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору, на стороні відповідача - Мін'юст, про визнання незаконним та скасування рішення від 23 травня 2017 року № 1232/0/15-17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73565808> (дата звернення 16.08.2020).

188. Кросс Р. Прецедент в английском праве / Руперт Кросс; Под общей редакцией доктора юридических наук, профессора Ф.М. Решетникова. – М.: Юридическая литература, 1985. – 238 с.

189. Гук П.А. Судебный прецедент как источник права: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук: 12.00.01/ СГАП.- Саратов, 2002. – 205 с.

190. Закон України «Про державну службу» від 10.12.2015, №889-VIII //Відомості Верховної Ради України від 22.01.2016 — 2016 р., №4, стор.60, стаття 43 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19#Text> (дата звернення 16.08.2020).

191. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 13.02.2019, справа №130/1001/17 по обвинуваченню ОСОБА_1 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого частиною 2 статті 186 Кримінального кодексу України. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79957847> (дата звернення 16.08.2020).

192. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 30.01.2019, справа №755/10947/17 за позовом ОСОБА_3 до Приватного нотаріуса, третя особа, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору -ПАТ «ПУМБ», про визнання незаконними дій, скасування рішення. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79834955> (дата звернення 16.08.2020).

193. Верещагин А.Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты / А. Н. Верещагин. М.: Междунар. отношения, 2004. 344 с.

194. Чередниченко С.П. Судебное правотворчество: сравнительно-правовое исследование диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук.: 12.00.01 / Чередниченко Сергей Петрович. М., 2005. 203 с.

195. Карташов В.Н., Барина Ю.С. Правотворческая деятельность, правотворческая практика и правотворческая технология: некоторые проблемы соотношения / В.Н. Карташов, Ю.С. Барина // Правотворчество в Российской Федерации: проблемы теории и практики: Сборник научных статей: Материалы научно-практической конференции, состоявшейся 13-16 апреля 2009 г. в Российской академии правосудия / Отв. ред. В.М. Сырых, М.А. За-нина. М.: Российская академия правосудия. 2010. 576 с.

196. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 12 розділу I Закону України "Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України" від 28 грудня 2014 року № 76-VIII від 22.05.2018, №5-р/2018.// Вісник Конституційного Суду України від 2018 2018., №4, стор.12. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-18#Text> (дата звернення 16.08.2020).

197. Рішення Європейського суду з прав людини від 20.07.2006 у справі «Сокурєнко та Стригун проти України» (заяви №29458/04 та №29465/04)// Офіційний вісник України офіційне видання від 19.01.2007 — 2007 р., № 1, стор. 301, стаття 59. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_115#Text (дата звернення 16.08.2020).

198. Рішення Європейського суду з прав людини від 01.12.2011 у справі «ТОВ «Базальт-Імпекс» проти України» (заява №39051/07) URL: <https://court.gov.ua/sud2590/2536/233223/4145> (дата звернення 16.08.2020).

199. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04.12.2019, справа №520/3939/19 за позовом особи до Головного управління ДФС у Харківській області про визнання протиправною та скасування вимоги про сплату боргу. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86401183> (дата звернення 16.08.2020).

200. Пояснювальна записка до проекту Закону України "Про внесення змін до Закону України "Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування" (щодо усунення дискримінації за колом платників)" від 20.09.2019, N2166 URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/II00520I?an=3> (дата звернення 16.08.2020).

201. Старченко А. Философия права и принципы правосудия в США. М.: Высшая школа, 1969. 120 с.

202. Анісімов О.В. Вплив судової правотворчості на баланс влади в Україні// Міжнародна науково-практична конференція «Закарпатські правові читання» (м. Ужгород, 11-13 квітня 2019 р; тези опубліковано), С.200-208.

203. Дворкін Р. Верховенство права. Філософія права і загальна теорія права /№1/2013.К., 2013. С. 15-23.

204. Эбзеєв Б.С. Конституция. Правовое государство. Конституционный суд/ Б.С. Эбзеєв. М.: Закон и право, 1996.349 с.

205. Kelsen H. La garantie juridictionnelle de la Constitution: la justice constitutionnelle // Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger. 1928. № 45. P. 221–241.

206. Закон України «Про Конституційний Суд України» від 13.07.2017, №2136-VIII // Відомості Верховної Ради України від 01.09.2017 — 2017 р., №35, стор.6, стаття 376. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text> (дата звернення 16.08.2020).

207. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006, №3477-IV// Відомості Верховної Ради України офіційне видання від 28.07.2006 — 2006 р., № 30, стор. 1114, стаття 260. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text> (дата звернення 16.08.2020).

208. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12.02.2019, справа №9901/643/18 (П/9901/643/18) за позовом ОСОБА_3 до Президента України про визнання протиправним та нечинним Указу від 27 лютого 2018 року № 45/2018 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80396329> (дата звернення 16.08.2020).

209. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України від 26.02.2019, №1-р/2019.// Вісник Конституційного Суду України від 2019 – 2019., №2, стор.14. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#Text> (дата звернення 16.08.2020).

210. Шаповал В. Теоретичні проблеми реалізації норм Конституції / В. Шаповал. *Право України*. 1997. № 6. С. 4 – 8.

211. Тихий В.П. Правова природа Конституційного Суду України та проблеми його повноважень / В.П. Тихий. *Правова держава: Щорічник наукових праць*. 2010. Вип. 21. С. 151-157.

212. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої, абзаців першого, другого, четвертого, шостого частини п'ятої статті 141 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" та положень пункту 5 розділу III "Прикінцеві положення" Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення" (справа про щомісячне довічне грошове утримання суддів у відставці) від 08.06.2016, №4-рп/2016 // Вісник Конституційного Суду України від 2016 2016., №6, стор.97. URL:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-16#Text> (дата звернення 16.08.2020).

213. Бринцев В. Політико–правовий аналіз ролі Конституційного Суду України у законодавчому процесі. *Вісник Конституційного Суду України*. 2007. № 1. С. 30.

214. Анісімов О.В. Судова правотворчість як необхідний елемент самостійності судової влади в Україні. *Национальный юридический журнал: теория и практика* (Молдова, м. Кишинів) лютий 2018 стаття (англомовна стаття). 2018. С.29-34.