

С.В. СЕРЬОГІН

**Верховенство права в Україні:
проблеми розуміння та застосування**

Монографія

Дніпропетровськ

«Середняк Т.К.»

2014

УДК 340.021(477)
ББК 67.9(4Укр)0
С32

С32 С.В. СЕРЬОГІН

Верховенство права в Україні: проблеми розуміння та застосування.
Монографія. – Дніпропетровськ: Середняк Т.К., 2014. – 124 с.
Електронне видання.

ISBN 978-617-7029-97-6

У монографії наведено аналіз проблем, що виникають при розумінні та застосуванні принципу верховенства права в Україні, внаслідок наявності істотних відмінностей між значеннями слів “право” та “закон” у вітчизняній юриспруденції та їхніми загальноживаними історичними значеннями, а також значеннями їхніх англійських еквівалентів. Запропоновано запровадження нових термінів “правотвір” і “праводавство”, які дозволять заповнити існуючі прогалини щодо відповідних англійських аналогів і, як наслідок, зробити більш зрозумілими поняття, запозичені з англо-американської правової системи, насамперед принцип верховенства права. Надано авторський переклад лекції лорда Бінгема “Верховенство права” (2006 рік), в якій наведено визначення цього принципу в розумінні британської судової системи, яке Венеціанською комісією визнано таким, що на даний час найкраще охоплює його головні елементи.

ISBN 978-617-7029-97-6

© С.В.Серьогін, 2014

© Видавництво “Середняк Т.К.”, 2014

ЗМІСТ

Передмова	4
1. Поняття “право” і “закон” в українській мові та правовій системі України	6
2. Поняття “право” й “закон” в англійській мові та правовій системі загального права	25
3. Закон та право в контексті принципу верховенства права. Концепція верховенства права А.В. Дайсі	44
4. Вітчизняні підходи до розуміння сутності і змісту принципу верховенства права	54
5. Сучасні європейські підходи до розуміння сутності і змісту принципу верховенства права	67
6. Концепція верховенства права Т. Бінгема	78
7. Висновки та пропозиції	106
Список використаної літератури	118

ПЕРЕДМОВА

Слова “право” та “закон” в українській мові є одними з найбільш широкоживаних не лише серед юристів, але й в цілому у суспільстві.

Особлива увага була привернута до цих слів після унормування у 1996 році в Конституції України принципу “rule of law”, який в Україні отримав назву “верховенство права”.

При цьому помітною тенденцією у вітчизняному науковому середовищі щодо розуміння сутності даного принципу є пошук належного визначення складових слів цього терміна як “право”, так і “верховенство”.

Проте при вивченні такого надважливого правового феномена, яким є принцип верховенства права, видається очевидною необхідність урахування тієї обставини, що цей принцип уперше дістав доктринальне тлумачення в роботах англійських учених правової системи загального права і лише в подальшому був запозичений державами континентальної Європи та закріплений і розвинений у міжнародних договорах та документах провідних європейських організацій.

Актуальність дослідження обумовлюється недостатнім опрацюванням та, як наслідок, неналежним осмисленням англійських еквівалентів тих термінів, які в українській мові передаються словами “право” та “закон”.

При спробах розкриття сутності і змісту принципу верховенства права поза увагою залишається наявність істотних відмінностей між англійською та українською правничими мовами, яка полягає, зокрема, у відсутності в сучасній українській правничій мові належних еквівалентів для слова “law”, що присутне у назві принципу “rule of law”, в результаті чого при перекладі юридичних текстів слово “law” перекладають або словом “закон”, або словом “право”, які не в повній мірі йому відповідають.

Вказані обставини мають наслідком перекошування змісту юридичних текстів та викривлення сутності понять, що в таких текстах застосовуються.

Зважаючи на вказане, в цій роботі зроблено спробу визначити співвідношення українських понять “право” та “закон” з відповідними

англомовними еквівалентами та з'ясувати їх значення в контексті принципу верховенства права.

Для подолання термінологічної асиметрії запропоновано запровадження у вітчизняну юриспруденцію нових понять, що є в англійській правовій доктрині і яких немає в українській правовій доктрині, до яких належать значення слова “law” як загальної системи всіх джерел норм права (“праводавство”) та як загального синоніма для всіх джерел правових норм (“правотвір”).

Запровадження нових термінів дозволить усунути істотну термінологічну прогалину в вітчизняній правовій доктрині, а також дозволить зробити більш зрозумілими явища, запозичені з правової системи загального права, насамперед принцип верховенства права.

У монографії окреслено тенденції, що мають місце у вітчизняних підходах до розуміння принципу верховенства права в порівнянні з підходами до розуміння цього принципу в інших державах.

Ім'я лорда Т. Бінгема майже невідоме в Україні, а його наукові праці, зокрема ті, що стосуються принципу верховенства права, не були перекладені українською мовою та не обговорювались у вітчизняному науковому середовищі.

Проте лорд Т. Бінгем вважається на Заході одним з найвидатніших юристів та найвизначнішим суддею сучасної епохи. Його лекції та друковані роботи вважаються такими, що містять дуже плідні ідеї.

Лекція Т. Бінгема “Верховенство права” (2006 рік), авторський переклад якої наведено у цій роботі, являє особливу цінність, оскільки, зважаючи на те, що на той час Т. Бінгем обіймав посаду Старшого Судового Лорду Палати лордів Великої Британії, еквівалентом якої з жовтня 2009 року стала посада Голови Верховного Суду цієї країни, то надане в лекції визначення верховенства права та його складових є фактично розумінням цього принципу британською судовою системою, яка сприймає його як “існуючий конституційний принцип”, обов'язковий до застосування судом, а не як абстрактну концепцію, вимоги якої, як вважають деякі вітчизняні науковці, не містять конкретних норм, які могли б бути застосовані судом для вирішення справи.

1. ПОНЯТТЯ “ПРАВО” І “ЗАКОН” В УКРАЇНСЬКІЙ МОВІ ТА ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ

Слова “право” й “закон” в українській мові є одними з найбільш широкоживаних не лише серед юристів, але й в цілому у суспільстві. Обидва слова є полісемантичними (багатозначними).

При цьому порівняння значень, що мають ці слова в українській правничій мові, та значень, в яких вони застосовуються в повсякденному житті, виявляє, що існує істотна асиметрія між їх загальноживаними, так би мовити, неформальними значеннями та їх значеннями в юридичному сенсі.

Так, у Великому тлумачному словнику сучасної української мови зібрано такі загальноживані значення слова “право”:

1) тільки одн. **Законодавство**; здійснювана державою форма законодавства, залежна від соціального устрою країни.

2) **Система встановлених або санкціонованих державою загальнообов'язкових правил (норм) поведінки**, що виражають волю панівного класу або всього народу. || **Інтереси певної особи, суспільної групи і т. ін., які спираються на закон, релігійні постулати, давні звичаї і т. ін.** || Обумовлений постановою держави, установи і т. ін. захист інтересів і можливостей особи щодо участі в чому-небудь, одержання чогось і т. ін. || **Сукупність міжнародних угод, договорів**, що регулюють взаємовідносини держав у певних питаннях. Міжнародне право. Морське право. Банківське право. Вексельне право. Земельне право. Корпоративне право. Майнові права.

3) чого, на що або з інфін. **Обумовлена певними обставинами підстава, здатність, можливість робити, чинити що-небудь, користуватися чим-небудь.** || на кого – що, над ким – чим і без додатка. Мати у своїй владі. || Перевага, привілей, надані кому-, чому-небудь. || **Офіційний дозвіл, допуск** до виконання якихось обов'язків, до зайняття певної посади, вступу до вищого навчального закладу і т. ін. Права людини. Право вето. Право голосу.

4) **Наука, що вивчає юриспруденцію; правознавство; суд** [1].

У вітчизняній юриспруденції слово “право” також є багатозначним, проте спектр його значень є дещо вужчим.

Юридична енциклопедія під загальною редакцією Ю. Шемшученка, яка на цей час є найбільш авторитетним енциклопедичним юридичним виданням в Україні, наводить такі визначення права:

“Право – система соціальних загальнообов'язкових норм, дотримання і виконання яких забезпечуються державою.

Держава відіграє особливу конститутивну роль щодо права, бо тільки вона здатна забезпечити загальнообов'язковість соціальних норм у масштабах усього суспільства. Саме в цьому полягає головна відмінність права від норм моралі та інших неправових норм, які не забезпечуються методами державного примусу.

Специфічною формою виявлення права є законодавство. Але законодавство не збігається з правом як за обсягом регульованих ним суспільних відносин, так і за внутрішньою структурою.

На відміну від права, яке є сукупністю правових норм, законодавство - це сукупність законодавчих актів. Право співвідноситься із законодавством як зміст і форма.

Право - складна соціальна система. Її складовими є галузі права, правові інститути тощо. Галузі права поділяються на традиційні (цивільне право, кримінальне право, адміністративне право) та комплексні (господарське право, екологічне право).

Особливе місце належить міжнародному праву, джерелами якого є не внутрішнє законодавство, а міжнародні договори та угоди, якими регулюються відносини між державами.

На відміну від об'єктивного розуміння права як системи загальнообов'язкових норм, термін “право” застосовується і в значенні суб'єктивних прав особи, закріплених у конституціях та інших актах національного законодавства і міжнародно-правових актах (право людини на життя, право на працю, право на відпочинок, право на освіту тощо)” [2].

Наведена дефініція права відображає два його основні прояви, які у вітчизняній юридичній науці дістали назву об'єктивного та суб'єктивного права і визначаються наступним чином:

- об'єктивне юридичне право - система діючих у державі правових норм і принципів. Вони встановлені (або визнані) державою як регулятор суспільних відносин, забезпечені нею. Термін “об'єктивне” означає, що вони одержали об'єктивацію в офіційних державних актах і тому є незалежними від індивідуального інтересу (волі) та свідомості суб'єкта права;

- суб'єктивне юридичне право - правові норми і принципи як певні юридично визнані можливості (свободи) суб'єкта права задовольняти власний інтерес. Термін “суб'єктивне” означає, що наданими можливостями (правами і свободами) суб'єкт на свій розсуд може скористатися або не скористатися.

Поки норма права є загальною і поширюється на всі випадки конкретної сфери життя та діяльності людини вона є об'єктивною. Коли норма права стосується певної ситуації і здійснюється в конкретній поведінці суб'єкта вона є суб'єктивною [3].

Слід зазначити, що в юридичній науці щодо визначення змісту поняття “право” та сутності права існують різні підходи праворозуміння.

Професор М. Козюбра підкреслює, що “право є явищем багаторівневим і багатовимірним. Право існує на рівні відповідних ідеалів, принципів, причому загальнолюдських та загальноцивілізаційних, у тому числі на рівні ідей справедливості, гуманізму, свободи, рівності.

Другий рівень - це рівень конкретних моделей юридичних норм з їхніми суб'єктивними правами і юридичними. Це те, що ми називаємо законодавством у широкому розумінні цього слова.

І третій рівень – це рівень права реального життя, рівень правовідносин.

Тому право можна визначати через принципи, норми, можна визначати і через певний порядок суспільних відносин, який захищається державою, через систему правовідносин. Так що дійсно, з одного боку, право не можна зводити

лише до системи норм, але з іншого не варто розпорошувати його, вважаючи, що право і справедливість це одне і те саме”.

Вчений зауважує, що він “насамперед розглядає право як регулятор нормативний. Це не значить, що воно зводиться до системи норм, нормативність мають і принципи та ідеали, тим більше якщо вони зафіксовані у міжнародно-правових документах” [4].

Досліджуючи поняття, типи та рівні праворозуміння, М. Козюбра зазначає, що “багатоманітність підходів до праворозуміння зумовлює множинність і критеріїв його типології.

Проте чи не найпоширенішим із цих критеріїв залишається “ідеологічний”, тобто вихідні концептуальні ідеї, які визначають зміст праворозуміння.

Відповідно до нього виокремлюються природно-правовий (юснатуралістичний), юридико-позитивістський (нормативістський) і соціологічний типи праворозуміння.

Природно-правовий тип праворозуміння акцентує на праві як духовному феномені, на ідеалах справедливості, індивідуальної свободи, рівності, суспільної злагоди та інших цінностях, без яких право просто немислиме.

Юридико-позитивістський тип праворозуміння ...зосереджує увагу на нормативно-інституціональних аспектах права, без яких такі його вимоги, як визначеність, передбачуваність, упорядкованість, стабільність тощо - недосяжні.

Прихильники соціологічного типу праворозуміння переносять акцент з абстрактних ідеалів і нормативно-правових текстів у площину конкретного, динамічного функціонування права, його дії в реальному житті, насамперед у правовідносинах та юридичних рішеннях, без чого ідеали та юридичні тексти перетворюються на декларації й перестають бути правом” [5].

Відповідаючи на питання про можливість поєднання основних типів праворозуміння і формування на їх основі єдиного інтегративного (багатоаспектного) розуміння права, вчений указує, що “із світоглядно-ціннісних методологічних позицій, на яких ґрунтуються природно-правовий, юридико-позитивістський і соціологічний типи праворозуміння, це зробити неможливо.

Ці позиції настільки різні, навіть антагоністичні, що будь-які спроби здолати розбіжності між ними приречені. Проте, якщо абстрагуватись від світоглядних установок, на яких базуються відповідні концепції, й зосередитись на формах буття права, на яких фокусується увага цих концепцій, то його розуміння як феномену, що існує в різних проявах, формах та іпостасях, безперечно, збагатиться. І в цьому відношенні синтез здобутків зазначених концепцій не тільки можливий, а й необхідний” [5].

На думку Н. Пархоменко, особливістю сучасних концепцій права є запозичення із природно-правової концепції пошуку відмінностей між правом і законом, критеріїв правового закону; із соціологічного – розгляд суспільства як джерела, критерію та мети, реалізації права; із позитивістської концепції – визнання державно-владного характеру норм. Іншими словами на сучасному етапі не існує концепцій, які б у “чистому” вигляді походили або засновувались на природному або соціологічному праворозумінні, прослідковується тенденція до інтеграції класичних концепцій в одну (всеохоплюючу).

Право, вважає автор, має розглядатись як складне цілісне явище, що має об’єктивно-суб’єктивну природу. Множинність підходів у праворозумінні відбиває множинність наукових поглядів дослідників його окремих властивостей. Відповідно єдиного поняття права немає і не може бути [6].

Водночас Ю. Шемшученко зазначає, що “у вітчизняному праворозумінні спостерігається тенденція відходу від класичних визначень права, наповнення його непритаманним йому змістом, розмивання поняття права в системі інших регуляторів суспільної поведінки. Право є категорією, так би мовити, віртуальною, тобто сукупністю “плаваючих” регулятивних норм, зафіксованих у різних законах та інших нормативно-правових актах.

Щодо природного права, то для сучасного праворозуміння становить інтерес не природне право як таке, а лише його морально-гуманістичний аспект. Саме природне право, яким би гуманістичним воно не було, не може замінити позитивного права як загальнообов’язкового засобу регулювання суспільних відносин” [7].

Незважаючи на множинність підходів у праворозумінні, визначення об'єктивного права, як системи соціальних загальнообов'язкових норм, дотримання і виконання яких забезпечуються державою, на цей час продовжує домінувати у вітчизняній правовій доктрині, і саме така його дефініція наводиться у більшості вітчизняних підручників з теорії держави і права.

У цьому зв'язку, на нашу думку, важливим є те, що такий підхід до визначення об'єктивного права піддавався жорсткій критиці з боку видатних учених-правників ще на початку ХХ століття.

Так, професор Московського і Оксфордського університетів П. Виноградов¹, критикуючи визначення права як сукупності правил поведінки, встановлених та примусово здійснюваних суверенною владою, зазначав:

“Ця теорія підходить до права з чисто формального його боку. Вона не допускає жодного дослідження юридичних норм з боку їх внутрішнього змісту і зовсім не розглядає характеру тієї політичної влади, яка є верховним авторитетом у державі. Право для неї – це посудина, яку можна наповнити будь-якою рідиною. Жорстока, несправедлива норма є настільки ж правомірною, як і найбільш справедливий закон”.

Слабкість позитивістської доктрини П. Виноградов вбачав у тому, що вона є незастосовною до таких явищ, як міжнародне право, канонічне право та інших, безпосередньо не пов'язаних з державною владою.

Учений підкреслював, що **“істина полягає в тому, що основою права слугує не односторонній наказ, а угода.** Досліджуючи ланцюг санкцій кільце за кільцем, ми неминуче маємо прийти до тієї точки, де залишається тільки довільна влада. Адже парламент, вочевидь, не підлягає каральній діяльності судів; так само і король у будь-якій монархічній державі не є відповідальним перед законом, “не може вчиняти зла”. (The King can do no wrong.)

¹ Павло Гаврилович Виноградов (англ. Paul Vinogradoff; 1854 - 1925) — видатний російський історик-медієвіст та правознавець. Професор кафедри загальної історії Московського університету. Член-кореспондент Імператорської академії наук. 3 грудня 1903 року – професор порівняльного правознавства Оксфордського університету. На початку 1917 року був нагороджений званням лицаря Англії (в подальшому баронет і сер).

Отже, якщо сутністю закону є примус, то закон є обов'язковим тільки для підданих та підлеглих, найвищі ж особи держави стоять над законом та поза ним.

Ці заперечення змушують нас визнати, що **норми права доводиться розглядати не тільки з точки зору судового примусу; в кінцевому підсумку їх сила залежить від їхнього визнання.**

Інше утруднення виникає з особливого положення, що займає міжнародне право. Існує ряд норм, що визнаються найбільш могутніми та цивілізованими державами світу і такими, що призводять до незліченних практичних наслідків, проте елемент прямого примусу в них відсутній.

При спонуканні до виконання цивільних обов'язків право безсиле дати санкцію настільки повну, щоб вона була гарантією проти заподіяння збитків та втрат: закон може лише втрутитись на користь сторони, що наполягає на своїх правах, але питання про те, чи може це домагання фактично бути задоволене чи ні, вирішується в масі випадків такими обставинами, які вислизають із сфери дії закону.

Розглянувши елемент прямого спонукання в праві, ми, вочевидь, повинні дійти висновку, що хоч зазвичай цей елемент і є в наявності, він не є абсолютно необхідною ознакою юридичної норми.

Ми можемо дивитись на нього як на найбільш зручний засіб спонукання до виконання закону, але ми не можемо вбачати в ньому сутності юридичних відносин.

Вочевидь його доводиться доповнювати спонуканнями, заснованими на особистому визнанні та на суспільній думці.

Тому неможливо поміщати право в рамки такого суто формального визначення, яке розглядає його як ряд повелінь, незалежно від внутрішнього змісту цих останніх.

Закон має на меті здійснення права та справедливості. Якщо ми упустимо з нашого визначення цю внутрішню ознаку, для нас виявиться вельми трудно провести різницю між законом та будь-яким свавільним наказом, що стосується поведінки людей.

У кожній системі права повинна існувати певна рівновага між справедливістю та силою. **А з цього витікає, що визначення права не може бути засновано виключно на понятті державного примусу.**

Загалом ми повинні пам'ятати, що рано чи пізно ми неодмінно прийдемо до такої точки, де закону підкоряються не в силу матеріального примусу, а з інших підстав, в силу свідомого визнання або в силу інстинктивного підкорення чи звички, або відсутності організованого спротиву.

Якщо б це було не так, то держава та юридичні системи не могли б існувати. Кількість людей, які можуть звертатися до наказу або спонукання, є, зазвичай, нескінченно малою порівняно з кількістю тих, якими доводиться керувати і яких доводиться іноді спонукати.

Закон є всесильним тільки доти, поки злочинці знаходяться в меншості, і нація в більшості своїй залишається лояльною.

А це означає, що вирішальним моментом в існуванні закону є не стільки матеріальна можливість примусу, скільки психологічна звичка визнавати обов'язковість норм, встановлених суспільною владою, та підкорятися їм”.

Остаточний висновок П. Виноградова щодо сутності права полягає в тому, що “метою права є регулювання розподілу та здійснення людської могутності над особами та речами в процесі соціального спілкування”.

Відповідно до такого розуміння мети права вчений зазначав:

“Закони – це норми. Юридичні норми містять у собі вказівку щодо правильної або неправильної поведінки, сформульовану згідно з волею суспільства. Якщо це так, то право є таким, що легко відрізняється від моралі.

Мета права – підкорення індивіда волі організованого суспільства, в той час як мораль прагне підкорити індивідуума велінням його власної совісті.

Тому закон можна визначити як ряд правил стосовно розподілу та здійснення могутності над особами та речами, - правил, що встановлені та виконання яких спонукається суспільством”.

На думку П. Виноградова, “запропоноване визначення права підходить усім стадіям історичного розвитку.

Воно охоплює як муніципальні постанови, звичаї, постанови автономних організацій, так і common law й розроблене парламентське законодавство.

В ньому знаходить собі місце зобов'язуюча сила конституційного та міжнародного права.

Воно приймає в розрахунок кримінальне та цивільне право, покарання й санкцію нікчемності.

Головна його перевага в тому, що воно надає більшого значення меті права, ніж засобам, за допомогою яких спонукається його здійснення” [8].

Переконливі, на нашу думку, аргументи на користь підходу до визначення об'єктивного права як системи (сукупності) норм, які визнані та підтримуються суспільством, наводять події новітньої історії України, зокрема, коли так звані “диктаторські” закони від 16 січня 2014 року, що ними були введені обмеження прав і свобод громадян, введена відповідальність за наклеп і жорстко регламентувалась діяльність засобів масової інформації, не були визнані суспільством, спровокували численні протестні заходи, що привело до їх скасування.

Отже, у вітчизняній юриспруденції поняття “право” використовується для позначення системи соціальних загальнообов'язкових норм, дотримання і виконання яких забезпечуються державою, а також для позначення складного явища, яке пов'язується, зокрема, з ідеалами справедливості, свободи, рівності та іншими духовними цінностями.

При цьому в українській мові, на відміну, наприклад, від англійської, немає окремого слова для позначення можливостей особи як міри її можливої поведінки (right), і для цього також використовується слово “право”, а відповідне поняття дістало назву “суб'єктивне право”.

Водночас у загальноживаному значенні слово “право” має додаткове значення законодавства та застосовується для позначення інтересів певної особи, суспільної групи тощо, які спираються не лише на закон, а також на релігійні постулати, давні звичаї тощо.

Слово “закон” в українській мові як і слово “право” також багатозначне. Великий тлумачний словник сучасної української мови вказує на наявність таких його загальноновживаних значень:

1) про що і без додатка, юр. **Встановлене найвищим органом державної влади загальнообов'язкове правило, яке має найвищу юридичну силу.** || Сукупність таких загальнообов'язкових правил та державних постанов, що визначають суспільні відносини людей; втілення найвищої влади в суспільстві. || Те, що сприймається як незаперечне розпорядження, веління, обов'язкове для неухильного виконання. Закон Божий. Закон вартості. Закон попиту і пропозиції. Іменем закону. Поза законом бути (перебувати і т. ін.). Сухий закон.

2) кого, чого, чий і без додатка. **Загальноприйняте, усталене правило співжиття, норма поведінки.** || Звичай, обряд. Закони Ману.

3) чого, перев. мн. Основні правила в якій-небудь ділянці людської діяльності, що впливають із самої суті справи.

4) чого і без додатка. Об'єктивно існуючий, постійний і необхідний взаємозв'язок між предметами, явищами або процесами, що впливає з їх внутрішньої природи, сутності; закономірність (у 2 знач.). || Основне положення якої-небудь науки, що відбиває причинно-наслідковий зв'язок між явищами, характеризує перебіг певних процесів у природі або суспільстві. || Що-небудь неминуче, незаперечне, що є виявом певної закономірності. Закон великих чисел. Закон збереження енергії.

5) Сукупність догм (основних положень) якої-небудь релігії, віровчення [1].

Слово “законодавство” в українській мові відповідно до Великого тлумачного словника сучасної української мови означає:

1) Встановлення, видання законів (у 1 значенні).

2) **Сукупність усіх законів (у 1 значенні)**, що діють у якій-небудь державі. || Сукупність законів, що належать до окремої ділянки права [1].

Таким чином, слова “право”, “закон”, “законодавство” в загальноновживаному значенні сукупності (системи) загальнообов'язкових правил поведінки в українській мові фактично є синонімами.

Проте у вітчизняній юридичній науці термін “закон” вживається у більш вузькому значенні, яке ґрунтується на положеннях Конституції України, в якій встановлено, що єдиним органом законодавчої влади в Україні є парламент - Верховна Рада України, до повноважень якої належить прийняття законів (ст. 75, ст. 85), а також, що законопроект про внесення змін до розділу I “Загальні засади”, розділу III “Вибори. Референдум” і розділу XIII “Внесення змін до Конституції України” затверджується всеукраїнським референдумом, який призначається Президентом України (ст. 156) [9].

З урахуванням приписів Конституції України термін “закон” у сучасній вітчизняній правовій доктрині визначено таким чином:

“Закон – нормативний акт вищої юридичної сили, який регулює найважливіші суспільні відносини. Приймається органом законодавчої влади або референдумом.

Теорія закону сформулювала такі основні його ознаки:

1) Закон приймається лише законодавчим органом представницького характеру або населенням держави в порядку референдуму.

2) Закон у межах своєї дії регулює найважливіші суспільні відносини, що зумовлює його високу ефективність.

3) Закон має найвищу юридичну силу в системі нормативних актів країни.

4) Закон має загальний характер. Він не враховує особливостей життєвих випадків у регульованій ним сфері суспільних відносин. Усі інші акти приймаються з метою конкретизації та деталізації законоположень.

5) Як різновид нормативних актів закон встановлює загальнообов'язкові правила поведінки, має належну форму, породжує юридичні наслідки та гарантується державою.

6) Закон є стабільним нормативним актом. У разі необхідності він доповнюється, змінюється чи відміняється чітко визначеним колом органів та у певному порядку.

7) Закон має відповідну структуру, тобто організацію змісту, доцільне розміщення нормативних приписів та правові атрибути.

8) Закон є нормативним актом, що приймається в особливому процесуальному порядку, який називається законодавчим процесом.

9) Закон охороняється і гарантується державою, яка забезпечує необхідні умови для виконання закону і застосовує заходи примусового характеру до суб'єктів, які не виконують або порушують вимоги закону.

10) Закон приймається відповідно до вимог логіки, стилю і мови, що сприяє однаковому і точному його розумінню та застосуванню, підвищенню ефективності системи нормативних актів у цілому” [2].

Аналіз загальноживаних визначень слів “право” та “закон”, що наведені у Великому тлумачному словнику сучасної української мови, дозволяє дійти наступних висновків.

По-перше, в українській мові основним загальноживаним значенням слова закон є правило (норма), яке або встановлене найвищим органом державної влади, або є загальноприйнятим, або є звичаєвим, або визначеним певними релігійними догмами.

По-друге, у загальноживаному значенні слово “закон” означає також сукупність загальнообов’язкових правил поведінки, і в цьому значенні воно збігається зі значенням слова “право”, яке, в свою чергу, є синонімом слова “законодавство”.

При цьому важливим є те, що Великий тлумачний словник сучасної української мови не містить такого значення слова “закон” як нормативного акту вищої юридичної сили, що приймається органом законодавчої влади або референдумом. Дефініція слова “закон” лише доповнена фразою, що закон є втіленням найвищої влади в суспільстві.

Проте у формальному юридичному значенні слово “закон” означає лише назву нормативного акта (документа) вищої юридичної сили і не має ані значення правила поведінки (норми), ані значення сукупності таких правил поведінки.

Отже, в повсякденному житті слово закон застосовується в широкому значенні, як, наприклад, у таких виразах, як “Закон Божий” - сукупність правил

поведінки, встановлених християнським віровченням, “сухий закон” - правило, що забороняє вживання алкогольних напоїв, а також “закон джунглів”, “закон попиту і пропозиції”, “закон природи”, “закон збереження енергії” тощо, в той час як формально це слово означає лише назву нормативно-правового акта вищої юридичної сили, що приймається органом законодавчої влади або референдумом.

Виявляється, що така асиметрія між загальнозживаними та юридичними значеннями слів “право” та “закон” існувала не завжди.

Так, у передмові до 1-го видання Повного зібрання законів Російської імперії (до складу якої входила й Україна), що було видане у 1830 році, формальне (юридичне) поняття слова “закон” було визначено так:

“В составе сего Собрания под именем Законов вменены все постановления, ко всегдашнему исполнению от Верховной Власти или Именем Ее от учрежденных Ею мест и Правительств происшедшие, по всем частям Государственного управления, без всякого изъятия.

Судебные решения имеют силу Закона единственно в тех случаях, по которым они состоялись; поэтому они не могли вмениться в Собрание Законов общих. Но в этом правиле допущены следующие изъятия: есть судебные решения, которых сила распространена в самом их изложении на все случаи им подобные; есть другие, которые, бывши в начале частными, приняты впоследствии примером и образцом других решений, и таким образом стали общими; есть решения частные, но в них сделано изъяснение Закона общего, установлен точный смысл его, и отвергнуты толкования с разумом его несообразные. Все таковые и сим подобные судебные решения допущены в состав Собрания. Подобное сему изъятие сделано и в решениях дел уголовных. Важнейшие из оных, особенно по преступлениям Государственным, признано полезным сохранить в Собрании” [13, Перше зібрання, т. 1].

Таким чином, за часів Російської імперії формальним, юридичним значенням слова “закон” не була назва певного виду нормативного акта, а це слово було загальним синонімом для всіх видів нормативних актів, що

приймалися верховною владою в особі монарха, або від імені верховної влади іншими державними органами.

У Повному зібранні законів Російської імперії немає жодного нормативного акта, який би мав назву саме “закон”, а це слово охоплювало всі різновиди законодавчих актів: маніфести, положення, статuti, уложення, рескрипти, “найвище затвержені” думки Державної Ради, іменні укази тощо.

Словом “закон” охоплювалися й судові рішення, які встановлювали загальні правила (норми) або в яких давалися тлумачення інших законів.

Звідси й загальновідомий вислів: “судове рішення набрало законної сили”, тобто не юридичної сили, визначеної законом, а саме сили закону.

Слово “закон” також мало значення встановленого правила (норми), а також поряд зі словом “право” мало значення сукупності таких правил.

Саме тому П. Виноградов зазначав, що закони – це норми, які містять у собі вказівку щодо правильної або неправильної поведінки, а також, під час аналізу сутності об’єктивного права, визначав закон як ряд правил, що встановлені та виконання яких змушується суспільством, тобто словом “закон” фактично замінював слово “право” [10].

Кардинальні зміни у значенні слова “закон” відбулися 23.04.1906 року коли іменним Указом імператора Миколи II були затвержені “Основні Державні Закони”, які являли собою зібрання основних загальнодержавних правил (норм), затверджених імператором, які регулювали найважливіші аспекти державного устрою та управління.

Таким чином, слово “Закони” у назві вказаного Указу було вжито не в значенні назви нормативних актів, а в значенні загальнообов’язкових правил.

Водночас в Основних Державних Законах було зазначено наступне:

“Империя Российская управляется на твёрдых основаниях законов, изданных в установленном порядке.

Государь Император осуществляет законодательную власть в единении с Государственным Советом и Государственной Думою.

Государь Император утверждает законы и без Его утверждения никакой закон не может иметь своего совершения.

Государственный Совет и Государственная Дума пользуются равными в делах законодательства правами.

Государственному Совету и Государственной Думе в порядке, их учреждениями определенном, предоставляется возбуждать предположения об отмене или изменении действующих и издания новых законов, за исключением Основных Государственных Законов, почин пересмотра которых принадлежит единственно Государю Императору.

Законодательные предположения рассматриваются в Государственной Думе и, по одобрении ею, поступают в Государственный Совет.

Законодательные предположения, предначертанные по почину Государственного Совета, рассматриваются в Совете и, по одобрении им, поступают в Думу.

Государь Император, в порядке верховного управления, издает, в соответствии с законами, указы для устройства и приведения в действие различных частей государственного управления, а равно повеления, необходимые для исполнения законов” [13, Третье зібрання, т. 26].

Таким чином, в Основних Державних Законах уперше в історії Російської імперії слово “закон” було вжито як назву нормативного акта вищої юридичної сили, що приймався вищим органом законодавчої влади та встановлено, що імператор видає відповідно до законів укази та повеління, тобто підзаконні нормативні акти.

З того часу слово “закон” фактично втратило значення загального синоніму для будь-якого нормативного акта і формально стало означати лише назву нормативно-правового акта вищої юридичної сили.

Частковим замінником слова “закон” у цьому значенні став термін “нормативно-правовий” акт, який юридичною наукою визначається як офіційний письмовий документ, що приймається уповноваженим органом держави і встановлює, змінює, припиняє чи конкретизує певну норму права [2].

Крім того, слово “закон” в юриспруденції також втратило й своє основне значення - встановленого правила поведінки.

В цьому значенні його частковим заміником став термін “норма права”, що визначається як формально-обов'язкове правило фізичної поведінки, яке має загальний характер і встановлюється або санкціонується державою з метою регулювання суспільних відносин та забезпечується відповідними державними гарантіями його реалізації [2].

Слово “законодавство” також втратило своє первісне значення сукупності правил (норм) і в сучасній юридичній науці воно означає **“систему нормативних актів, якими регулюються суспільні відносини”**.

При цьому в Україні даний термін вживається у кількох значеннях:

1) Система законів України. Формується Верховною Радою України як єдиним органом законодавчої влади.

Складовою частиною законодавства є й міжнародні договори, згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою України шляхом прийняття закону про ратифікацію відповідного договору.

2) У широкому значенні - система законів та інших нормативних актів, що приймаються Верховною Радою України та вищими органами виконавчої влади, - постанови Верховної Ради, укази Президента України, постанови і декрети Кабінету Міністрів України.

Складовою частиною законодавства у цьому розумінні є і міжнародні договори, ратифіковані законом чи постановою Верховної Ради України.

3) У найширшому значенні - система законів і постанов Верховної Ради України, указів Президента України, постанов, декретів і розпоряджень Кабінету Міністрів України, а також нормативних актів міністерств і відомств, місцевих рад та місцевих державних адміністрацій.

До законодавства у цьому тлумаченні належать також Конституція Автономної Республіки Крим, закони Верховної Ради і постанови Ради Міністрів Автономної Республіки Крим, міжнародні договори, згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою України [2].

Отже, в українській мові стосовно слів “закон” і “право” існує значна асиметрія між їх загальноповживаними та юридичними значеннями.

При цьому найбільш істотною є асиметрія в значеннях слова “закон”, спричинена тим, що з 1906 року в Російській імперії та в подальшому в СРСР для позначення нормативного акта вищої юридичної сили не було запроваджене окреме слово, а було використано слово “закон”, що на формальному рівні звужувало значення цього слова лише до назви такого нормативного акта.

Конституція України не виправила цей недолік, шляхом запровадження спеціального терміну на зразок “універсал”, “статут” тощо, а, на жаль, для позначення нормативно-правового акта вищої юридичної сили, що приймається органом законодавчої влади або референдумом, в ній також було застосовано саме слово “закон” .

Отже, в сучасній українській правничій мові немає спеціального терміну, що є загальним синонімом для будь-якого джерела права.

Термін “нормативно-правовий акт” не є таким синонімом, оскільки ним не охоплюються такі джерела права, як міжнародні договори, судові рішення, що містять норми права, а також джерела, що містять норми-звичаї та релігійно-правові норми.

Виправити ситуацію можливо шляхом внесення змін до Конституції України, визначивши, що нормативно-правовим актом вищої юридичної сили, що приймається Верховною Радою України або референдумом, є не закон, а нормативно-правовий акт з іншою назвою, і таким чином відновити історичне значення слова “закон” як синоніма для назви будь-якого нормативного акта.

Інший шлях це - запровадження на вітчизняному доктринальному рівні нового терміну, який би виконував функцію загального синоніма для всіх джерел норм права, яким, на нашу думку, може стати таке нове слово, як – “правотвір”.

При визначенні поняття “правотвір” видається необхідним врахувати той факт, що слово “закон”, яке в минулому застосовувалось для позначення будь-якого нормативного акта, одночасно мало значення правила (норми), що встановлювалось такими нормативними актами.

З урахуванням викладеного, поняття “правотвір” може мати таку дефініцію:

“Правотвір – нормативно-правовий акт, а також будь-яке інше джерело правил фізичної поведінки, які мають загальнообов’язковий характер (звичай, релігійний канон, правова позиція суду (судовий прецедент), міжнародний договір); окреме загальнообов’язкове правило поведінки, встановлене нормативно-правовим актом, звичаєм, релігійним каноном, правовою позицією суду (судовим прецедентом), міжнародним договором”.

Характерним для сучасної української юридичної мови є також відсутність спеціального терміну для позначення системи всіх джерел норм права.

Термін законодавство стійко асоціюється безпосередньо з системою законів і вживання цього терміну в іншому, розширеному сенсі супроводжується необхідністю вживання додаткових означень (“у широкому значенні” або “у найширшому значенні”) та відповідних пояснень.

При цьому поняттям законодавство навіть у найширшому значенні не охоплюються такі джерела норм права як звичай, релігійні канонічні тексти та судові прецеденти.

З огляду на викладене, видається доцільним запровадження в національну правову доктрину спеціального терміну для позначення поняття, яке б охоплювало всю систему джерел норм права, яким, на нашу думку, може бути слово “праводавство”, яке в українській мові в минулому було широковживаним і використовувалось замість слова “законодавство”.

Так, М. Грушевській в “Історії України-Руси” вживав слово праводавство саме в тому значенні, яке можна назвати “законодавством в найширшому розумінні”:

“Прикре, безправне становище холопа супроти самоволі його „господина” мало результатом численну втікачку. На се натякає вже Руська Правда, ... **праводавство** щиро старало ся оборонити інтереси панів від таких страт. ...З повним розкладом давньої Руської держави розповсюдження київського **праводавства** по інших землях ледви значно утруднило ся. Не займаєть ся статутове **праводавство** і правами непохожих, очевидно вповні віддаючи їх в

ропорядженне пана”. ...Державне *праводавство* міщан не дотикає: вони на все мають тільки свій кодекс німецького міського права” [11].

Іван Франко у своїх творах також вживав саме слово *праводавство*, а не законодавство. Так у статті “Конечність реформи учення руської літератури по наших середніх школах. Шкідливість москвофільства” І. Франко пише:

“Правда руська також цікава для лінгвістів яко пам’ятник мови, а для істориків і правників – яко пам’ятник нашого давнього *праводавства*”.

В статті “Знадоби до вивчення мови і етнографії українського народу. Суд громадський в селі Добрівлянах” письменник зазначає:

“Та тільки, звісна річ, що всі тонкості нашого бюрократичного *праводавства* не швидко можуть вміститися і вжитися в чий-не-будь здоровий і пустою діалектикою та казуїстикою не перекручений розум...”

У творі “Півстоліття. Стан Австрії бл. 1840 р.” І. Франко вказує:

“Тільки реформи ...вивели Австрію з сумерків середньовіччя і ввели її в число новочасних держав. Такими реформами ми вважаємо головно слідуєчі: *праводавство* ...урбаріальне; *праводавство* церковно-політичне...”[12].

За таких умов можлива наступна дефініція поняття “*праводавство*”:

“*Праводавство* - система правотворів, якими регулюються суспільні відносини. *Праводавство* складається із системи законів (законодавства), а також охоплює сукупність постанов Верховної Ради України, указів Президента України, постанов, декретів і розпоряджень Кабінету Міністрів України, нормативних актів міністерств, місцевих рад та місцевих державних адміністрацій, а також Конституцію Автономної Республіки Крим, постанови Верховної Ради Автономної Республіки Крим, міжнародні договори, згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою України.

Крім вказаних вище значень терміна “*праводавство*”, під ним також розуміється один з основних методів здійснення правотворчої функції держави, який полягає у діяльності відповідних державних органів з розробки, розгляду, прийняття і оприлюднення законів та інших нормативних актів.

До *праводавства* також належать звичасві, канонічні та інші правотвори”.

2. ПОНЯТТЯ “ПРАВО” Й “ЗАКОН” В АНГЛІЙСЬКІЙ МОВІ ТА ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА

Потрібно зазначити, що спеціальні терміни для позначення таких явищ, як “право” та “закон” існують не лише в українській мові, але й у латинській та більшості мов країн романо-германської (континентальної) правової сім’ї.

Так у латинській мові існують мовні аналоги для слів закон та право, якими є відповідно слова *lex* та *ius* (*jus*). У більшості європейських мов існують також відповідні мовні аналоги для вказаних слів, наприклад:

Російська	<i>право</i>	<i>закон</i>	Німецька	<i>Recht</i>	<i>Gesetz</i>
Французька	<i>droit</i>	<i>loi</i>	Італійська	<i>diritto</i>	<i>legge</i>
Угорська	<i>jog</i>	<i>törvény</i>	Датська	<i>recht</i>	<i>wet</i>
Латвійська	<i>tiesības</i>	<i>likums</i>	Литовська	<i>teisė</i>	<i>įstatymas</i>
Португальська	<i>direito</i>	<i>lei</i>	Шведська	<i>rätt</i>	<i>lag</i>

Що стосується англійської мови, то виявляється, що такі слова, як “право”, “закон”, “законодавство” позначаються не різними словами, а одним й тим же словом – “law”.

Так, Тлумачний словник англійської мови Вебстера наводить, зокрема, такі визначення слова “law”:

1. а) **усі правила поведінки, встановлені і охоронювані владою; законодавство або звичай даної громади, держави або іншої групи;**

б) **будь-яке з таких правил;**

2. умови існування, коли підкорення таким правилам є загальним;

3. **галузь знання, що вивчає такі правила, юриспруденція;**

4. система судів, в якій до таких норм звертаються для захисту чийхось прав, забезпечення справедливості;

5. **усі такі правила, що стосуються певної сфери людської діяльності (business law – господарське право).**

У розділі статті словника, в якій подаються значення слова “law” як синоніма до інших слів, його упорядники не пояснюють що слово “law” означає, а, так би мовити, вказують, які терміни це слово охоплює:

statute - це law, прийняте законодавчим органом;

ordinance – це локальне, зазвичай, місцеве law;

canon – це, строго кажучи, law церкви [13].

У такий спосіб, на нашу думку, упорядники словника воліли підкреслити, що слово “law” не є назвою для якогось конкретного джерела норм права, а є загальним синонімом для будь-якого джерела норм права.

Слово “law” у наведених значеннях повністю збігається з українським словом “закон” у його сучасному загальноповживаному неформальному значенні, а також в історичному значенні, яке було втрачено після затвердження 23.04.1906 року “Основних Державних Законів”.

Водночас в англійській мові, на відміну від української, для позначення поняття права як міри можливої поведінки особи (суб’єктивне право) існує окреме слово - “right”.

Тлумачний словник англійської мови Вебстера наводить такі визначення слова “right”:

“те, на що особа має справедливі претензії; влада, привілей тощо, що належить особі за законом, природою або традицією” [13].

Аналіз наведеної статті словника, що відведена тлумаченню слова “law”, дозволяє дійти наступних висновків:

По-перше, слово “law” у значенні всіх норм (правил) поведінки, встановлених і охоронюваних владою, відповідає українському слову “право”, проте, лише в значенні системи загальнообов’язкових норм.

По-друге, слово “law” має значення конкретного правила (норми).

По-третє, слово “law” означає систему всіх джерел норм права, тобто законодавство в його, так би мовити, найширшому розумінні, оскільки ним охоплюється не лише безпосередньо законодавство, еквівалентом якого в англійській мові є слово “legislation”, яке походить від латинського слова leges

(закони), але й інші джерела правових норм, такі як звичай, релігійний канон, судовий прецедент тощо.

По-четверте, слово “law” є **загальним синонімом для всіх джерел правових норм**, тобто, на відміну від української правничої мови, є синонімом не лише для закону як нормативному акту, що приймається органом законодавчої влади або референдумом, а й для нормативних актів, що приймаються іншими органами влади, а також для таких джерел права як звичай, релігійний канон, судовий прецедент тощо.

Така значна асиметрія між англійською мовою та українською мовою й більшістю мов континентальної Європи щодо термінів “закон” та “право” має глибокі історичні коріння і пов’язана з особливістю становлення та розвитку правової системи Англії, яка має назву системи загального права.

Професор школи права Колумбійського університету м. Нью-Йорк Дж. Флетчер, досліджуючи співвідношення між англійським словом “law” та його еквівалентами в мовах країн континентальної Європи, зазначає:

“Подорожуючи Європою, ми стикаємось з двома окремими термінами для англійського слова “law”.

Існує типово один термін, що відповідає законодавчому акту та другий термін, що має ширше значення та охоплює принципи справедливості разом з правилами, що встановлені законодавцем.

Перший охоплюється термінами Gesetz, loi, ley, legge та закон, другий – ідеями Recht, droit, derecho, diritto, право.

Умовно кажучи, ми можемо розглядати перший набір термінів як такий, що стосується law, що легітимоване владою законодавця, а другий набір як такий, що стосується law, що легітимоване його сутнісною розумністю.

На Заході ми вперше стикаємось із таким розрізненням у латинських термінах lex та ius. Lex встановлюється чинною владою. Ius претендує на внутрішню сутнісну цінність.

Певний час в англійській мові застосовувався термін Right для позначення того, що в німецькій мові передається словом Recht (право).

У відомій судовій справі сімнадцятого століття лорд Кок² писав, що “закон (statute) є нечинним тому, що він порушує принципи загального права (common Right) або розуму”.

Це значення слова Right вийшло з обігу безумовно на початку дев'ятнадцятого століття.

Як результат ми, американські правники, ніколи не опрацьовували системної неоднозначності при застосуванні терміна “law” або фраз на зразок “верховенство права” (“rule of law”).

Слово “law”, звісно, походить від lex та loi. Термін Right відповідає німецькому кореню Recht. Латинський корінь витіснив німецький дериватив. Law витіснило Right.

Якби я насмілювався б висловити здогадку чому так сталося, я б припустив, що в історії загального права термін “закон” став асоціюватися з ідеєю хорошого або справедливого закону.

Не було різниці між “загальним правом” (*“common right” в оригіналі*), як його застосовував лорд Кок, і “загальним законом” (*“common law” в оригіналі*), як про нього писав Блекстоун в середині вісімнадцятого століття.

“Загальне право” і “загальний закон” означали ідею закону як розуму”.

Автор зауважує, що в польській юридичній мові еволюція була прямо протилежною.

Російська мова виробила розрізнення між словами “закон” та “законодательство” з одного боку та словом “право” з іншого боку.

Проте у сучасній польській мові немає терміну, що кореспондує слову “закон” та його різноманітним деривативам.

Слова, що мають спільний корінь з терміном “право”, зайняли їхнє місце.

² Сер Едвард Кок (англ. Sir Edward Coke, 01.02.1552 – 03.09.1634) – адвокат, суддя та політик, який вважається найвидатнішим юристом епохи правління королеви Єлизавети та короля Якова. Обіймав посади спікера палати громад, генерал-аторнея, лорда-Головного судді суду загальних тяжб та Головного судді суду Королівської лави. На посаді Головного судді Е. Кок у “Справі Заборон” (“Case of Prohibitions”) [1607 р.] проголосив, що король не повинен підкорятися будь-якій особі, але повинен підкорятися Богу і закону (“Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege”) та не може самостійно вирішувати спори, бо таке право належить лише суду. Автор робіт з теорії загального права, які протягом наступних 300 років були основою англійської правової системи.

Наприклад, термін для законності (legality) типово базується на Gesetz (Gesetzlichkeit) або закон (законність), проте, у польській мові ідея законності (legality) виявляється словом одного кореня зі словом право (praworzadnosc).

Важливим є те, що як польська, так і англійська мови репрезентують цікаве відхилення від норми підтримання чіткого лінгвістичного позначення різниці між встановленим законом з одного боку та правом, яке виявляється для нас як питання принципу, з іншого боку.

Досліджуючи варіації поняття “право”, автор зазначає, що “ідея Recht або ius існує в багатьох правових культурах поза межами індо-європейських мов. В більшості цих мов термін “law-як-принцип” тотожний терміну для особистих прав.

Отже, можна зробити розрізнення між об’єктивним Right та суб’єктивними rights, об’єктивним правом в однині та суб’єктивними правами в множині.

Більш того, на Заході поняття суб’єктивних прав (subjective rights) з’явилося до того, як термін Право (Right) отримав значення об’єктивного Права або Law”.

На думку вченого, поняття об’єктивного Права не з’являлося приблизно до шістнадцятого століття.

Поява цієї нової концепції в пантеоні правових ідей завдячує долі “ius”. Нащадки “ius” були піднесені до всесвітнього розуміння справедливості, а відповідальність за право на Землі була залишена поняттю Right” [14].

Що стосується походження слова “law”, яке, як стверджує Флетчер, походить від латинського “lex” та від французького – “loi”, то слід зазначити, що переважна більшість тлумачних словників англійської мови зазначає інший варіант такого походження:

“середньоанглійське law < з староанглійського lagu < з англо-норманського lagu, споріднено зі старонорвезьким log, мн. lag – те, що встановлено або визначено” [13].

Проте походження слова “law” не від латинського слова “lex”, а від інших слів не означає, що воно не відповідає цьому слову.

Так, англійський філософ Т. Гоббс³ у відомій праці “Левіафан або Матерія, форма і влада держави церковної та цивільної” (1651 р.) писав:

“Природне право (*“the right of nature” в оригіналі*), яке письменники, зазвичай, називають *jus naturale*, є свобода будь-якої людини використовувати власну силу за своїм розсудом для збереження своєї власної природи, тобто власного життя, та, відповідно, свобода робити все те, що за її судженням та розумом, вона знайде найбільш відповідним для цього.

Закон природи (*“a law of nature” в оригіналі*), *lex naturalis*, є припис, або винайдене розумом загальне правило, яким людині забороняється робити те, що є згубним для її життя, або те, що позбавляє засобів для його збереження, та нехтувати тим, що вона вважає найкращим засобом для збереження життя”⁴ [15].

З наведеного фрагмента вбачається, що Гоббс визначає еквівалентом латинському слову “jus” англійське слово “right”, а еквівалентом слову “lex” - англійське слово “law”.

Професор коледжу права Університету штату Аризона США М. Уайт при дослідженні особливостей застосування в сучасних умовах понять “ius” та “lex” дійшов наступних висновків:

“У класичній латинській мові фундаментальними значеннями і “ius”, і “lex” є “закон” (*“law” в оригіналі*). Згідно з традицією римських Юристів, саме “ius” є звичайним терміном для закону в цілому чи системи законів.

³ (англ. Thomas Hobbes; 05.04.1588 року – 04.12.1679 року) - англійський філософ. “Левіафан або Матерія, форма і влада держави церковної та цивільної” - назва найбільш відомого твору Т. Гоббса, що присвячений проблемам держави. За Гоббсом Левіафан – біблійне всепоглинаюче чудовисько - є символом держави. При створенні теорії виникнення держави Гоббс виходить від постулату про природний стан людей “Війна проти всіх” (лат. Bellum omnium contra omnes) та розвиває ідею “Людина людині – вовк” (Hommos homini lupus est). Люди для збереження власних життів та загального миру змушені відмовитись від частини своїх “природних прав” та наділяють ними того, хто зобов’язується зберігати вільне використання прав, що залишилися, - державу. Люди створили Левіафана заради суспільних інтересів, але створивши, віддали йому все. Тож він претендує не тільки на керування людьми, але й на їх майно, життя, їх внутрішній світ та релігійні переконання.

⁴THE right of nature, which writers commonly call jus naturale, is the liberty each man hath to use his own power as he will himself for the preservation of his own nature; that is to say, of his own life; and consequently, of doing anything which, in his own judgement and reason, he shall conceive to be the aptest means thereunto.

A law of nature, lex naturalis, is a precept, or general rule, found out by reason, by which a man is forbidden to do that which is destructive of his life, or taketh away the means of preserving the same, and to omit that by which he thinketh it may be best preserved.

Проте в філософській традиції, репрезентованій Цицероном, іменник “lex” також застосовується для позначення закону в цілому, або, точніше, “розумної основи”, яка, на думку Цицерона, є фундаментом усіх законів.

Коли св. Фома Аквінський⁵ зіткнувся з необхідністю узгодження цього “філософського” визначення закону як lex з тим, що Юристи говорили про закон природи (ius naturale) та про закон народів (ius gentium), він розробив особливий вид розрізнення між “ius” та “lex”.

Ці розробки і Юристів, і Ф. Аквінського є вирішальними історичними моментами на шляху до того, що я називаю “сучасним” розрізненням між “ius” та “lex”. Один з варіантів сучасного розрізнення чітко задекларовано Томасом Гоббсом в його Левіафані:

“Хоча ті, хто говорять про цей предмет, зазвичай змішують jus та lex, право та закон (*“right and law” в оригіналі*), вони мають розрізнятися, адже право (*right в оригіналі*) полягає в свободі вчиняти дії або утримуватись від їх вчинення, в той час як закон (*law в оригіналі*) визначає та зобов’язує до одного з них: так що закон і право (*“law and right” в оригіналі*) відрізняються як зобов’язання та свобода, які є несумісними відносно одного й того ж предмета⁶”.

Учений вважає, що Гоббс повторює тут сучасне концептуальне розрізнення (що позначене в англійській мові, як він пропонує, словами “right та law”, у французькій мові словами “droit” and “loi”, в німецькій мові словами “Recht” and “Gesetz”, в італійській мові словами “diritto” and “legge”, в іспанській мові словами “dereche” and “ley” в тому, що він вважає правильним латинським застосуванням.

⁵ Святий Тома (Фома) Аквінський (лат. Thomas Aquinas; народився у 1225 році поблизу Аквіно, Італія - помер 07.03.1274 року) - один з найвизначніших філософів і теологів в історії, засновник теологічної і філософської школи томізму, святий католицької церкви. Фома Аквінський створив своєрідну енциклопедію католицького богослов'я “Сума теології” (лат. Summa Theologiae), в якій усі питання пізнання природи і суспільства розглядалися з позицій теологічного раціоналізму. Завдяки своїм енциклопедичним знанням, викладених у творах “Summa theologiae” і “Summa contra gentiles”, він зробив великий вплив на подальший розвиток філософії. У 1323 р. Римо-католицька церква проголосила його святим, а в 1567 р. включила до складу Вчителів церкви.

⁶For though they that speak of this subject use to confound jus and lex, right and law, yet they ought to be distinguished, because right consisteth in liberty to do, or to forbear; whereas law determineth and bindeth to one of them: so that law and right differ as much as obligation and liberty, which in one and the same matter are inconsistent.

В “Сумі теології” св. Фоми Аквінського, пише автор, обговорення *ius* та *lex* відбувається в двох різних місцях. Фрагмент, що обговорює *lex*, є довшим і краще відомим: так званий “Трактат про закон” (*“Treatise on Law” в оригіналі*). Принципове обговорення *ius* відбувається в обговоренні чеснот в *pars secunda secundae* (II-II), q. 57, де воно згруповано з питаннями, що стосуються справедливості та несправедливості.

Вступ до “Трактату про закон” ...вказує чому Ф. Аквінський застосовує термін “*lex*” замість “*ius*” у цьому розділі.

Ф. Аквінський каже, що необхідно враховувати “зовнішні джерела” (людських) дій та продовжує стверджувати, що “зовнішнє джерело руху в напрямку добра є Бог, який направляє нас через закон та допомагає через благодать”. Для Вульгати та Ф. Аквінського основним законодавцем є Християнське Потрійне Божество: перша особа Трійці створила Всесвіт та з самого початку управляла ним через проголошення Його Закону через Вічний Глагол або Логос, другу особу Трійці.

У “Трактаті” Ф. Аквінський розрізняє чотири види закону: *lex aeterna* (вічний закон), *lex naturalis* (природний закон), *lex humana* (людський закон) та *lex divina* (божественний закон).

В своїй “Сумі Теології” Ф. Аквінський намагається системно розрізнити *ius* як загальну назву для того, що є етично справедливим, від закону/*lex* (*law/lex в оригіналі*).

Офіційною доктриною Ф. Аквінського є те, що “*ius*” власне стосується тільки того, що є “правильним” або “морально коректним” (*rectum, honestum*) як питання справедливості.

Джеймс Бернارد Мерфі, пише Уайт, зазначає, що “...Ф. Аквінський є першим теоретиком права на латинському Заході хто виразно замінив *lex* замість *ius* як основний термін для закону (*law в оригіналі*) інновація, яка в подальшому буде прийнята Гоббсом та Бентамом”.

Оскільки він (Ф. Аквінський) поділяє з Цицероном істотно статутну концепцію *lex* у тому сенсі, що *lex* має бути проголошеним владною волею для

того, щоб бути *lex*, міцна асоціація між законом/*lex* (*law/lex в оригіналі*) та обов'язком, що є характерним для того, що я називаю сучасною відмінністю між *lex* та *ius*, законом та правом (*“law and right” в оригіналі*) багато в чому завдячує саме прийняттю Ф. Аквінським в якості головної концепції для закону (*law*), концепції *lex*, яка походить від філософської традиції Цицерона.

Відтак, Гоббс зміг легко дійти висновку, що саме закон/*lex* (*law/lex в оригіналі*), а не *ius* “визначає та зобов'язує” чи вчиняти дії, чи утримуватись від їх вчинення.

Що ж до *ius*? Обмеженням застосування цього терміна до того, що є *iustum*, що є питанням справедливості, Ф. Аквінський спонукає нас сприймати *ius* у відповідності з класичною концепцією справедливості: “те, що особа, по справедливості, винна, або те, що особі, по справедливості, належить, тобто те, що є справедливо належним особі”.

Якщо ми зосередимось на другій частині, ми отримуємо щось дуже близьке до сучасного значення “права” (*ius*) (*right (ius) в оригіналі*)” [16].

П. Виноградов, аналізуючи роботу Брактона⁷ “Про закони та звичаї Англії” також зазначає, що “йому (*Брактону*) довелося зіткнутись з особливостями англійської фразеології, з відсутністю в англійській мові слова, що відповідає латинському *jus*, оскільки *jus* не завжди значить “право”, як об'єктивний порядок речей та обов'язків, а може також позначати право в суб'єктивному сенсі, сферу юридичних повноважень певної особи, право, яке я захищаю, як моє власне, проти мого сусіда (“right”)” [8].

Таким чином, англійське слово “law” не має значення “ius/право”, а має значення “lex/закон”, проте, не лише у розумінні нормативного акта вищої юридичної сили, що приймається органом законодавчої влади, а у його, так би мовити, найширшому розумінні, яке охоплює всі джерела правових норм, а також означає безпосередньо правову норму (правило).

⁷ Брактон (Bractonn) Генрі (помер 1268 р.), англійський юрист, систематизатор англійського загального права XIII століття. Найбільш відома робота – трактат “Про закони та звичаї Англії” (*De legibus et consuetudinibus Angliae*).

Навіть у значенні сукупності встановлених загальнообов'язкових норм слово “law” відповідає все ж таки саме слову “lex”, а не “ius”.

Отже, вживання слова “право” при перекладі слова “law” в цьому значенні обумовлено лише тим, що в українській правовій доктрині, як і в правових доктринах більшості країн континентальної Європи, традиційно для позначення системи загальнообов'язкових норм, дотримання і виконання яких забезпечуються державою, застосовується слово “право”, а не “закон”.

При цьому в загальноживаному значенні, як на це вказує Великий тлумачний словник сучасної української мови, значенням слова “закон” є також “сукупність ...загальнообов'язкових правил..., що визначають суспільні відносини людей”.

Крім того, оскільки значенням слова “law” є “lex”, а не “ius”, то це слово не охоплює безпосередньо такі явища як справедливість, рівність та інші духовні цінності.

Для позначення поняття, що пов'язується з ідеями справедливості, в англійській мові в минулому застосовувалось слово “ius/jus”, від якого власне і походить сучасне англійське слово “justice”, яке означає справедливість.

У подальшому слово “ius” у цьому значенні було замінено словом “right”, яке одночасно застосовувалось для означення суб'єктивного права особи.

Проте, як зазначає Флетчер, слово “right” у значенні “справедливість” вийшло в англійській мові з обігу на початку дев'ятнадцятого століття, залишившись тільки в значенні суб'єктивного права.

Таким чином, ані слово “law”, ані слово “right” безпосередньо не охоплюють явища, пов'язані з ідеями справедливості, а останній відповідають слова – “justice” (відповідність моральним уявленням тощо) та “equity” (безсторонність, неупередженість).

На нашу думку, це пов'язано з особливим, надзвичайно високим статусом, повноваженнями та авторитетом судів та суддів у правовій системі загального права, до якої в першу чергу належить Англія.

Так, У. Блекстоун⁸ у фундаментальному творі “Коментарі до англійських законів” зазначав:

“Місцевий закон Англії або правила цивільної поведінки, встановлені для мешканців цього королівства, може бути зі значною точністю поділений на два види: *lex non scripta*, неписаний закон або загальний закон (*common law*); та *lex scripta* (писаний закон або статутний закон (*statute law*))⁹.

Lex non scripta, або неписаний закон включає не тільки загальні звичаї або, власне, так званий загальний закон, а також окремі звичаї певної частини королівства.

Коли я називаю ці частини нашого права *leges non scriptae*, я не хотів би, щоб мене зрозуміли так, що нібито всі ті закони є в цей час тільки усними або переданими з минулих часів до цього часу виключно словами.

На цей час пам'ятки та свідоцтва наших правових звичаїв містяться в записах багатьох судів, у книгах звітів та судових рішень, а також трактатах учених мудреців юридичної професії, що збережені та донесені до нас із часів сивої давнини.

Проте я називаю ці частини нашого права *leges non scriptae* тому, що їх первісне запровадження та владний вплив не були оформлені у письмовому вигляді, як оформляються акти парламенту, а вони отримали силу законів внаслідок тривалого та прадавнього застосування та їх загального визнання в усьому королівстві.

Водночас постає дуже природне та дуже матеріальне запитання: як ці звичаї чи принципи стають відомими і хто повинен визначати їх юридичну силу?

⁸ Уільям Блекстоун (англ. William Blackstone 10.07.1723 – 14.02.1780) - англійський політик, юрист, філософ та історик права. Одним з найбільш видатних творів Блекстоуна були “Коментарі до англійських законів” (“*Commentaries on the Laws of England*”), що вперше вийшли друком у Оксфорді у 1765-1769 роках. В цій праці Блекстоун надав ретельні коментарі правових норм та прецедентів Англії. Доктринальні тлумачення Блекстоуна стали авторитетом для англійських та американських юристів та до цього часу зберігають своє значення для юристів країн правової системи загального права.

⁹THE municipal law of England, or the rule of civil conduct prescribed to the inhabitants of this kingdom, may with sufficient propriety be divided into two kinds; the *lex non scripta*, the unwritten or common law; and the *lex scripta*, the written or statute law. З наведеного фрагмента вбачається, що Блекстоун визначає “*common law*”, що зазвичай перекладається як “загальне право”, як *lex non scripta*, тобто як неписаний закон, а не неписане право.

Відповідь така: судді в різних судах. Вони є хранителями наших законів; живими оракулами, які повинні приймати рішення в усіх сумнівних справах і які пов'язані присягою приймати такі рішення відповідно до закону країни.

Їхні знання походять з досвіду та навчання (з “viginti annorum lucubrationes”¹⁰) ...та з особистого тривалого вивчення судових рішень попередників.

Якщо з'ясується, що ...судове рішення є вочевидь абсурдним або несправедливим, то це означає, що таке судження не є поганим законом (нормою), а взагалі не є законом (нормою), тобто не є звичаєм країни, оскільки було помилково визначено.

Правова доктрина є такою: належить дотримуватися прецедентів та норм, якщо вони не зовсім абсурдні або несправедливі.

Отже, закон/норма та думка судді не завжди тотожні терміни або одна й та ж річ, оскільки часом буває, що суддя може помилитись у визначенні та застосуванні норми. Проте в цілому загальним правилом є те, “що рішення судів є свідченнями того, що являє собою загальне право”, аналогічно тому, що в континентальному праві – те, що одного разу визначив імператор, має слугувати керівництвом до дії в майбутньому.

Тому до судових рішень ставляться з найвищою повагою, та вони зберігаються не лише в автентичних записах у скарбницях судів, але й надаються для публічного ознайомлення в численних томах звітів, які прикрашають бібліотеки правників” [17].

Таким чином, для англійців справедливість уособлювали судді королівських судів, а втіленням справедливості були рішення таких судів, в яких відбивалися загальні звичаї країни і які мали силу “law/закону”.

Підтвердженням цього, на нашу думку, є той факт, що в англійській мові слово “justice” одночасно означає і справедливість, і правосуддя, а в Англії, США та в деяких інших країнах системи загального права судді вищих судових інстанцій мають титул “Justice”.

¹⁰ “двадцяти років безсонних ночей (лат.)”.

За таких обставин, як вказує Флетчер, “в історії загального права термін “закон” став асоціюватися з ідеєю хорошого або справедливого закону.

Не було різниці між “загальним правом” (*“common right” в оригіналі*), як його застосовував лорд Кок, і “загальним законом” (*“common law” в оригіналі*), як про нього писав Блекстоун в середині вісімнадцятого століття. “Загальне право” і “загальний закон” означали ідею закону як розуму” [14].

Отже, слово “law” має значення системи всіх джерел норм права, тобто законодавство в його, так би мовити, найширшому розумінні, оскільки ним охоплюються не лише безпосередньо законодавство, а й інші джерела правових норм, насамперед звичай, який знаходив втілення в судових прецедентах.

Мовного аналога такому поняттю в сучасній українській правничій мові не існує.

Слово “law” також не означає “закон” в його сучасному формальному значенні як нормативного акту, що приймається органом законодавчої влади, а є загальним синонімом для усіх джерел правових норм, тобто є синонімом не лише для закону, а й для нормативних актів, що приймаються іншими органами влади, а також для таких джерел права як звичай, релігійний канон, судовий прецедент тощо.

Слово “law” також означає одночасно певне правило (норму), встановлену джерелом права.

Мовного аналога такому поняттю в сучасній українській правничій мові також не існує.

Вказані мовні прогалини в українській мові приводять до того, що при перекладі слова “law” необґрунтовано застосовуються слова “право”, “закон” та “законодавство” як відповідники відсутніх еквівалентів цього слова, що має наслідком перекручування змісту юридичних текстів і приводить до неправильного розуміння понять, що застосовуються в них.

Так, в англійській мові слову “закон” в розумінні української правової доктрини відповідає слово “statute”, яке у тлумачних словниках визначено як

“law, що прийнятий законодавчим органом та викладений у формальному документі” [13].

Слово “law” має значно ширше значення, яке охоплює не лише “statute” (закон), а будь-які акти (документи), якими встановлюються правила (норми) поведінки.

В українській правничій мові такими словами, які є синонімами для низки інших слів є, наприклад, термін “цінний папір”, який одночасно є синонімом, зокрема, для таких слів як “акція”, “облігація”, “вексель” тощо, а також суто український термін “правочин”, який одночасно є синонімом для односторонніх правочинів (заповіт тощо), а також для дво- чи багатосторонніх правочинів (договорів).

Перекладати слово “law” словом “закон” рівнозначно тому, якщо термін “цінний папір”, наприклад, перекласти на іншу мову словом “акція”, залишивши поза увагою такі його значення як, зокрема, облігація або вексель, або якщо український термін “правочин” перекласти на іншу мову словом “договір”, залишивши поза увагою такі його значення як заповіт та інші односторонні правочини.

Вочевидь такий переклад приведе до звуження значення таких слів лише до одного з багатьох понять, які цими словами охоплюються.

Наприклад, частиною 1 статті 203 Цивільного кодексу України встановлено, що зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам.

Якщо перекласти наведену правову норму, застосувавши при перекладі слово “договір” замість слова “правочин”, то викладені в ній вимоги будуть стосуватися лише договору, а не інших правочинів, наприклад заповіту тощо.

Отже, переклад слова “law” за відсутності належного мовного еквівалента словом “закон” приводить до звуження значення слова “law” лише до значення нормативного акта, що приймається органом законодавчої влади, а зміст перекладу стає неповним та перекрученим.

У більшості європейських мов також немає мовного аналога для англійського слова “law” в значенні загального синоніма для будь-якого джерела норм права.

У цьому зв’язку Європейський суд з прав людини, для якого англійська мова є офіційною, постійно стикаючись з проблемою перекладу своїх рішень з англійської мови на мови інших країн Європи, зокрема на французьку, яка є його другою офіційною мовою, змушений час від часу надавати роз’яснення значенню слова “law”, які він називає інтерпретаціями цього слова.

Так, у рішенні Європейського суду з прав людини в справі “Крюслін проти Франції”, що стосується, зокрема, питання про наявність законних підстав для таємного прослуховування телефонних переговорів, в яких брав участь скаржник – Ж. Крюслін, зазначено наступне:

“Представник Комісії вважав, що у випадку континентальних країн, включаючи Францію, матеріальний правовий акт загального застосування, прийнятий або парламентом, або іншим органом, може означати “закон” для цілей ст. 8 § 2 Конвенції¹¹.

Як відомо, Суд вважав, як стверджує Представник, що слово “закон” (“law” в оригіналі) у вислові “визначено законом” охоплює не лише статут, а також неписаний закон (див. рішення “Санді Таймс” від 26.04.1979 р., рішення “Даджеон” від 22.10.1981 р. та рішення “Чаппел” від 20.03.1989 р.), але в тих випадках Суд мав на увазі лише систему загального права.

Проте та система радикально відрізняється від, зокрема, французької системи. В останній судове рішення, без сумніву, є дуже важливим джерелом права, але другорядним, в той час як Конвенція має на увазі основне джерело права”.

Оцінюючи вказане твердження представника Комісії, Європейський суд з прав людини зазначив:

“...Суд підкреслює, що насамперед національна влада, особливо суди, є тими, хто тлумачить та застосовує національне законодавство. Не є справою Суду

¹¹ Йдеться про Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод.

висловлювати думку, що є протилежною їх думці стосовно того, чи є прослуховування телефонних переговорів, що санкціоноване слідчим суддею, таким, що відповідає ст. 368 Кримінального кодексу.

Протягом багатьох років суди, зокрема Касаційний Суд Франції, розглядали статті 81, 151 та 152 Кримінально-процесуального кодексу як такі, що надають законні підстави для телефонного прослуховування, що здійснюється старшим офіцером поліції за дозволом слідчого судді. Таке правило, що було встановлено судами, не може залишатись поза увагою.

Відносно параграфа 2 Статті 8 Конвенції та відносно інших схожих статей Суд завжди розумів термін “закон” (*“law” в оригіналі*) в його “сутнісному”, а не “формальному” сенсі; **воно охоплює як акти нижчого рівня, ніж статут (statute), так і неписане право.**

Рішення “Санді Таймс”, “Даджеон” та “Чаппел”, як відомо, стосувалися Об’єднаного Королівства, але було б неправильно перебільшувати різницю між країнами загального права та континентальними країнами.

Законодавче право, звісно, є важливим також в країнах загального права. І навпаки, судові рішення традиційно відігравали важливу роль у континентальних країнах до такої міри, що цілі галузі позитивного права в цих країнах є, в основному, результатом судових рішень.

Суд бере до уваги судові рішення в цих країнах у разі, якщо вони були винесені більше, ніж в одному випадку.

Якби Суд наважився б переглядати судову прецедентну практику, то він би підірвав правові системи континентальних країн майже так, як рішення у справі “Санді Таймс” від 26.04.1979 року “підрубало б під корінь” правову систему Об’єднаного Королівства, якби було виключено загальне право з концепції закону (“law”)” [18].

Отже, Європейський суд з прав людини в згаданому рішенні в черговий раз був змушений роз’яснити, що англійське слово “law” не є еквівалентом лише слову “закон”, а є загальним синонімом для будь-якого акта, яким встановлюються, змінюються або припиняються правові норми, і охоплює такі

поняття, як закон, підзаконні акти, а також так зване неписане право, до якого, зокрема, належать судові рішення, що мають характер прецеденту.

Наявність мовної асиметрії між англійською мовою та іншими мовами континентальної Європи спричиняє виникнення дуже серйозних проблем при перекладі юридичних текстів з англійської мови, яка є офіційною мовою всіх європейських міжнародних інституцій у тому числі й юрисдикційних, на інші європейські мови.

Для подолання вказаної мовної асиметрії деякими дослідниками навіть пропонується використовувати латинську мову як юридичної “*lingua franca*”, тобто мови, що є загальним засобом міжнародного спілкування правників:

“Європа сьогодні не має *lingua franca*. Це має наслідком те, що правники, які належать до різних правових систем, не мають спільної мови. Юридичні мови залежать від правових систем та культур, до яких вони належать.

Тому спілкування між європейськими правниками часто ускладнюється мовними бар’єрами та типово характеризується непорозуміннями.

Правники з різних мовних громад загалом використовують англійську мову, але добре володіння англійською не є гарантією успішного юридичного спілкування. Навпаки, англійська мова є, напевно, найбільш неадекватною мовою для застосування як *lingua franca*, оскільки юридична англійська є мовою загального права.

Тому використання латинської мови як загальної правничої мови Європи було б ефективним з багатьох сторін” [19].

Проте запровадження латинської мови як юридичної “*lingua franca*” є складним та тривалим процесом, в той час, як проблема адекватного перекладу юридичних текстів, у першу чергу з англійської мови на інші, зокрема на українську, є дуже гострою і потребує нагального вирішення.

Більш дієвим засобом подолання вказаної мовної асиметрії є запровадження у вітчизняну юридичну мову нових понять, які є в англійській юридичній мові і яких немає в українській юридичній мові.

До таких понять безумовно належать значення слова “law” як загальної системи усіх джерел норм права та як загального синоніма для будь-якого джерела правових норм.

Для вказаних понять, на нашу думку, доцільно ввести в обіг такі слова, як “праводавство” для позначення загальної системи джерел норм права та “правотвір” як синоніма для всіх таких джерел.

За умови запровадження у вітчизняну правову доктрину слів “праводавство” та “правотвір” наведений фрагмент рішення Європейського суду з прав людини в перекладі буде мати такий вигляд:

“Представник Комісії вважав, що у випадку континентальних країн, включаючи Францію, лише матеріальний правовий акт загального застосування, прийнятий або парламентом, або іншим органом, може означати “правотвір” для цілей ст. 8 § 2 Конвенції. Як відомо, Суд вважав, як стверджує Представник, що слово “правотвір” у вислові “визначено правотвором” охоплює не лише закон, а також неписаний правотвір”, але в тих випадках Суд мав на увазі лише систему загального права. Проте та система радикально відрізняється від, зокрема, французької системи. В останній судове рішення, без сумніву, є дуже важливим джерелом права, але другорядним, в той час як Конвенція має на увазі основне джерело права”.

Оцінюючи вказане твердження представника Комісії, Європейський суд з прав людини зазначив таке:

“...Суд підкреслює, що насамперед національна влада, особливо суди, є тими, хто тлумачить та застосовує національне праводавство. Не є справою Суду висловлювати думку, що є протилежною їхній думці стосовно того, чи є прослуховування телефонних переговорів, санкціоноване слідчим суддею, таким, що відповідає ст. 368 Кримінального кодексу. Протягом багатьох років суди, зокрема Касаційний Суд Франції, розглядали статті 81, 151 та 152 Кримінально-процесуального кодексу як такі, що дають законні підстави для телефонного прослуховування, що здійснюється старшим офіцером поліції за дозволом слідчого судді. Такий судовий правотвір не може бути залишений поза увагою.

Відносно параграфу 2 Статті 8 Конвенції та відносно інших схожих статей Суд завжди розумів термін “правотвір” в його “сутнісному”, а не “формальному” сенсі; **воно охоплює як акти нижчого рівня, ніж закон (statute), так і неписане праводавство.**

Рішення “Санді Таймс”, “Даджеон” та “Чапел”, як відомо, стосувалися Об’єднаного Королівства, але було б неправильно перебільшувати різницю між країнами загального права та континентальними країнами.

Законодавство, звісно, є важливим також в країнах загального права. І навпаки, судові правотвори традиційно відігравали важливу роль в континентальних країнах до такої міри, що цілі галузі позитивного права в таких країнах є, в основному, результатом судового праводавства.

Суд бере до уваги судові правотвори в таких країнах у разі, якщо вони були винесені більше, ніж в одному випадку.

Якби Суд наважився переглядати судові правотвори, то він би підірвав правові системи континентальних країн майже так як рішення у справі “Санді Таймс” від 26.04.1979 року “підрубало б під корінь” правову систему Об’єднаного Королівства, якщо б було виключено загальне право з концепції права [18].

Таким чином, англійське слово “law” - це “правотвір”, тобто загальнообов’язкове правило поведінки (норма), а також будь-яке джерело, яким таке правило поведінки (норма) встановлено.

Крім того, слово “law” - це “право” як сукупність загальнообов’язкових правил поведінки, а також “праводавство” як сукупність актів (документів), якими такі правила поведінки встановлені.

При цьому відмінностей між правом та праводавством в англійській мові фактично не існує, а вибір слова “право” чи “праводавство” при перекладі слова “law” обумовлений лише контекстом, в якому слово “law” застосовується, а також наявністю усталених словосполучень типу “адміністративне право”, “кримінальне право”, “публічне право” тощо.

3. ЗАКОН ТА ПРАВО В КОНТЕКСТІ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА.

КОНЦЕПЦІЯ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА А.В. ДАЙСІ.

Як відомо, принцип “rule of law”, який в українській мові має назву “верховенство права”, вперше дістав доктринальне тлумачення у роботі відомого англійського вченого-конституціоналіста кінця ХІХ - початку ХХ ст. професора школи права Оксфордського університету А.В. Дайсі “Вступ до вивчення конституційного права” (“Introduction to the study of the law of the Constitution”)¹² [20].

Перший російськомовний переклад цієї роботи був виданий у 1905 році під назвою “Основи державного права Англії. (Вступ до вивчення англійської конституції)” [21] за редакцією чи не найавторитетнішого на той час російського правознавця професора П. Виноградова, який саме у період з 1903 року до 1908-го займав посаду професора Оксфордського університету) [22].

Порівняння оригіналу вказаної роботи Дайсі з її російськомовним перекладом виявляє, що слово “law” здебільшого було перекладено словом “закон”, а слово “право” було використано лише в назві принципу “rule of law” – “господство права”.

При цьому важливо зазначити, що словосполучення “rule of law” не завжди було перекладено словосполученням “господство права”, а досить часто перекладалось такими словосполученнями, як “господство закона” або “верховенство закона”.

Так, наприклад, у перекладі зустрічаємо:

“Слова Токвиля имеют двоякое отношение к предмету настоящей лекции. Он особенно ясно указывает на господство, преобладание или верховенство закона, как на отличительную особенность английских учреждений”¹³. [21].

¹² Альберт Венн Дайсі (англ. Albert Venn Dicey 04.02.1835 – 07.04.1922) відомий британський юрист-конституціоналіст. Професор школи права Оксфордського університету. Найбільш відомий як автор праці “Вступ до вивчення конституційного права” (“Introduction to the Study of the Law of the Constitution” (1885). Принципи, які він розвинув, вважаються частиною неписаної Британської конституції. Дайсі популяризував фразу “панування права”, (“rule of law”), хоч вона застосовувалась ще з ХVІІ століття.

¹³ Tocqueville's language has a twofold bearing on our present topic. His words point in the dearest manner to the rule, predominance, or supremacy of law as the distinguishing characteristic of English institutions.

Видається, що слово “закон” під час перекладу було застосоване цілком обґрунтовано, оскільки до 1906 року це слово не застосовувалось як назва певного нормативного документа, а мало значення синоніма для будь-якого нормативного акта, в тому числі й судових рішень, якими встановлювалися загальні норми, а також мало значення загальнообов’язкового правила поведінки, встановленого відповідним нормативним актом.

За таких обставин обґрунтований також переклад слова “law” у назві принципу “rule of law” словом “право” як терміна, що означає сукупність таких загальнообов’язкових правил, а також словом “закон” як синоніма слова “законодавство”.

Проте у сучасних умовах використання слова “закон” в якості еквівалента слова “law” є вкрай безпідставним, оскільки на даний час це слово у формальному значенні є лише назвою нормативного акта вищої юридичної сили, що приймається вищим органом законодавчої влади і не має значення синоніма для будь-якого нормативного акта або загальнообов’язкового правила, встановленого таким актом.

Застосування слова “закон” у контексті принципу верховенства права привело до перекручування змісту і сутності цього принципу.

З одного боку, цей принцип став ототожнюватись із принципом верховенства закону, який, на відміну від принципу “rule of law”, означає вищість нормативно-правового акта з такою назвою в ієрархії нормативно-правових актів.

З іншого боку, слову “право”, що є в назві цього принципу, необґрунтовано надається значення, відмінне від значення системи загальнообов’язкових норм, яке має слово “law”, зокрема надається значення суб’єктивних прав людини.

За таких умов доцільним є застосування як еквівалента слова “law” у контексті принципу верховенства права не слова “закон”, а запропонованих вище слів “правотвір” та “праводавство”.

Повертаючись до роботи Дайсі “Вступ до вивчення конституційного права”, слід відзначити, що у вступі до цієї роботи Дайсі вважав за необхідне зазначити,

перш за все, відмінності між поняттям “правило/rule” та поняттям “правотвір/law”:

“Видається, що конституційне право, в тому сенсі як цей термін застосовується в Англії, містить усі правила (“*rules*”), які прямо чи опосередковано впливають на розподіл або здійснення верховної влади в державі.

Воно, зокрема, включає всі норми, які визначають склад верховної влади, всі норми, які регулюють стосунки членів верховної влади між собою або визначають, в який спосіб верховна влада або особи, що її складають, застосовують свій вплив.

Його норми визначають порядок спадкування престолу, встановлюють прерогативу верховної влади, визначають форму законодавчих зібрань та спосіб їх обрання. Ці норми також стосуються міністрів, їх відповідальності, сфери їх діяльності, визначають територію, на яку розповсюджується державна влада, та встановлюють, хто є підданим або громадянином.

Зауважте, пише автор, що я застосовую слово “правила” (“*rules*”), а не “правотвори” (“*laws*”).

Таке застосування є навмисним для того, щоб привернути увагу до факту, що норми, які складають конституційне право, включають два види правил цілком різного характеру.

Один вид правил являє собою “правотвори” (“*laws*”) в суворому сенсі, оскільки вони є правилами, які (писані чи неписані, встановлені законом (statute) або виведені з сукупності звичаїв, традицій чи принципів, встановлених судовою практикою, і відомих як загальне право) **користуються судовим захистом.**

Ці норми складають “конституційне право” у власному значенні цього терміна і можуть бути для відміни названі у своїй сукупності “конституційними правотворами”.

Другий вид норм складається з угод, понять, звичок та звичаїв, які хоч і можуть регулювати діяльність багатьох представників верховної влади, міністрів та інших посадовців, але, по суті своїй, зовсім не правотвори, **оскільки не користуються судовим захистом.**

Ця частина конституційного права може бути для відміни названа “угодами” (conventions) конституції або конституційною мораллю.

Інакше кажучи, конституційне право складається з двох елементів.

Один елемент, який названо в цій роботі “конституційним правом” у власному значенні, є, безумовно, звід правотворів, інший елемент, який названо в цій роботі “угодами конституції”, складається з принципів або звичаїв, які хоч і регулюють зазвичай поведінку Корони або міністрів та інших осіб, але по суті зовсім не правотвори.

Ця відмінність не збігається з відмінністю між писаними правотворами (або законодавством) та неписаними правотворами (або загальним правом).

Існують конституційні правотвори, як, наприклад, білль про права, акт про спадкування престолу, акти Habeas Corpus, які є “писаними правотворами”, що знаходяться в книзі законів, іншими словами – законодавчі акти.

Існують також інші дуже важливі правотвори конституції, які є “неписаними” правотворами, тобто не є законодавчими актами.

Надалі, деякі з конституційних правотворів, наприклад правотвори, що встановлюють порядок спадкування престолу, які були раніше неписаними правотворами, що належали до загального права, нині стали писаними правотворами або законами.

З іншого боку, конституційні угоди не можуть бути занесені до книги законів, хоч би й були висловлені письмово.

Так, уся наша парламентська практика є зібранням угод, хоч вони і висловлені всі в писаних та друкованих правилах.

Одним словом, відмінність між писаним та неписаним правотвором у жодному випадку не відповідає відмінності між конституційним правом у власному значенні слова та конституційними угодами [20].

Отже, у Дайсі правотвори, а відповідно і право як сукупність таких правотворів (норм), це не будь-які правила поведінки, що існують у суспільстві, а лише ті, які користуються судовим захистом.

Принципу панування права (rule of law) Дайсі присвятив другий з трьох розділів роботи, в якому зазначає:

“Коли ми кажемо, що верховенство або панування права є характерною рисою англійської конституції, ми загалом включаємо в один вислів щонайменше три різні, хоча і споріднені концепції.

Перш за все, ми маємо на увазі, що ніхто не може бути покараний чи постраждати особисто або своїм майном інакше, ніж за певне порушення праводавства, доведене у звичайний законний спосіб перед звичайними судами країни.

В цьому сенсі верховенство права являє собою контраст з будь-якою системою правління, що базується на застосуванні владними суб'єктами широкої, довільної або дискреційної примусової влади.

У кожному континентальному суспільстві виконавча влада користується значно ширшими саморозсудними повноваженнями щодо арештів, тимчасового затримання, вигнання з країни тощо, ніж це дозволяється праводавством або фактично здійснюється урядом в Англії” [20, с. 175].

Порівнюючи Англію з іншими європейськими країнами у вісімнадцятому столітті, Дайсі підкреслює, що “особливістю Англії була не стільки гуманність, скільки законність системи правління.

Коли Вольтер приїхав до Англії, він, перш за все, відчув, що він переїхав з царства деспотизму в країну, де правотвори може й суворі, але де людьми керує правотвір, а не каприз” [20, с. 177].

“На другому місці, коли ми говоримо про “панування права” як характерну рису нашої країни”, пише Дайсі, “ми маємо на увазі не лише те, що у нас ніхто не є вищим за праводавство, але (що є зовсім іншим) те, що у нас кожна людина, хоч якого вона звання чи положення, підкоряється звичайним, а не особливим правотворам держави і підлягає юрисдикції звичайних, а не особливих судів. В Англії ідея юридичної рівності або загального підпорядкування всіх класів єдиному праводавству, що застосовується звичайними, а не особливими судами, є піднятою до найвищого рівня.

Серед нас будь-яка посадова особа від Прем'єр-міністра до констебля, або збирача податків, підлягає тій же відповідальності за кожний вчинок, що не виправдовується праводавством, як і будь-який інший громадянин.

Більшість європейських націй наприкінці вісімнадцятого століття пройшла ту стадію розвитку, коли дворянство, духівництво та інші могли зневажати праводавство.

Але й зараз далеко не в усіх континентальних країнах усі громадяни підкоряються одному й тому ж праводавству та не всюди суди користуються верховною владою по всій країні” [20, с. 181-182].

Розкриваючи третій аспект принципу панування права, Дайсі пише:

“Ми можемо говорити, що **конституція заснована на пануванні права, тому що загальні принципи конституції (як, наприклад, право особистої свободи або право публічних зборів) є результатом судових рішень**, що визначають права приватних осіб в окремих випадках, що надаються на розгляд судів, у той час, як, згідно з багатьма іноземними конституціями, забезпечення (яке б воно не було) прав окремих осіб є результатом загальних принципів конституції.

Політичні інституції є творами людей, що зобов'язані своїм походженням та самим своїм існуванням людській волі.

Але хоч це і є цілковито справедливим, проте твердження, що форма правління розвивається самовільно у такому тісному зв'язку з життям народу, що її навряд чи можна вважати продуктом волі та енергії людини, виражає, хоч і не дуже достеменно, той факт, що деякі форми правління, у тому числі й англійська конституція, не були створені одразу та зовсім не є результатом законодавства у звичайному сенсі цього слова, а є результатом змагань, які відбувались у судах задля прав окремих осіб.

Наша конституція, якщо говорити стисло, є конституцією, створеною судовими рішеннями і має всі риси як погані, так і добрі, притаманні прецедентному праву. В Бельгії, яку можна взяти як зразок держави, що має конституцію, створену спеціальним законодавчим актом, права окремих осіб на

особисту свободу дійсно надаються та забезпечуються конституцією. В Англії ж право на особисту свободу є частиною конституції, тому що воно забезпечується судовими рішеннями, які поширені або затверджені актами Habeas Corpus¹⁴.

Історія ясно доводить, що іноземні конституціоналісти, займаючись визначенням прав, доволі мало уваги звертали на безумовну необхідність надати адекватні засоби, якими б проголошені ними права були забезпечені.

В англійській конституції існує той нерозривний зв'язок між засобами примусити визнати будь-яке право та самим цим правом, який являє собою сильну сторону судового прававодства.

З цього погляду вираз “*ubi jus ibi remedium*”¹⁵ не є простою тавтологією.

По відношенню до конституційного права це означає, що англійці, чиїми трудами поступово створювалась складна сукупність правотворів та інституцій, що зветься конституцією, звертали значно більше уваги на підшукування засобів для забезпечення прав приватних осіб або (що є теж саме з іншого боку) для запобігання певним проявам зла (несправедливості), ніж на проголошення прав людини або англійців. Акти Habeas Corpus не проголошують жодного принципу і не визначають жодних прав, але для практичних цілей вони варті сотні конституційних статей, що гарантують свободу особистості.

Не варто думати, що цей зв'язок між правами та засобами їх забезпечення, який залежить від духу законності, що притаманний англійським інституціям, є несумісним з існуванням писаної конституції або навіть з існуванням конституційного проголошення прав.

Конституція Сполучених Штатів та конституції окремих штатів викладені в писаних або друкованих документах. Але американські державні діячі виявили

¹⁴ (англ. Habeas Corpus Act) — законодавчий акт, прийнятий парламентом Англії в 1679 році. Визначає правила арешту та притягнення до суду звинуваченого у злочині. Надає право суду контролювати законність затримання та арешту громадян, а громадянам вимагати початку такої процедури (відомої під латинською назвою Habeas Corpus). Повна назва закону – “Акт про краще забезпечення свободи підданого та про запобігання ув'язненню за морями (тобто за межами Англії). Згідно з цим законом судді були зобов'язані за скаргою особи, яка вважає свій арешт або арешт будь-кого іншого незаконним, вимагати термінового доставляння арештованого до суду для перевірки законності арешту або для судового дослідження. Хабеас корпус – латинська фраза, що буквально означає “ти зобов'язаний мати тіло”, а змістовно – “надай арештованого особисто до суду”. Повністю фраза в юридичних текстах зустрічається у вигляді – “habeas corpus ad subjiciendum et recipiendum”.

¹⁵ Де є право, там є і його захист.

незрівнянне мистецтво в пошуку засобів для надання законного забезпечення правам, проголошеним американською конституцією. Панування права є характерною рисою як Сполучених Штатів, так і Англії.

Отже, “панування права” має три значення або може бути розглянуто з трьох різних позицій.

Воно означає, перш за все, абсолютне верховенство або домінування звичайного праводавства в протилежність впливу свавільної влади та виключає існування свавілля, прерогативу або навіть широкі дискреційні повноваження уряду.

Англіїцями управляє правотвір і тільки правотвір; у нас людина може бути покарана, але лише за порушення правотвору, а не за будь-що інше.

Воно означає далі рівність перед праводавством або однакове підпорядкування всіх класів звичайному праводавству держави, що застосовується звичайними, а не особливими судами.

Панування права в цьому сенсі виключає ідею про будь-яке звільнення посадових осіб або будь-кого від обов’язку підкорятися правотвору, якому підкоряються інші громадяни, або від відповідальності перед звичайними судами.

Панування права може, нарешті, застосовуватись як формула для вираження того факту, що конституційне право, тобто правила (норми), які в інших країнах природно формують частину конституційного кодексу, у нас є не джерелом, а наслідком прав приватних осіб, які визначаються та захищаються судами, що, якщо стисло, у нас принципи приватного права були настільки розвинуті судами та парламентом, що ними визначаються навіть положення Корони та її слуг.

Отже, конституція є результатом звичайного права країни” [20, с. 182-190].

Як відомо, робота А.В. Дайсі, що розглядається, “Вступ до вивчення конституційного права” вперше була опублікована у 1885 році, і після цього у зв’язку з її надзвичайною популярністю багато разів перевидавалася, при чому вісім разів за життя самого Дайсі.

Останнє восьме прижиттєве видання цієї роботи, яке з’явилося у 1914 році, являє особливий інтерес, оскільки у передмові до нього Дайсі навів аналіз змін,

які відбулися за 30 років, що минули після першого видання, відносно концепції верховенства права.

Дайсі зазначає, що “панування права, у тому вигляді, як воно описано у цьому трактаті, залишається до цих днів характерною рисою англійської конституції. В Англії ніхто не може бути підданий покаранню або примушений платити збитки за поведінку, яка прямо не заборонена законом; усі юридичні права людини та її відповідальність практично без змін визначаються звичайними судами держави, та особисті права кожної людини зовсім не є результатом конституції, а є підґрунтям, на якому заснована конституція”.

Водночас Дайсі з сумом відзначає, що “прадавнє шанування панування права за останні тридцять років зазнало в Англії помітного зменшення”.

При цьому найбільшу загрозу верховенству права Дайсі побачив у тому, що “нещодавні Акти (*парламенту*) надали юрисдикційну або квазі-юрисдикційну владу посадовцям, які знаходяться у більшому або меншому зв'язку з чинним урядом (і тому можуть бути під його впливом), та, таким чином, у деяких випадках виключили, а в інших - опосередковано зменшили владні повноваження судів.

Ця тенденція до применшення сфери панування права виявляється, наприклад, в юрисдикційній владі, наданій Комісарам з освіти Актом про освіту 1902 року, різним посадовцям Актами про національне страхування 1911 та 1913 років, та Комісарам з внутрішніх державних доходів та іншим посадовцям Актом про фінанси 1910 року.

Проте природа судів несумісна з веденням будь-яких справ інших, ніж судові. Основний обов'язок судді полягає в тому, щоб діяти у суворій відповідності з нормами права. Він, насамперед, повинен уникати будь-якого прояву несправедливості до особи.

Добре відомий афоризм, який часто застосовується до абсурдності неправильно, що “краще, щоб десять злочинців уникли покарання, ніж один невинний був звинувачений у злочині” насамперед нагадує нам, що найпершим

обов'язком судді є не покарання за злочин, а покарання без вчинення несправедливості.

Людина, яка працює в приватній компанії чи в державній установі, зобов'язана насамперед дбати про те, щоб організація, в якій вона працює, ефективно функціонувала.

Вона не змогла б цього робити, якби була б пов'язана тими правилами, що чітко стримують та обмежують дії судді.

Посадова особа часто має діяти зі строгістю до підлеглого, чия тупість, а не вчинення ним свідомого правопорушення, дає підстави для його звільнення.

Суддя ж навпаки в значно більшій мірі опікується тим, щоб закон (правотвір) суворо додержувався, ніж керується проявом власного ставлення до особи.

Загальновідомим є вислів: “Складні справи створюють погане право”; виконання посадових обов'язків, якщо коротко, є зовсім іншим, ніж винесення судового рішення: тому чим більш різноманітними стають справи, що передаються до розгляду цивільних службовців, тим більше буде спокуса, а часто й необхідність, надання посадовим особам саморозсудних дискреційних повноважень, що буде мати наслідком неможливість втручання судів у питання, що не мають юридичного регулювання” [24].

Отже, найбільшу загрозу верховенству права Дайсі вбачає в наданні юрисдикційних повноважень (тобто повноважень розглядати та вирішувати правові спори і справи про правопорушення, давати правову оцінку діям осіб або інших суб'єктів права, застосовувати санкції до правопорушників), які, за його переконанням, мають належати лише судам, іншим владним органам як державним, так і приватним.

Це обумовлено тим, що, як вказує Дайсі, будь-яка особа, що працює в приватній компанії або державній установі, в першу чергу зобов'язана опікуватись інтересами цієї компанії чи установи, що обумовлює те, що при прийнятті нею юрисдикційних рішень стосовно іншої особи вона не може бути в повній мірі незалежною, неупередженою та безсторонньою.

4. ВІТЧИЗНЯНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ СУТНОСТІ І ЗМІСТУ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

Вперше словосполучення “верховенство права” було офіційно застосовано у Конституційному Договорі між Президентом України та Верховною Радою України “Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України від 8 червня 1995 року”, в статті 1 якого було зазначено, що “В Україні діє принцип верховенства Права” [25].

При цьому слово “право” було написано з великої літери, що, на думку С. Головатого, вказує на те, що ця фраза “насправді була малозрозумілою навіть самим укладачам акта чи тим, хто офіційно його затверджував. Адже таке написання не впливає з диференційованого принципу української орфографії” [26].

В подальшому цей принцип знайшов нормативне закріплення у 1996 році в Конституції України, в частині 1 статті 8 якої проголошено, що “в Україні визнається і діє принцип верховенства права” [9].

Крім того, у статті 8 Кодексу адміністративного судочинства України закріплено, що “суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого зокрема людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського Суду з прав людини” [27].

У статті 8 Кримінально-процесуального кодексу України також закріплено, що “кримінальне провадження здійснюється з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави” [28].

У преамбулі Закону України “Про судоустрій і статус суддів” зазначено, що “цей Закон визначає правові засади організації судової влади та здійснення

правосуддя в Україні з метою захисту прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина, прав та законних інтересів юридичних осіб, інтересів держави на засадах верховенства права”.

У статті 2 цього Закону встановлено, що “суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України” [29].

З часів унормування принципу верховенства права в Конституції України минуло вже багато років, проте, за влучним висловом професора М. Козюбри “сутність і зміст цього принципу залишаються для більшості юристів, не кажучи вже про пересічних громадян, утаємниченими”.

Вчений зазначає, що далеко неоднозначно трактується зміст принципу верховенства права також у науковій літературі. Причому діапазон думок тут надзвичайно широкий – від ототожнення принципу верховенства права з традиційним для колишнього радянського правознавства принципом верховенства закону (англійське словосполучення *rule of law*, як відомо, іноді не зовсім коректно перекладають як “верховенство закону”) до розуміння принципу верховенства права як виключно верховенства справедливості і розуму.

Така багатозначність трактувань пояснюється, насамперед, багатогранністю самого феномена права та багатоманітністю його проявів, форм у реальному житті. Навряд чи у зв'язку з цим можливо надати якесь універсальне визначення названого принципу, оскільки будь-яке визначення ніколи не спроможне передати все багатство змісту принципу верховенства права.

Якщо ж спробувати коротко окреслити соціальну спрямованість принципу верховенства права, а саме у ній найповніше виражається його сутність, то можна сказати, що основне призначення принципу верховенства права полягає у забезпеченні свободи та прав людини, причому, насамперед, у її відносинах з державною владою та державними органами. За усталеною традицією в західній правовій теорії і практиці принцип верховенства права ототожнюється

здебільшого з верховенством фундаментальних прав людини. Саме у верховенстві фундаментальних природних прав людини у “концентрованому вигляді” і в людському вимірі представлене вихідне правове начало. Вони виступають як загальнообов'язковий правовий стандарт і одночасно як конституційна вимога до правової якості законів та інших нормативних актів, до організації і діяльності всіх гілок державної влади і посадових осіб. Таке розуміння принципу верховенства права закладене і в Конституції України.

Звичайно, для його здійснення необхідні певні правові умови: наявність правового законодавства (тобто законодавства, яке за своєю сутністю відповідає праву, є справедливим та таким, що в жодному разі не порушує основних прав і свобод особи), його послідовного втілення в життя, функціонування дієвих принципів: розподілу влади, незалежності суддів, неможливості відмови у правосудді, неможливості застосування покарання без закону тощо. По-друге, принцип верховенства права набуває самостійного, відмінного від принципу законності значення лише тоді, коли має місце теоретичне і практичне розрізнення права і закону. Право має розглядатись не як результат правотворчої діяльності держави, а тим більше її знаряддя, а як соціальний феномен, який має глибоке коріння в культурі – світовій і національній, у духовній історії народу, його традиціях, як явище, безпосередньо пов'язане з такими категоріями, як справедливість, свобода, гуманізм” [4].

В свою чергу академік Ю.С. Шемшученко вважає, що “право є категорією віртуальною, тобто сукупністю абстрактних регулятивних норм, зафіксованих у різних законах та інших нормативно-правових актах.

На відміну від розпливчастого, з формальною невизначеністю конкретних вимог принципу верховенства права, принцип верховенства закону є фундаментальною засадою режиму законності.

Жоден суд не приймає рішення, посилаючись на право як таке.

Більше того, саме через принцип верховенства закону здійснюється практична реалізація принципу верховенства права, оскільки у законі відображені об'єктивовані правила поведінки” [30].

Водночас Конституційний Суд України в рішенні № 15-рп від 02 листопада 2004 року (у справі про призначення судом більш м'якого покарання) дійшов такого висновку:

“Відповідно до частини першої статті 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Верховенство права - це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства.

Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України. Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи.

Справедливість - одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню.

У сфері реалізації права справедливість проявляється, зокрема, у рівності всіх перед законом, відповідності злочину і покарання, цілях законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення” [31].

Оцінюючи тлумачення принципу верховенства права, надане у згаданому рішенні Конституційного Суду України, М. Козюбра зазначає, що:

“В Рішенні Конституційного Суду України зроблені загалом цілком правильні акценти на тому, що:

- а) верховенство права означає панування права в суспільстві;

б) закріплення принципу верховенства права у Конституції України вимагає від держави його втілення у правотворчу діяльність і у правозастосування;

в) принцип верховенства права в жодному разі не зводиться до верховенства закону, оскільки в основу названого принципу покладена ідея розрізнення, відокремлення права і закону.

Окрім того, зазначає автор, загалом не викликають заперечень міркування Конституційного Суду України про справедливість як одну з основних засад права. Разом з тим вони мають досить абстрактний характер, а тому не дають надійних практичних орієнтирів для використання принципу верховенства права у безпосередньому правозастосуванні. Нечітко окресленим у вказаному Рішенні є розуміння права, адже за логікою Конституційного Суду України воно “не обмежується” лише законодавством, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї, які легітимовані суспільством.

По-перше, які механізми цієї легітимації? А по-друге, якщо навіть є відповідні моральні вимоги або звичаєві правила, які трансформуються у правові норми, то у такому разі вони уже ніяк не можуть трактуватися як моральні або звичаєві норми, оскільки ця трансформація перетворює їх у правові норми.

Більш дієвим для практичної діяльності принцип верховенства права буде тоді, коли він пов'язуватиметься не тільки з абстрактною і досить суб'єктивною категорією справедливості та надто розпорошеним розумінням права, а, насамперед, з основними невідчужуваними правами людини, в яких матеріалізується ідея справедливості. Дійсно, з одного боку, право не можна зводити лише до системи норм, але з іншого не варто розпорошувати його, вважаючи, що право і справедливість це одне і те саме”.

Ми живемо у розгалуженому нормативному світі, пише вчений, де практично все унормовано, якщо і недетально, то принаймні у вигляді засадничих ідеалів, і тут головне – “відшукати” право, визначити його у реальній ситуації. Самостійного, відмінного від традиційного для вітчизняної теорії і практики принципу верховенства закону, принцип верховенства права може набувати лише за умови розрізнення права і закону.

Це не означає протиставлення цих явищ. Забезпечення пріоритетності закону в ієрархії нормативних актів складає одну з передумов реалізації принципу верховенства права. Однак реально дієвою ця передумова буде лише тоді, коли закон виявиться правовим не лише за формою (тобто коли він прийнятий спеціально уповноваженим на те суб'єктом відповідно до встановленої процедури), а й за змістом.

У зв'язку з цим виникає одне з найскладніших питань: які закони можна назвати правовими?

Незважаючи на досить тривалу історію цього питання, абсолютно чітких критеріїв віднесення законів до правових не вироблено й до сьогодні. Досить часто для оцінки правових законів вдаються до застосування категорій справедливості, розуму, “правового ідеалу”, “правової природи речей” тощо. Віддаючи належне ролі ідей та ідеалів у генезисі права та в цілому, слід мати на увазі, що вони є надто абстрактними, неусталеними і суб'єктивними, а тому не можуть розглядатися як безпосередній регулятивний імпульс права.

У концентрованому вигляді і в людському вимірі правове начало, як зазначалося, представлено, насамперед, у вигляді природних невідчужуваних прав людини. Саме права людини є безпосередньо чинним правом і можуть застосовуватись “*contra legem*” або всупереч закону, якщо цей закон їм суперечить. Фундаментальні права людини становлять загальноцивілізаційну, загальнокультурну цінність, а тому давно стали об'єктом міжнародно-правового регулювання. Якщо говорити нашою термінологією, то можна висловитися таким чином: на Заході не існує абстрактного принципу законності, а існує принцип правозаконності. Іншими словами, застосовується не просто принцип верховенства закону, а принцип верховенства правового закону, а оцінку, є певний закон правовим або ні, у кінцевому підсумку дає суд” [4].

Інший відомий вітчизняний вчений професор П. Рабінович підкреслює, що “інтерпретація верховенства права не є однаковою. Проте для юридичної практики забезпечити певний рівень його однозначного, уніфікованого розуміння видається цілком необхідним.

Задля з'ясування сутності феномена верховенства права видається виправданим його, так би мовити, “поелементний” аналіз: слід встановити, по-перше, яке явище відображається терміно-поняттям “право” і, по-друге, в чому полягає верховенство цього явища. Якщо відповідь на перше питання має виявити, “вичленити” саме той феномен, якому має бути надано “панування” у суспільстві й державі, то відповідь на друге покликане схарактеризувати, в який спосіб, якими соціальними інструментами така ситуація може бути забезпечена.

Категорія справедливості - фундамент природно-правової позиції КСУ. Як акцентував КСУ, наріжним каменем, так би мовити, “лакмусовим папірцем” його праворозуміння є справедливість. І будь-які форми її прояву, на думку КСУ, якраз і становлять право (навіть якщо йдеться про такі форми, які у цьому рішенні не названо, про що свідчить вжите у наведеному фрагменті слово “тощо”). З цього боку КСУ рельєфно задекларував себе прихильником етичного (морального) праворозуміння, а висловлюючись ширше - послідовником скоріше за все школи “природного” (загальносоціального) права. Адже які б то не були соціальні регулятори, що є “справедливими”, вони становитимуть, на погляд Суду, право.

Другою складовою тут виступає, можна сказати, засада легістсько-позитивістська, оскільки однією з форм прояву справедливості визнається державний закон (хоча й не виключаються, зрозуміло, випадки, коли він не відповідатиме справедливості, тобто буде актом неправовим). Всезагальна здійсненність тих можливостей людини, які відображаються терміно-поняттям “право”, не може бути забезпечена без позитивної діяльності держави, без державно-вольового (“юридичного”) інструментарію - насамперед без закону й без суду. Саме держава має бути головним гарантом “панування” права, прав людини у суспільстві (хоч якраз вона, на жаль, часто-густо стає їх головним порушником).

Інтерпретуючи терміно-поняття “закон” (в англomовному варіанті – “law”), Євросуд неодноразово зауважував, що воно відображає відповідне явище “у його “сутнісному”, а не у “формальному” сенсі. Воно охоплює як акти нижчого, ніж закон рівня, так і неписане право... У сфері дії писаного права “законом” є

чинний правовий акт, як він витлумачений компетентними судовими органами у світлі нових фактичних обставин (рішення у справах «Kruslin», «Huvig»).

Нарешті, третьою складовою аналізованої інтерпретації КСУ виступають й інші - недержавні - соціальні регулятори, зокрема такі, як мораль, традиції та звичаї. Це свідчить про те, що у цій інтерпретації використані й елементи соціологічно-позитивістського праворозуміння”.

Автор дійшов висновку, що “на підставі узагальнення зафіксованих у численних рішеннях Євросуду низки ознак того явища, яке він відображає терміно-поняттям “право”, вдалося можливим запропонувати наступну дефініцію останнього: право - це об’єктивно зумовлені біологічними та соціальними факторами конкретні й реальні можливості задоволення потреб (інтересів) людини, справедливо збалансовані з можливостями задоволення потреб (інтересів) інших суб’єктів та усього суспільства”.

Водночас автор зауважує, що “...Євросуд постійно акцентує ситуативність змістовної інтерпретації поняття права (а отже, й поняття верховенства права), традиційно уникаючи такого вкрай абстрактного визначення (дефініювання) загального поняття права, яке можна було б поширити на усі без винятку конкретно-історичні й конкретно-суб’єктні життєві випадки” [32].

Отже, вчений стверджує, що англomовним відповідником слова “закон” є “law”, проте, водночас зауважує, що “зادля з’ясування сутності феномена верховенства права (rule of law)...слід встановити ... яке явище відображається терміно-поняттям “право”.

Таким чином, з огляду на те, що в англomовному варіанті принцип верховенства права має назву “rule of law”, автор у межах однієї публікації словом “law” фактично позначає або “закон”, або “право”.

Привертає увагу те, що М. Козюбра, розмірковуючи над принципом верховенства права, підкреслює, що “англійське словосполучення “rule of law” ...іноді не зовсім коректно перекладають як "верховенство закону", а П. Рабінович зазначає, що “закон” є в англomовному варіанті – “law”.

Отже, один учений вважає, що англійське слово “law” не коректно перекладати словом “закон”, а потрібно перекладати словом “право”, а інший наголошує, що слово “закон” в англійському варіанті якраз і є “law”.

У свою чергу С. Головатий вказує, що “...попри майже 15-річний строк від часу “офіціалізації” поняття “верховенство права” як юридичного принципу конституційного рівня, завдяки чому він увійшов до класу основоположних принципів новітньої системи українського права, йому так і не поталанило стати дієвим принципом вітчизняної юридичної практики ні в системі звичайних судів, ні в суді конституційної юрисдикції.

Чергові спроби дати власне визначення поняття “верховенство права” у наслідку продукують позитивістський парадокс, якщо не лінгвістичний абсурд на кшталт формули: “верховенство права - це панування права в суспільстві” де йдеться, за логікою позитивістської методології, передусім про “право” або такі його “елементи”, як “закони” чи “законодавство”.

Видається, що цій формулі навіть у межах позитивістської методології неможливо надати юридичного наповнення (пояснення) бодай через те, що в ній слова “верховенство” і “панування” є абсолютними синонімами стосовно українського терміносполучення “верховенство права”, яке саме по собі є не дуже вдалим перекладом з оригінального англійського терміносполучення “the rule of law”.

Наслідком еволюції двох формул, запозичених з юридичного позитивізму радянського періоду (від “верховенства закону в усіх сферах суспільного життя” - до “верховенства права в суспільстві”; та від “верховенства закону як ознаки правової держави” - до “верховенства права як ознаки правової держави”), стала поява двох тенденцій (підходів) в українському науковому середовищі стосовно сприйняття та тлумачення верховенства права.

Прямолінійно-механістичний підхід скидається на розтин словосполучення “верховенство права”. Хтось акцентує увагу на слові “верховенство”, запитуючи: “Яке значення має слово "верховенство" у конструкції "верховенство права"? Верховенство щодо кого чи чого?” Хтось, навпаки, пропонує спочатку

“встановити, яке явище відображається поняттям “право”, а потім уже з’ясувати, “у чому полягає верховенство цього явища”, називаючи такий підхід “поелементним аналізом” сутності верховенства права.

На загал, як видається, прямолінійно-механістичне сприйняття поняття “верховенство права” є домінуючим у сучасній українській правничій літературі.

Але воно однозначно є хибним, і на його основі українська юридична наука ніколи не вийде з глухого кута у питаннях розуміння та тлумачення цього поняття. ...Застосування цього підходу - через з’ясування передусім змісту поняття “право” - до тлумачення поняття “верховенство права” веде до того, що сутність верховенства права в кожному конкретному пошуку ставиться у пряму залежність від того, як окремий вчений розуміє зміст поняття “право”. Тому за такого підходу тлумачень сутності поняття “верховенство права” може бути рівно стільки, скільки є розумінь поняття “право”. Вагомість такого тлумачення ... зводиться нанівець і стає нікчемною в практичній площині. Адже багатоманітність тлумачень юридичного принципу унеможливорює уніфіковане його застосування в юридичній практиці, зокрема в судочинстві...

Станом на початок XXI ст. принцип верховенства права слід сприймати не просто як універсальний принцип права, а як інтегральний. Завдяки його інтегральному характеру західна юридична доктрина аксіоматично сприймає принцип верховенства права як сучасний Закон Природи (*Lex Naturalis*)”.

Учений вважає, що “...не існує жодної потреби у формальному визначенні поняття “верховенство права” чи утвореного на його концептуальній основі відповідного юридичного принципу”.

На думку автора, “було б найкраще, якби філософсько-юридичний зміст конструкції “the rule of law” був переданий шляхом запровадження в українську правничу мову одного слова-новотвору – “правовладдя”.

Правовладдя - це заперечення свавільної влади людини взагалі, чи однієї, чи гурту, чи одного з політичних органів (скажімо, у вигляді диктатури парламентської більшості) тощо. Це - категоричне й однозначне заперечення будь-якого прояву свавільного й егоїстичного людиновладдя” [33].

Професор Н. Оніщенко та С. Сунегін, аналізуючи основні аспекти взаємозв'язку та взаємозалежності принципів верховенства права та законності в діяльності адміністративних судів, зазначають що “основна особливість даного принципу (*верховенства права*) ...полягає в тому, що його вимоги мають значно більш абстрактний характер в порівнянні з іншими принципами адміністративного судочинства.

Це пов'язано з тим, що його вимоги не містять конкретних норм, які могли б бути безпосередньо застосовані для врегулювання відповідних суспільних відносин, а відтак і вирішення відповідної справи адміністративної юрисдикції.

...Цей принцип скоріше вказує на відповідні способи та напрями дослідження певних юридичних фактів (конкретних життєвих обставин), а також на підходи до оцінки і тлумачення законодавчих приписів.

Таким чином, основу принципу верховенства права складають природно-правові цінності, серед яких слід виділити природні права людини, які закріплені насамперед у відповідних міжнародно-правових конвенціях та договорах, а також інші цінності природного права, зокрема, принципи свободи, справедливості, рівності та гуманізму.

...Конструкція принципу верховенства права є, по-перше, надто абстрактною для того, щоб бути надійним керівництвом для її практичного застосування і, по-друге, зазначені складові цього принципу містять чимало суто оцінювальних категорій і понять, які, будучи неконкретизованими з урахуванням визначених соціокультурних вимірів, об'єктивно не можуть бути покладені в основу відповідного судового рішення.

...Вимоги принципу верховенства права, що базується на природно-правовій доктрині, не можуть бути надійним керівництвом для вирішення судових справ... Адже поняття справедливості, свободи, рівності, гуманізму тощо залежать від багатьох об'єктивних та суб'єктивних чинників.

У зв'язку цим законодавець, деталізуючи положення принципу верховенства права в частинах 2-4 статті 8 КАС України, встановив взаємозв'язок та взаємозалежність даного принципу з принципом законності. Законність слід

розглядати як специфічне суспільне явище, що визначає пріоритет закону у відносинах між владою й особою. При цьому законність гарантується системою соціальних і політико-правових факторів, першочерговим серед яких є забезпечення стабільності конституційних прав і свобод людини та їх гарантій.

Сприймаючи законність як особливий режим, можна, за певних умов, закріплювати панування закону в суспільних відносинах, а отже, в усіх зв'язаних з державою політичних відносинах.

Однак панування закону повинно розумітися лише в тому сенсі, що його безпосередньою метою є утвердження й забезпечення прав і свобод людини (принцип верховенства права), а відповідні відносини в суспільстві повинні складатися закономірно, тобто коли поведінка суб'єктів таких відносин враховує вимоги законодавства, а невиконання юридичних обов'язків чи інші порушення правових норм буде тягти за собою передбачену законом відповідальність.

...Принципи верховенства права та законності, особливо в контексті їх застосування судами, є тісно пов'язаними та взаємозалежними один від одного, оскільки панування права в суспільстві поза межами суворого дотримання норм законодавства, особливо суб'єктами владних повноважень, ніколи не буде досягнуто. Саме тому вказані принципи в жодному разі не потрібно протиставляти” [34].

Підсумовуючи викладене, можна сказати, що до цього часу в Україні не існує загально визнаного підходу до розуміння принципу “rule of law”, який в україномовному варіанті отримав назву “верховенства права”.

Вітчизняні дослідники зазначають, що на цей час існують шість основних підходів до розуміння цієї концепції:

- 1) отожднення верховенства права з верховенством закону у вузькому його розумінні;
- 2) розуміння верховенства права як верховенства закону в широкому значенні, тобто як верховенства всіх нормативно-правових актів;

3) ототожнення верховенства права із верховенством розуму і справедливості;

4) пріоритет загально визнаних принципів та норм міжнародного права перед національним законодавством;

5) ототожнення верховенства права з верховенством конституції;

6) ототожнення верховенства права з основними правами людини.

При цьому помітною тенденцією в науковому середовищі є те, що при розкритті змісту принципу верховенства права особлива увага приділяється насамперед належному з'ясуванню того поняття, яке позначається словом "право" в контексті саме цього принципу, та визначенню співвідношення між правом і законом.

Крім того, поширеною є думка про неможливість та відсутність потреби надати формальне визначення принципу верховенства права, оскільки будь-яке визначення неспроможне передати все багатство змісту цього принципу.

5. СУЧАСНІ ЄВРОПЕЙСЬКІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ СУТНОСТІ І ЗМІСТУ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

На цей час принцип верховенства права, поряд з демократією та правами людини, вважається одним з трьох стовпів Ради Європи та закріплений у преамбулі Європейської конвенції з прав людини.

Ця концепція втілена також у низці міжнародних інструментів у сфері прав людини та в інших нормативних документах і розглядається як основоположний складовий елемент будь-якого демократичного суспільства.

Із цих підстав даному принципу приділяється особлива увага, зокрема, з боку Парламентської Асамблеї Ради Європи, яка в резолюції від 23.11.2007 року № 1594 зазначила, що поняття “Rule of law”, що сприймається європейськими націями як загальна цінність та основоположний принцип досягнення більшої єдності, є визнаним у Статуті Ради Європи в 1949 році.

Цей принцип поряд з принципами демократії та прав людини відіграє важливу роль в Раді Європи та, зокрема, в судовій практиці Європейського суду з прав людини. Незважаючи на загальну відданість цьому принципу відмінності в термінології та в розумінні цього принципу як всередині Ради Європи, так і в її державах-членах приводить до плутанини.

З урахуванням викладеного, Асамблея зазначила, що “це питання заслуговує подальшого вивчення при сприянні Європейської комісії “За демократію через право” (Венеціанська комісія¹⁶) [23].

На підставі вказаної резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи Венеціанською комісією було проведено дослідження, результати якого були відображені в Доповіді про верховенство права (березень 2011 року).

У згаданій Доповіді Венеціанська комісія зазначила, що “завдання проведеного дослідження полягало в тому, **щоб дати загальне визначення**

¹⁶ Венеціанська комісія (створена в 1990 році) - дорадчий орган Ради Європи з питань конституційного права, який надає висновки про відповідність проектів законодавчих актів європейським стандартам та цінностям. Офіційна назва — Європейська комісія за демократію через право. Сесії відбуваються в Венеції, звідки й неофіційна назва комісії. Висновки комісії широко використовуються Парламентською Асамблеєю Ради Європи як віддзеркалення “європейських стандартів” у галузі демократії.

принципу “верховенства права”, яке змогло б допомогти міжнародним організаціям, а також національним та міжнародним судам при тлумаченні та застосуванні цієї основоположної цінності”.

При цьому Комісія зауважила, що сам характер такого визначення повинен бути таким, щоб це забезпечувало його практичне застосування.

За результатами дослідження Венеціанська комісія у Доповіді про верховенство права дійшла наступних висновків:

“Хоча термінологія є схожою, важливо відзначити, що поняття “верховенство права” (“Rule of law”) (або термін, що застосовується Радою Європи “*prééminence du droit*”) не завжди є синонімом понять “Rechtsstaat”, “Estado de Direito” или “Etat de droit”.

Не є це синонімом і російському поняттю “верховенство закону” (“Rule of the laws/of the statute” (*verkhovenstvo zakona*) або терміну “правова держава” (“*pravovoe gosudarstvo* (“law governed state”)).

Відмінності в значеннях, які надаються поняттю “верховенство права” - а також “правова держава” - можуть поставити під сумнів корисність такого визначення в межах фундаментальної концепції публічного права.

Проте цю концепцію *потрібно зрозуміти й надати їй визначення*, оскільки вона з’являється в багатьох юридичних документах та розглядається як основоположний складовий елемент будь-якого демократичного суспільства.

Якщо подивитись на правові інструменти як національні, так і міжнародні, а також на праці вчених, суддів та інших фахівців, то видається, що на цей час існує певний консенсус по відношенню до основного значення поняття “верховенство права” та аспектів, що містяться в ньому.

Можливо, наступне визначення, яке надав Том Бінгем, є таким, що найкраще охоплює головні елементи поняття “верховенство права”:

“Всі особи і органи влади в державі як державні, так і недержавні мають бути зв’язані та мати право користуватися правотворами, що є відкрито прийнятими, такими, що набирають чинність (як правило) на майбутнє та відкрито застосовуються в судах”.

Це коротке визначення, яке поширюється як на державні, так і на недержавні органи, доповнюється 8 “складовими” верховенства права.

Вони включають:

- 1) доступність правотвору (положення якого мають бути зрозумілими, чіткими та передбачуваними);**
- 2) питання юридичних прав мають, як правило, вирішуватись на підставі праводавства, а не за розсудом;**
- 3) рівність перед правотвором;**
- 4) влада має здійснюватись у відповідності з праводавством, справедливо й розумно;**
- 5) права людини мають бути захищені;**
- 6) мають бути надані засоби для врегулювання спорів без невинуватених витрат або затримок;**
- 7) суди мають бути справедливими;**
- 8) держава має дотримуватись своїх зобов'язань як у межах міжнародного, так і національного праводавства.**

Запропонована Бінгемом вимога про те, що правотвори мають прийматися відкрито і набирати чинності на майбутнє, відноситься до природи права і прийняття правотворів, і вимагає, як і Дайсі, щоб самі правотвори були доступними, чіткими і такими, що зорієнтовані на перспективу.

Але, при розширенні цього поняття, Бінгем уточнює, що, на відміну від Дайсі, він визнає, що у нашому складному суспільстві необхідна певна свобода розсуду з боку державних посадових осіб, але при цьому такий розсуд не повинен бути безмежним і не можна дозволяти приймати свавільні чи нерозумні рішення (таким чином, сама природа права наповнюється як процедурним, так і субстантивним (матеріальним) змістом).

Твердження Бінгема про те, що всі особи і владні органи повинні бути “зв'язані” правотвором, стосується як членів державних і недержавних організацій, від яких очікується додержання праводавства, так і державних посадових осіб (від яких очікується як дотримання праводавства у тому сенсі, що

вони не будуть перевищувати своїх повноважень, так і застосування праводавства на основі рівності і незалежно від статусу об'єкта застосування правотвору чи якихось погроз або стимулів, запропонованих особі, що приймає рішення).

Думка Бінгема про те, що кожен має право користуватися правотворами, розуміє доступ до правосуддя у двох сенсах: по-перше, це доступ до судів для того, щоб вимагати застосування правотвору, а по-друге, процедури у цих судах повинні бути справедливими, а судові рішення необхідно приймати незалежно і безсторонньо.

Виходячи з цього визначення, а також з інших, заснованих на самих різних правових та державних системах, видається, що в наші часи можливо знайти консенсус стосовно необхідних складових верховенства права, а також правової держави, які будуть не тільки формальними, але й субстантивними або матеріальними (*materieller Rechtsstaatsbegriff*).

Це наступні аспекти:

- 1. Законність, у тому числі прозорий, підзвітний і демократичний процес прийняття праводавства.**
- 2. Правова визначеність.**
- 3. Заборона свавілля.**
- 4. Доступ до правосуддя, що забезпечується незалежними та безсторонніми судами.**
- 5. Дотримання прав людини.**
- 6. Недискримінація і рівність перед правотвором.**

(1) Законність (верховенство правотвору)

Дайсі підкреслював важливість дотримання принципу законності. **Це, насамперед, означає, що правотворів необхідно дотримуватись.**

Ця вимога стосується не лише окремих осіб, але й органів влади як державних, так і недержавних. Оскільки законність стосується дій публічних посадових осіб, це означає також, що вони повинні отримати дозвіл на виконання певних дій і що вони повинні діяти у межах тих повноважень, які їм були надані.

Законність означає також, що ніхто не може бути покараний, крім як за порушення раніше прийнятого чи визначеного правотвору, і при цьому сам правотвір не може бути порушений безкарно.

Правотвір повинен, у межах можливого, бути спонукуваним.

Термін “правотвір” відноситься, насамперед, до національного законодавства та загального права.

Проте розвиток міжнародного права, а також те значення, якого надають міжнародні організації дотриманню принципу “верховенства права”, приводить до того, що це питання розглядається і на міжнародному рівні: принцип *pacta sunt servanda* (договори повинні виконуватися) є саме тим підходом, в якому міжнародне право виражає принцип законності.

(2) Правова визначеність

Принцип правової визначеності є істотно важливим для забезпечення довіри до судової системи та верховенства права. Він є також важливим і для продуктивної бізнесової діяльності з тим, щоб генерувати розвиток та економічний прогрес.

Для досягнення такої довіри держава повинна забезпечувати, щоб тексти правотворів були легкодоступними.

Вона також повинна дотримуватися й виконувати передбачуваним і поступовим чином ті правотвори, які вона приймає.

Передбачуваність означає, що правотвір повинен, коли це можливо, бути оприлюдненим до його застосування й бути передбачуваним щодо його наслідків: він повинен бути сформульований досить чітко, щоб дати можливість особі регулювати свою поведінку.

Необхідність у визначеності не означає, що особам, які уповноважені приймати рішення, не можуть бути надані, коли це необхідно, повноваження діяти на власний розсуд, але за умови, що існують механізми, що запобігають неналежному застосуванню таких повноважень. У цьому контексті правотвір,

який надає державному органу влади простір для власного розсуду, повинен визначати сферу дії такої свободи розсуду.

Верховенству права суперечило б таке положення, коли юридична свобода розсуду виконавчій владі надається необмежено.

Таким чином, у правотворі повинна бути вказана сфера будь-яких форм розсуду, а також те, як така свобода розсуду повинна виконуватися, причому це повинно бути вказано досить ясно, для того аби окрема людина була належним чином захищена від свавілля.

Правова визначеність вимагає, щоб юридичні норми були чіткими і точними та спрямованими на забезпечення передбачуваності ситуацій і правовідносин, що виникають.

Зворотна дія норм також суперечить принципіві правової визначеності, щонайменше в кримінальному праві (стаття 7 Конвенції), оскільки суб'єкти права повинні знати наслідки своєї поведінки; але це також стосується і цивільного та адміністративного права – тією мірою, в якій це негативно впливає на права та законні інтереси.

Крім цього, правова визначеність вимагає дотримання принципу *res judicata* (вирішена судом справа). **Остаточні рішення національних судів не повинні піддаватися сумніву. Це вимагає також забезпечення фактичного виконання остаточних судових рішень.**

У спорах між приватними особами забезпечення виконання остаточних судових рішень може вимагати допомоги з боку державних органів, для того щоб уникнути будь-якого ризику “приватного правосуддя”, яке б суперечило верховенству права.

Системи, які дозволяють анулювати остаточні постанови без переконливих підстав суспільного інтересу і протягом невизначеного часу, несумісні з принципом правової визначеності.

Крім цього, парламентам не можна дозволяти порушувати основоположні права (людини) внаслідок прийняття неоднозначних законів. Це надає істотний

правовий захист окремим особам у відносинах з державою, її органами та службовцями.

Правова визначеність також означає, що зобов'язання чи обіцянки, взяті на себе державою по відношенню до окремих осіб, загалом повинні виконуватись (поняття “законних очікувань”).

Однак потреба у визначеності не означає, що норми повинні бути настільки негнучкими, щоб це робило неможливим урахування інтересів гуманності і справедливості.

Існування суперечливих рішень у практиці Верховного чи Конституційного суду суперечить принципу правової визначеності.

Тому вимагається, щоб суди, особливо вищих інстанцій, запроваджували такі механізми, які б дозволяли уникати суперечливості та забезпечували послідовність їх судової практики.

Правова визначеність і верховенство праводавства означають, що правотвір виконується на практиці. Це означає також, що існують реальні можливості і умови для його виконання.

Тому дуже важливо оцінювати чи є правотвір таким, що буде виконуватись фактично на практиці, ще до його прийняття, а також у подальшому проводити перевірки його ефективного виконання.

Це означає, що при розгляді питання верховенства права необхідно враховувати проведення оцінки праводавства до його прийняття і після введення його в дію.

(3) Заборона свавілля

Хоча у сучасних складних суспільствах свобода розсуду може бути необхідною для реалізації низки урядових завдань, такі повноваження не повинні реалізовуватися у довільний спосіб.

Таке здійснення повноважень може призвести до прийняття по суті несправедливих, нерозумних, нераціональних чи таких, що пригнічують свободу рішень, що є несумісним з поняттям верховенства права.

(4) Доступ до правосуддя, що забезпечується незалежними й безсторонніми судами

Будь-яка людина повинна мати можливість оскаржувати дії та рішення владних органів, які суперечать його чи її правам або інтересам.

Заборона такого оскарження порушує принцип верховенства права.

Як правило, такі оскарження повинні робитися в судах, але в деяких державах дозволені альтернативні шляхи оскарження у менш формальних органах з вирішення спорів, після яких можна звернутися з оскарженням до суду.

У державі, що заснована на верховенстві права, важливе значення має роль судової системи.

Саме вона є гарантом правосуддя – основоположної цінності у правовій державі. Надзвичайно важливим є те, щоб судова система мала повноваження визначати, які правотвори мають застосовуватись та діяти у конкретному випадку, вирішувати питання фактів і застосовувати правотвір до фактів у відповідності з належною, тобто доволі прозорою і передбачуваною методологією тлумачення.

Судова система повинна бути незалежною й безсторонньою.

Незалежність означає, що судова система є вільною від зовнішнього впливу і не контролюється іншими гілками влади, насамперед, виконавчою владою. Ця вимога є невід'ємною частиною основоположного демократичного принципу розподілу влади. Судді не повинні піддаватися політичному впливу чи маніпуляції. Безсторонність означає, що судова система не визначає наперед - навіть зовні – результатів розгляду справи.

Повинні проводитися справедливі і відкриті слухання справи, а також має бути передбачений розумний строк для розгляду та вирішення справи.

Крім цього, повинна існувати визнана, організована і незалежна юридична професія, члени якої мають відповідні юридичні повноваження, прагнуть і де-факто мають можливості надавати юридичні послуги. Оскільки правосуддя повинно бути доступним з матеріальної точки зору, у випадку необхідності, необхідно надавати безкоштовну юридичну допомогу. Більше того, має існувати

установа чи організація, прокуратура, яка в певній мірі також є автономною від виконавчої влади і яка повинна забезпечувати те, щоб порушення праводавства у випадках, коли про них не заявляють потерпілі, могли бути передані до суду.

Нарешті судові рішення необхідно ефективно виконувати і слід виключити можливість (крім найбільш виняткових випадків) перегляду остаточного судового рішення (дотримання принципу *res judicata*).

(5) Дотримання прав людини

Дотримання принципу верховенства права і прав людини необов'язково є синонімами. Однак існує значне взаємне перетинання цих двох концепцій, й багато прав, що закріплені в документах, таких як Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, також прямо чи опосередковано посиляються на верховенство права. Права, які вочевидь найбільш пов'язані з верховенством права, включають у себе наступні:

- (1) право на доступ до правосуддя,
- (2) право на юридично компетентного суддю,
- (3) право на те, щоб бути заслуханим,
- (4) неможливість повторного притягнення до кримінальної відповідальності за один і той же злочин (*ne bis in idem*) (стаття 4 Протоколу № 7 до Конвенції),
- (5) правовий принцип, згідно з яким заходи, що накладають обтяження, не повинні мати зворотної дії,
- (6) право на ефективні засоби правового захисту (стаття 13 Конвенції) в будь-якому спорі,
- (7) кожна людина, яка звинувачується у вчиненні злочину, користується презумпцією невинуватості, доки не буде доведена її вина,
- (8) право на справедливий судовий розгляд або, в англо-американській традиції, принцип “природного правосуддя” чи “належного процесу”; мають проводитись справедливі і відкриті слухання, без упередженості, і має бути передбачений розумний строк, протягом якого справа повинна бути розглянута і по ній має бути винесено рішення.

Крім цього, повинна існувати визнана, організована і незалежна юридична професія, члени якої мають відповідні юридичні повноваження, прагнуть і де-факто мають можливість надавати юридичні послуги.

Більшість цих прав (так само, як і принцип незалежності та неупередженості судової системи) викладені в ст. 6 Конвенції.

Проте й інші права можуть мати відношення до поняття верховенства права, наприклад право на висловлення думки, що дозволяє критику чинного уряду (ст. 10 Конвенції), а також такі права, як заборона тортур або нелюдського чи такого, що принижує людську гідність, поводження або покарання (ст. 3 Конвенції), які можуть бути пов'язані з поняттям справедливого судового розгляду.

(6) Недискримінація та рівність перед правотвором

Дайсі підтримує поняття рівності своєю вимогою про те, що при пануванні права існує “загальне підкорення” всіх правотвору.

У цьому контексті він формулює поняття формальної рівності у тому сенсі, що всі правотвори, хоч які несправедливі вони на практиці, мають однаково застосовуватись та послідовно виконуватись.

Формальна рівність, тим не менш, є важливим аспектом верховенства права - за умови, що вона дозволяє нерівне поводження у тому випадку, коли це необхідно для досягнення фактичної рівності, і може застосовуватися гнучко без шкоди основоположному принципу поняття недискримінації, який, поряд з рівністю перед правотвором, являє собою основний і загальний принцип, пов'язаний із захистом прав людини.

Як підкреслюється в документі Ради Європи від 2008 року, що присвячений даному питанню, ці два принципи є принципами прав людини у тій же мірі, як вони є принципами верховенства права, і судові правотвори Суду мають тенденцію застосовувати заборону на дискримінацію таким чином, що немає необхідності посилатися на цей принцип як на принцип верховенства права, хоча і

є певне визнання того, що права та обов'язки всіх людей перед правотвором є одним із аспектів верховенства права.

Заборона дискримінації означає, що в правотворах не дозволяється реалізовувати дискримінацію стосовно окремих осіб чи груп.

Будь-яке невинуватене нерівне поводження на підставі правотвору забороняється, і всім людям гарантується рівний та ефективний захист від дискримінації за ознаками расової приналежності, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичної чи іншої думки, національного або соціального походження, власності, народження чи іншого статусу.

Рівність перед правотвором означає, що стосовно кожної особи діють однакові правотвори, і при цьому жоден індивідуум чи група не мають особливих юридичних привілеїв” [35].

На завершення Венеціанська комісія зазначила, що поняття верховенства права не є таким розвинутим в юридичних документах та на практиці, як інші стовпи Ради Європи – права людини й демократія.

Проте це поняття все частіше включається до національних та міжнародних юридичних документів й прецедентної практики.

При цьому верховенство права дійсно являє собою основоположний та загальний європейський стандарт для того, щоб направляти та обмежувати здійснення демократичної влади.

Комісія зауважила, що її завдання полягає в тому, щоб Рада Європи, - міжнародна організація, яка визначила верховенство права як один зі своїх трьох стовпів, - могла б зробити свій внесок, поряд з іншими організаціями та установами, в практичне здійснення цього важливого принципу через своє тлумачення та застосування його по відношенню до своїх держав-членів [35].

Отже, загальноєвропейською тенденцією щодо принципу верховенства права є якомога точна конкретизація змісту цього принципу з метою його практичного застосування міжнародними організаціями та судами, а також безпосередньо державами - членами європейського співтовариства, зокрема, їхніми національними судами.

6. КОНЦЕПЦІЯ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА Т. БІНГЕМА

Ім'я лорда Томаса Бінгема барона Корнхільського (13.10.1933 р. – 11.09.2010 р.) майже невідоме в Україні, а його наукові праці, зокрема ті, що стосуються принципу верховенства права, наскільки нам відомо, не були перекладені на українську мову та не обговорювались у вітчизняному науковому середовищі.

Проте лорд Бінгем вважається на Заході одним з найвидатніших юристів та найвизначнішим суддею сучасної епохи, якому вперше в історії Великої Британії вдалося обійняти усі три найважливіші посади в судовій системі цієї країни: Хранителя сувоїв (Master of the Rolls) – другого найстаршого судді в Англії та Уельсі після Лорда-Головного Судді, в подальшому – посаду Лорда-Головного Судді (Lord-Chief Justice) – голови судової системи Англії та Уельсу, а також з 2000 року – посаду Старшого Судового Лорду (Senior Law Lord) в Палаті Лордів Великої Британії.

У 2005 році він був нагороджений найвищою нагородою Великої Британії - орденом Підв'язки і став першим професійним суддею цієї країни, який був вшанований у такий спосіб¹⁷.

Після виходу в 2008 році у відставку з посади Старшого Судового Лорду Т. Бінгем був Президентом та Головою Британського інституту міжнародного та порівняльного права. Його судові рішення з прав людини, лекції та друковані роботи, особливо його остання книга “Верховенство права”, вважаються такими, що містять дуже плідні ідеї.

Що стосується визначення верховенства права, яке Венеціанська комісія визнала таким, що “найкраще охоплює головні елементи поняття “верховенство права”, то вперше це визначення було оприлюднено Т. Бінгемом 16.11.2006 року в щорічній лекції на честь віце-ректора Кембриджського університету сера Д. Уїльямса.

¹⁷ Найшляхетніший орден “Підв'язки” (англ. The Most Noble Order of Garter) - найвищий лицарський орден Великої Британії. Всього за статутом лицарів ордена Підв'язки не може бути більше 24 осіб, окрім монарха, принца Уельського, членів королівської родини та іноземних монархів.

Важливо відзначити, що під час презентування концепції верховенства права Т. Бінгем обіймав посаду Старшого Судового Лорду, еквівалентом якої з жовтня 2009 року стала посада Голови Верховного Суду Великої Британії.

Лорд Бінгем не розглядає верховенство права як абстрактну конструкцію, вимоги якої не можуть бути покладені в основу судових рішень, а навпаки розглядає його як існуючий конституційний принцип, застосування якого є обов'язковим для суддів при ухваленні судових рішень, та, як чинний суддя, на конкретних прикладах демонструє його практичне застосування судом.

У цьому зв'язку концепція верховенства права, сформульована лордом Бінгемом під час його перебування на найвищій судовій посаді, являє надзвичайну важливість, як така, що відображає не теоретичні, а сучасні практичні уявлення про зміст цієї основоположної цінності та фактично є розумінням цього принципу британською судовою системою.

За таких умов вважаємо за доцільне навести у цій монографії переклад повного тексту лекції Т. Бінгема, що присвячена верховенству права, оскільки, на нашу думку, саме повний текст лекції у повній мірі передає нюанси практичного застосування судом цього принципу.

При перекладі слова “law” були використані запропоновані нами слова “правотвір” та “праводавство” у значенні відповідно будь-якого акта, яким встановлені правила (норми), та сукупності (системи) таких актів.

Слово “право” застосовувалось тоді, коли у тексті лекції з'являлися поняття, яким в українській мові відповідають усталені словосполучення на кшталт “верховенство права”, “кримінальне право” тощо.

Слово “закон” при перекладі застосовувалось у відповідності з його сучасним формальним визначенням, тобто лише по відношенню до слів, які безпосередньо означають акти вищого органу законодавчої влади - парламенту Великої Британії (statute, act) і, відповідно, слово “законодавство” застосовувалось лише до системи (сукупності) таких актів парламенту (legislation, statute law).

“Верховенство права”

Високоповажний лорд Бінгем Корнхільський, лицар ордена Підв'язки,

Палата лордів

16 листопада 2006 року.

Це велика шана та честь виступити з шостою лекцією на честь сера Девіда Уїльямса.

Це також є справжнім випробуванням, оскільки наукова репутація сера Девіда настільки висока, що знаходиться поза будь-яким порівнянням.

Проте завдяки великому колу його досягнень – як вченого-правника, керівника університету, голови університетського коледжу, державного діяча та відданого сина Уельсу – доповідачеві складно обрати тему, що не зачіпає галузі, які б сер Девід уже не поліпшував.

При обранні Верховенства Права в якості головного предмета лекції моїм найщирішим сподіванням є те, що сер Девід з часом і сам дійде до того, щоб надати нам свої обґрунтовані міркування щодо цієї теми.

Закон про конституційну реформу 2005 року у частині 1 встановлює, що цей закон не має несприятливого впливу на “існуючий конституційний принцип верховенства права” або “на існуючу конституційну роль Лорда-канцлера по відношенню до цього принципу”.

Це законодавче положення, як зазначив Генеральний прокурор, демонструє важливість, що надається верховенству права в сучасну епоху, що додатково відображено в присязі, яку приймають Лорди-канцлери згідно з частиною 17(1) вказаного закону, дотримуватись верховенства права та захищати незалежність судової системи.

Проте цей закон не дає визначення існуючому конституційному принципу верховенства права та не визначає існуючої конституційної ролі Лорда-канцлера по відношенню до нього.

Значення цього існуючого конституційного принципу можливо вважається таким, що є безсумнівно надто ясным та добре зрозумілим, аби вимагати його

визначення у законі, та й справді, судді постійно посиляються в своїх рішеннях на верховенство права.

Проте вони не пояснюють, що мають на увазі під цим висловом, та вельмишановні автори висловили сумніви щодо його значення та цінності.

Так, Джозеф Раз висловив думку про тенденцію застосування верховенства права як умовного позначення позитивних аспектів будь-якої політичної системи.

Джон Фінніс описав верховенство права як “назву, що зазвичай дається стану справ, при якому правова система знаходиться в юридично добрій формі”.

Джудіт Шкляр зауважила, що цей вислів можливо став безглуздим завдяки ідеологічному зловживанню та загальному надмірному застосуванню:

“Можливо він став ще одним з тих самовдоволених високомовних фігур мови, які прикрашають публічні висловлювання англо-американських політиків. Тому жодних інтелектуальних зусиль не варто витратити на цей зразок базікання правлячого класу”.

Джеремі Уолдрон, коментуючи дебати Буша та Гора, в яких на верховенство права посилалися обидві сторони, визнав, що склалося загальне враження, що вимовляння тих магічних слів означало трохи більше, ніж “Ура! Давай за нас!”.

Браян Таманага описав верховенство права як “надзвичайно тонке поняття”, що викликає “великі розходження в його розумінні”, та аналогічне поняттю Добра у тому сенсі, що “всі за нього, проте, мають контрастні переконання про те, що ж воно таке”.

Автори закону 2005 року можливо знали, а може й ні про ці критичні думки науковців.

Проте вони навряд чи могли бути необізнаними в тому, що визначення верховенства права Дайсі, вперше запропоноване ним у 1885 році, викликало значну полеміку, яка триває на протязі всіх років, що минули з того часу.

Таким чином, навряд чи значення цього конституційного принципу вважалося настільки ясным, щоб уникнути необхідності в його визначенні.

Можливо, більш вірогідним є те, що автори закону 2005 року усвідомлювали надзвичайну складність формулювання лаконічної та точної

дефініції, яка б підходила до включення у закон, та зволіли залишити проблему визначення верховенства права судам, якщо та коли така нагода з'явилась би.

Якщо так, то така позиція знаходить значне розуміння, тим більше, що до певної міри зміст цієї концепції з часом змінювався та, без сумніву, схоже, що буде змінюватись і в подальшому.

Проте законодавче визнання верховенства права в якості існуючого конституційного принципу та існуючої ролі Лорда-канцлера по відношенню до цього принципу має важливі наслідки: судді при ухваленні судових рішень, не в змозі відкинути верховенство права як безглузду фразу, як юридичний еквівалент деякої прописної істини, навіть якщо вони й були б схильні до цього.

Вони були б зобов'язані розтлумачити закон, у межах розумного, так, щоб він не порушував існуючий конституційний принцип.

Та й поведінка Лорда-канцлера по відношенню до цього принципу була б, без сумніву, чутливою, при здійсненні ним судового перегляду.

Таким чином, можливо не є передчасним спробувати визначити, що саме на цей час у нашій країні розуміють під існуючим конституційним принципом верховенства права, визнаючи, звісно, як чинний суддя і має робити, що будь-які погляди, які він пропонує, можуть зів'язати або вмерти у світлі майбутніх змагальних доказів у конкретній справі.

Стрижнем цього існуючого принципу, я вважаю, є те, що всі особи і органи влади в державі як державні, так і недержавні мають бути зв'язані та мати право користуватися правотворами, що є відкрито проголошеними, зорієнтованими на майбутнє та відкрито застосовуються в судах¹⁸.

Сумніваюсь, що знайдеться хто-небудь, хто наслідиться стверджувати, що це визначення, навіть якщо воно і є точним в якості загального принципу, могло б бути застосовано без винятків або застережень.

¹⁸ Наведена дефініція верховенства права дещо відрізняється від дефініції цього принципу, що наведена Венеціанською комісією у Доповіді про верховенство права (2011 рік).

Це пояснюється тим, що Венеціанською комісією визначення верховенства права було взяте не з лекції Т. Бінгема "Верховенство права" 2006 року, а з його книги, що має таку ж назву, яка була опублікована у 2010 році і в якій Т. Бінгем дещо змінив визначення принципу верховенства права.

Наприклад, є певні провадження, в яких судочинство може здійснюватись, лише якщо вони не є відкритими.

Проте видається, що будь-яке обмеження вимагає уважного розгляду та чіткого обґрунтування

Я вважаю, що це формулювання, безумовно, багато в чому завдячуючи Дайсі, виражає фундаментальну істину, запропоновану Джоном Локком у 1690 році, що “коли закінчується закон, починається тиранія”, а також славнозвісне твердження Томаса Пейна, промовлене в 1776 році, що “в Америці ЗАКОН – ЦЕ КОРОЛЬ, оскільки як в абсолютистських державах король є законом, так і у вільних країнах закон має бути королем, і не має бути нікого іншого”.

Однак я не думаю, що значення цього принципу може бути в достатній мірі зрозумілим без дослідження його змісту, яке для зручності може бути розділено на ряд під-правил.

Я визначив вісім таких правил, які маю намір стисло обговорити.

Нічого нового, на жаль, в них немає, і більш винахідливі уми могли б, без сумніву, запропонувати додаткові або кращі під-правила, або обмежитись меншою їх кількістю.

По-перше, правотвір має бути доступним та, наскільки це можливо, зрозумілим, ясным і передбачуваним.

Це видається очевидним: якщо всі зв’язані правотвором, то необхідно, щоб без зайвої складності всі могли розібратися, що ж він собою являє, навіть якщо для цього необхідно проконсультуватися (як це зазвичай й буває), і отримана відповідь має бути доволі чіткою, щоб можна було на ній ґрунтувати подальші дії.

Для цього існує англійська влада, і Європейський суд з прав людини також висловив свою думку досить чітко:

“...правотвір має бути в достатній мірі доступним: громадянин повинен мати можливість отримати вказівку, що є належним в умовах правових норм, що застосовуються у конкретній справі... норма не може розглядатися як “правотвір”, доки вона не сформульована з достатньою точністю, що дозволяє громадянину регулювати свою поведінку: він повинен мати можливість – при необхідності

після відповідного консультування – передбачати у мірі, що є розумною в конкретних обставинах, наслідки, які конкретна дія може викликати”.

Як не очевидна ця думка, але, я не вважаю, що вона є тривіальною.

Наявна законодавча гіперактивність, яка, здається, стала характерною рисою нашого правління (у 2004 році – майже 3500 аркушів основного законодавства, в 2003 – близько 9000 аркушів законодавчих актів – цілий том сучасного законодавства) викликає, незважаючи на наявність Інтернету, серйозні проблеми доступності законодавства.

І все це законодавство є складеним у британській традиції законотворення, яке, незважаючи на всю його технічну віртуозність, так сильно залежить від заплутуючих перехресних посилань та інкорпорування.

Проте звинувачувальний перст, заради справедливості, не може бути спрямований лише на законодавця: об’ємність, складність та іноді занудна багатослівність сучасних судових рішень загального права, особливо вищих інстанцій, являє окрему проблему.

Ці проблеми могли б, принаймні теоретично, бути зменшені, якби Палата лордів була зобов’язана надавати єдину правову позицію: рішення, на користь якого час від часу висловлюються і яке ми з покійним лордом Брайтманом незадовго до його смерті запропонували у зв’язку з об’ємністю правових позицій у справі “державна (Джексон) проти Генерального Прокурора”.

Стосовно цього існує серйозна полеміка, до якої нещодавно долучився й Головний суддя США Робертс у його зверненні до Американського коледжу судових юристів, проте, не єдина, яку б я в цілому прийняв, у значній мірі з тих підстав, які представив лорд Рейд у його зверненні до Товариства викладачів-правників у 1971 році.

Я згоден з лордом Рейдом, що з точки зору права, яке розвивається, якість єдиних судових рішень Таємної ради є в цілому гіршою у порівнянні з більш різноманітними рішеннями Палати лордів.

Єдине стисле судове рішення, що ґрунтується на чотирьох позиціях членів Палати лордів, може призвести до численних проблем тлумачення, які були б

принаймні зменшені, якщо б інші члени Палати лордів також стисло висловились, чому вони погодились з таким судовим рішенням.

А компетентна колегія з п'яти або більше членів може породити багатоманітність професійного та юрисдикційного досвіду, що являє цінність у наданні форми правотвору.

Проте я б додав три важливі застереження.

По-перше, хоч якою б не була різноманітність правових позицій, судді повинні дотримуватись правила, яке не завжди дотримується, добиватись наявності чіткої більшості голосів на користь конкретної правової позиції.

Без цього буде неможливо зрозуміти, що ж являє собою правотвір, доки Парламент або наступні судові справи не встановлять чіткої норми.

По-друге, та без піддавання сумніву цінності або легітимності судового розвитку правотворів, під-правило, що розглядається, повинно, на мою думку, перешкоджати надмірним інноваціям та порушенню правотворів з боку суддів.

Одна справа відхилити напрямок дії правотвору на декілька градусів, проте, зовсім інша справа повертати його в іншому напрямку.

Перше є передбачуваним та прогнозованим, тим, що розумна людина могла б дозволити, друге – ні.

Таким чином, можна погодитись з суддею Вищого суду Австралії, що судова активність, доведена до крайності, може означати смерть верховенства права.

По-третє, особливо важливим є те, щоб усіх цих аспектів особливо дотримувались у кримінальній царині.

Злива кримінального законодавства, що хлинула в останні роки, поставила дуже серйозні проблеми опанування цього законодавства, не все з якого є в достатній мірі чітким та зрозумілим.

Правотвір, незалежно від того чи він походить з закону чи з судової правової позиції, має бути сформульований так, щоб суддя зміг без зайвого труда

пояснити його зміст присяжним, або некваліфікований службовець – колеги непрофесійних суддів.

Судді не мають права тлумачити правотвір так, щоб це тлумачення призводило до появи нових видів злочинів або до розширення підстав, з наявністю яких пов'язуються існуючі види злочинів, внаслідок чого ставала б кримінально караною поведінка, яка до цього такою не була, оскільки це порушувало б фундаментальний принцип, у відповідності з яким особа не підлягає кримінальному покаранню за дії, що не були кримінальним злочином у момент їх вчинення.

Моє друге під-правило полягає в тому, що питання юридичного права та юридичної відповідальності зазвичай мають вирішуватися шляхом правозастосування, а не на підставі вільного розсуду.

Більшість сучасних авторів не поділила б Дайсієвого повного неприйняття застосування вільного розсуду державними органами.

В імміграційній сфері, наприклад, судді регулярно і з вдячністю звертаються до Державного секретаря про застосування ним своїх дискреційних повноважень з надання дозволу на в'їзд або на перебування в країні тим заявникам, які не відповідають вимогам на в'їзд, що викладені в імміграційних правилах, але чия персональна історія або обставини мають бути взяті до уваги.

Проте істотна частка істини у поглядах Дайсі все ж таки існує.

Чим більш широкими та менш окресленими є повноваження, засновані на вільному розсуді, які надаються посадовцю або судді, тим ширше діапазон суб'єктивності й, відповідно, можливого свавілля, яке є антитезою верховенства права.

Це під-правило вимагає, щоб вільний розсуд був, як правило, вузьковизначеним, а його застосування мало розумне обґрунтування.

Зазначеним вимогам, на мою думку, наше праводавство майже завжди відповідає, оскільки вільний розсуд передбачає вибір між двома можливими рішеннями або наказами, й, зазвичай, діапазон вибору дуже вузький.

Насамперед, не повинно бути жодного вільного розсуду по відношенню до фактів, на підставі яких особа, уповноважена приймати рішення, посадовець або суддя приймає таке рішення.

Оцінка фактів, безумовно, може бути необхідною й залежатиме від враження, що справляється доказами на свідомість особи, яка приймає рішення.

Оцінка, що здійснена, може бути правильною або ні, але якщо доказ наближає особу, яка приймає рішення, до єдиного висновку, то у неї відсутнє право на вільний розсуд робити інший висновок.

Це є не більшим, ніж право на вільний розсуд історика дійти висновку, що король Іоан не підписував Магна Карту у Раннімеді в серпні 1215 року, в той час як докази свідчать про протилежне.

Аналогічно більшість так званих дискреційних повноважень залежить від прийняття попереднього рішення, яке після такого прийняття, істотно визначає перебіг наступних подій, і не залишає місця для вибору.

Навіть найменш обмежені повноваження судів – такі як рішення про судові витрати – є визначеними принципами та судовою практикою.

Я наведу три приклади, два з судової практики та один – з практики державних органів.

Застосування заходів із забезпечення позову у цивільному процесі завжди вважається таким, що належить до категорії дискреційних повноважень судді.

Проте, якщо в наявності очевидне порушення законних прав та якщо є ризик шкідливого для потерпілого повторення таких дій, шкода від яких не буде в подальшому компенсована і якщо з боку правопорушника відсутнє зобов'язання утримуватись від вчинення таких дій, у судді, який слухає справу, як правило, немає вибору. Його дискреційні повноваження у цьому випадку можуть бути реалізовані, як правило, тільки певним чином.

Другий, доволі відомий приклад виявляється у розділі 78(1) Закону про поліцейські та кримінальні докази 1984 року, який передбачає:

“У будь-якому провадженні суд може відмовити у прийнятті доказів, що запропоновані стороною обвинувачення, якщо суд дійде висновку, враховуючи

усі обставини справи, включаючи обставини, при яких вони були отримані, що прийняття цих доказів мало б настільки сильний негативний вплив на справедливий розгляд справи, що суд не повинен приймати такі докази”.

Застосування слова “може” ґрунтується на наданні судові права на вільний розсуд.

Але те, що цей розділ закону, я вважаю, вимагає – так це прийняття конкретного рішення, яке можливо й важко зробити, проте, яке визначить подальший результат: якщо суддя дійде висновку, що законодавча вимога має бути дотриманою, то він повинен відмовити у прийнятті наданого доказу, якщо ж ні, то судді не надано права виключити такий доказ.

Для мого третього прикладу я повернусь до імміграційної сфери.

Якщо б посадовець прийняв рішення про надання дозволу на в’їзд або перебування в країні особам, які не відповідають вимогам, викладеним в імміграційних правилах, і чий випадок не являв би жодної винятковості, яка б припускала необхідність відступу від правил, то таке рішення було б позбавлене розумного обґрунтування й не могло б розглядатися як застосування дискреційних повноважень.

По правді кажучи, не існує такого поняття як необмежена свобода розсуду ані судова, ані службова, й це якраз і є тим, що вимагає верховенство права.

Моїм третім під-правилом є те, що праводавство країни має застосовуватись до всіх однаково, за винятком випадків, коли різні об’єктивні умови слугують достатнім виправданням для диференціації.

Сумніваюсь, що це положення здавалося б непевним для сучасної аудиторії.

В той час, як деякі спеціальні праводавчі норми можуть бути встановлені для деяких категорій громадян таких, як діти, ув’язнені та психічно хворі, ґрунтуючись на специфічних характеристиках цих категорій, праводавство, що конкретно спрямоване тільки на рудоволосих (як у відомому випадку Уорингтона Л.Дж.), розглядалось би нами як несумісне з верховенством права.

Вочевидь ще більш несумісним з верховенством права був би правотвір 22, прийнятий у часи короля Генріха VIII, глава 9, яким Річард Роуз, кухар єпископа

Рочестерського, був без судового розгляду звинувачений у державній зраді: він поклав отруту у вівсяну кашу на кухні єпископа, й правотвір звелів, щоб він був зварений живцем, без урахування його священницького сану.

По відношенню до інших отруювачів потрібно було б чинити так само, але дія правотвору була спрямована лише на нього.

У значно пізніші часи правотвір не тільки дозволяв, але й встановлював не виправдані обмеження у правах римо-католиків, десентерів та євреїв у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями, а також не виправдані обмеження у правах жінок у зв'язку з їх гендерною приналежністю.

Було б зручніше ставитись до цього під-правила тільки з точки зору антикварного інтересу. Проте це було б нереально, що демонструє поведження з негромадянами у нашій країні, як і в будь-якій іншій.

Положення негромадянина, у якого відсутнє право на проживання в нашій країні, є таким, що відрізняється від положення громадянина, який має таке право, що впливає з очевидної та важливої обставини: перший підлягає видворенню з країни, а другий – ні.

Ця відмінність є вирішальною, і розрізнення, пов'язане з нею, беззастережне та дійсно неминуче.

Проте, як пояснив лорд Скармен у справі “Держава проти Міністра внутрішніх справ”, це не дозволяє розрізнення, що не пов'язане з вказаною відмінністю:

“Доволі часто кажуть, що захист на підставі акту Habeas corpus є обмеженим тільки стосовно “британських підданих”.

Та чи дійсно його дія розповсюджується тільки на британських громадян?

Достатньо сказати, що судове праводавство виразно каже “ні” у відповідь на це запитання.

Кожна особа, що знаходиться під юрисдикцією британського суду, має однаковий захист, що надається нашими правотворами.

Немає різниці між британськими громадянами та іншими особами.

Кожен, хто знаходиться під дією англійського праводавства має право на захист у відповідності з цим праводавством.

Даний принцип є нормою, щонайменше з того часу, коли лорд Менсфілд звільнив “чорного” у Сомерсетській справі (1772 рік).

У нас не існує нічого, що дозволяло б відносно іноземців або негромадян застосовувати обмеження, що виключають можливість судового захисту, який наше праводавство зазвичай надає тим, на чію свободу є зазіхання”.

Ця твердження видається доволі чітким.

Проте воно не стримало Парламент від запровадження в частині 4 Закону “Про антитероризм, злочин та безпеку” (2001 року) можливості затримання на невизначений час без пред’явлення звинувачення або судового розгляду негромадян, які підозрюються у міжнародному тероризмі, в той час, як стосовно громадян, які становлять таку ж саму загрозу, передбачено, що подібна відповідальність на них не розповсюджується.

Досвід Сполучених Штатів у цьому аспекті не кращий, ніж наш власний, та, можливо, ще гірший.

Як зазначив один американський вчений,

“Фактично кожна важлива безпекова ініціатива уряду, що зачіпає громадянські свободи, включаючи покарання за висловлювання, виокремлення за етнічною ознакою, винність за приналежністю, використання адміністративних заходів замість застосування заходів безпеки, передбачених кримінальним процесом, та попереднє затримання – мають походження з заходів, спрямованих на негромадян”.

На мою думку, висловлювання судді Джексона у Верховному Суді Сполучених Штатів у 1949 році містить абсолютну істину:

“Я вважаю благодійною ідеєю те, що міста, штати та Федеральний уряд повинні застосовувати свою владу так, щоб не робити розрізнення між своїми мешканцями за винятком того, коли певне розумне розрізнення має бути зроблено заради справедливості по відношенню до певного об’єкта регулювання.

Ця рівність не є лише абстрактною справедливістю.

Укладачі Конституції знали, і про це не варто забувати сьогодні, що не існує більш ефективної практичної гарантії проти свавілля та нерозумного правління, ніж вимагати, щоб правові норми, які посадовці запроваджують щодо меншості, були запроваджені до всіх.

І навпаки, ніщо не відкриває двері свавільним діям так ефективно, ніж дозвіл таким посадовцям обирати лише декого, до кого вони будуть застосовувати положення праводавства, таким чином уникаючи політичної кари, яку б вони отримали, якщо б їхніми діями була зачеплена більша кількість людей.

Для судів немає кращого засобу для забезпечення справедливості праводавства, ніж вимога, щоб правотвори застосовувались однаково”.

Після спливу 60 років ми можемо сказати, що це не лише благодворна ідея, але й одна з засад верховенства права.

Я переходжу до мого четвертого під-правила, яке полягає в тому, що праводавство має забезпечувати належний захист фундаментальних прав людини.

Не всі погодилися б з тим, що ця теза є такою, що охоплюється верховенством права. Стверджують, що Дайсі не надавав такого матеріального змісту своїй концепції верховенства права.

Професор Раз пише:

“Недемократична правова система, заснована на запереченні прав людини, на повсюдній злиденності, на расовій сегрегації, на статевій нерівності та переслідуванні за расовими ознаками, може, в принципі, відповідати вимогам верховенства права краще, ніж будь-яка правова система більш просвічених західних демократій...

Вона буде незрівнянно гіршою правовою системою, але вона буде переважати в одному відношенні: у своїй відповідності верховенству права... Праводавство може ... встановити рабство без порушення верховенства права”.

З іншого боку, як вказує Джеффри Маршал, глави V – XII Дайсієвого “Вступу до вивчення конституційного права”, в яких він обговорює, що в цей час можна було б назвати громадянськими свободами, з’являються у частині II цієї

книги, яка має назву “Верховенство права”, і, як зазначає Маршал, “читачу можна вибачити думку, що Дайсі вважав їх (*громадянські свободи*) частиною того, що верховенство права означає для англійця”.

Преамбула Загальної декларації прав людини 1948 року проголошує, що “необхідно, щоб права людини охоронялися верховенством права з метою забезпечення того, щоб людина не була змушена вдаватися як до останнього засобу до повстання проти тиранії і гноблення¹⁹”.

Європейський суд з прав людини посилається на “поняття верховенства права, з якого вся Конвенція здобуває своє натхнення”.

Європейська комісія постійно розглядає демократію, верховенство права, дотримання прав людини та належне державне управління як такі, що є неподільно взаємопов’язаними.

Із цих підстав, визнаючи логічну силу думки, що відстоюється професором Разом, сам би я її не поділив.

Держава, яка варварські гнобить або переслідує окремі групи свого населення, на мій погляд, не може вважатися такою, що дотримується верховенства права, навіть, якщо переміщення переслідуваної меншості до концентраційного табору або примусове залишення дітей жіночої статі на гірському схилі, було б змістом докладних і належним чином прийнятих законів, що неухильно дотримуються.

Таке ставлення позбавило б, на мою думку, існуючий конституційний принцип, закріплений у розділі 1 Закону 2005 року, більшої частини його цінності

¹⁹“it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected **by the rule of law**”.

Т. Бінгем, цитуючи цей фрагмент преамбули Загальної декларації прав людини, волів привернути увагу на наявність посилання на **верховенство права** безпосередньо у тексті Декларації та на наявність тісного зв’язку між цим принципом та правами людини.

Проте в офіційному перекладі на українську мови цей фрагмент преамбули Декларації має такий вигляд: “Беручи до уваги, що необхідно, щоб права людини **охоронялися силою закону** з метою забезпечення того, щоб людина не була змушена вдаватися як до останнього засобу до повстання проти тиранії і гноблення”.

Отже, фраза “rule of law” перекладена не “верховенство права”, а “сила закону”, що не відповідає ані лексичному, ані змістовному значенню цієї фрази, та кардинально викривляє ідею, що закладена у наведеному фрагменті преамбули Декларації. На жаль, цей недолік перекладу не виправлений до цього часу.

та зруйнувало б одну з його фундаментальних складових частин, на яку (про що я скажу наприкінці) спирається верховенство права.

Однак це дійсно складне питання, оскільки я б погодився з професором Джоуелом, що верховенство права “не захищає, наприклад, увесь спектр свобод, що є захищеними законами про права в інших країнах або у міжнародних документах про права людини, або у нещодавно прийнятому Законі про права людини 1998 року, та які зазначені в Європейській конвенції про права людини (такі як право не піддаватися катуванню, або право на свободу вираження поглядів, або право на повагу до приватного життя та статевої свободи)”.

Врешті решт, не існує стандарту прав людини, який був би загальноприйнятим навіть серед цивілізованих країн.

Ми можемо жалкувати, що Сполучені Штати не ратифікували Конвенцію ООН про права дитини 1989 року, яка забороняє застосування смертної кари за злочини, вчинені особами молодшими 18 років, та що Верховний Суд виніс рішення, яким підтримав застосування смертної кари за вбивство, вчинене у віці 16½ років, але приєднання до будь-якої конвенції є питанням вибору конкретної держави, і різні країни мають різні погляди щодо моралі, як і щодо ефективності смертної кари.

Свободою вибору конкретної держави є визнавати (як деякі й зробили), що смертна кара є жорстоким та ненормальним поведженням або покаранням за змістом її конституції, і тим не менш стверджувати, що вона санкціонована тією ж конституцією як правомірна.

Я б визнав, що існує певний елемент невизначеності щодо змісту цього під-правила, оскільки зовнішні межі основоположних прав людини не є чітко визначеними.

Проте в конкретній державі, зазвичай, буде досягнуто певне загальне порозуміння, яке й окреслить такі межі, а також як останній засіб (що в нашій країні визначено законом) існують суди для окреслення таких меж.

Безумовно, верховенство права повинно вимагати правового захисту для тих прав людини, які у конкретному суспільстві вважаються фундаментальними.

Моїм п'ятим під-правилом є те, що мають бути забезпечені засоби для вирішення у судовому порядку без зайвих витрат або невинуватих затримок відповідних цивільно-правових спорів, які сторони не можуть вирішити самостійно.

Такий висновок, вочевидь, випливає з принципу, що кожен є зв'язаним та має право користуватись правотворами, тому люди повинні мати можливість звернутися у крайньому разі до суду для визначення своїх прав та обов'язків.

Це правило не є спрямованим проти третейського або більш неформальних засобів вирішення спорів, кожен з яких, при належному до них зверненні та справедливому провадженні, вносить надзвичайно важливий внесок до зміцнення верховенства права.

Також це правило не вимагає, щоб кожен позов або засіб захисту, хоч який він надуманий та безпідставний, був обов'язково розглянутий або прийнятий.

Що це правило дійсно визначає, так це право на безперешкодний доступ до суду як основоположного права, що є захищеним нашим національним праводавством, і, на мою думку, відповідає принципу верховенства права.

Якщо із цим погодитись, то виникає питання: як незаможний чоловік або жінка зможуть захищати його або її законні права?

Припускаючи, як я, звісно, і бажав би зробити, існування вільної та незалежної юридичної професії, отримання юридичної консультації та представництва інтересів пов'язані з витрачанням коштів, а оскільки надання юридичних послуг займає багато професійного часу, такі послуги неминуче коштовні.

Старий жарт про готель "Ріц" є таким, що не можна ігнорувати.

Звісно, багато років ця проблема вирішувалась через програму безплатної цивільно-правової допомоги, що була розпочата в 1948 році, - смілива, оригінальна і дещо безуспішна реформа післявоєнного уряду Атлі.

Хоч ця програма і мала всім відомі недоліки, вона все ж таки надавала малозабезпеченим можливість отримання юридичного захисту.

Але, як ми знаємо, вартість цієї програми виростала по експоненті, що й призвело до її згортання.

Чи заповнили прогалину, що лишилась після згортання цієї програми, гонорари, що виплачуються юристам лише в разі успіху, різноманітні благодійні програми та запровадження процедур малих позовів, особисто я не знаю.

Можливо й заповнили, та консультації і правова допомога можливо й залишаються доступними для тих малозабезпечених, хто їх потребує.

Але у мене є побоювання, що таблоїдні плітки про практикуючих юристів, які видноють мільйони з фонду кримінально-правової допомоги, та більш загальна недовіра до всіх правників та їх винагород, можливо вказують на те, що важлива гарантія доступного правосуддя невпинно продовжує слабнути.

На задньому плані ховається інша проблема, яка певною мірою, може непокоїти прихильників верховенства права.

Сьогочасний британський уряд, як і його попередники, наполягає на тому, що цивільні суди, за винятком суддівської платні, мають бути на самофінансуванні: витрати на судовий розгляд повинні покриватися судовим збором, що сплачується сторонами у справі.

Судді зі свого боку погоджуються з тим, що, загалом, на тих, хто звертається до судів, може бути покладено особливий обов'язок щодо погашення витрат, пов'язаних з наданням цих послуг (звернення до правосуддя є менш загальним, ніж звернення до лікарів), але вони ніколи, на мій погляд, не погоджувались з принципом повної самоокупності з огляду на важливість тієї функції, яку виконують суди у ліберальній демократичній державі.

Знову виникає небезпека того, що дорожнеча отримання судового захисту може призвести до унеможливлення такого отримання тими, хто його дійсно потребує.

Верховенство права чітко вимагає, що судовий захист має бути доступним, а те, щоб він здійснювався без надмірних затримок, є настільки очевидним, що не потребує додаткового пояснення.

Моє шосте під-правило виражає те, що багатьма вважається (і небезпідставно) стрижнем верховенства права.

Воно полягає в тому, що міністри та державні службовці всіх рівнів повинні здійснювати надані їм повноваження розумно, добросовісно, виключно для тих цілей, для яких ці повноваження надавались, та без перевищення меж наданих повноважень.

Це під-правило відображає усталені та усім відомі підстави для судового контролю.

Воно дійсно є фундаментальним, оскільки, зважаючи на те, що громадяни демократичної держави наділяють свої представницькі інституції правом створювати правотвори, які, у разі їх належного прийняття, зв'язують усіх, кого вони стосуються, а виконавча влада, чинний уряд лише втілюють ці правотвори у дію, немає, як правило, нічого, що уповноважувало б виконавчу владу діяти інакше, ніж у суворій відповідності з цими правотворами. (Я кажу “як правило”, визнаючи все ж таки існування такого пережитку, що поступово зникає, як безконтрольні виключні повноваження).

Історичною роллю судів був і залишається контроль за тим, щоб виконавча влада не перевищувала надані їй повноваження, роль, значимість якої останнім часом значно підвищилась, завдяки підвищенню складності державного управління та посиленню бажання громадськості оскаржувати урядові (у найширшому сенсі) рішення.

Навіть при нашій конституції поділ влади є визначальним для гарантування того, що виконання судами цієї ролі здійснюється без будь-якого втручання.

Британський уряд в особі того чи іншого урядового органу дуже часто постає перед судом як сторона у спорі. Зазвичай такі спори вирішуються на його користь, але не без винятків.

Коли спір вирішується не на користь уряду, це викликає у нього невдоволення, що спричинено, як у будь-якої іншої сторони в справі, його впевненістю у своїй правоті, але, без сумніву, також впевненістю у тому, що слідування громадському інтересу – це найкраща форма служіння йому.

У минулому існувала негласна домовленість, що міністри, хоч як критично вони ставились до судового рішення і намагались реалізувати своє право на його оскарження, або, у крайньому разі, видати закон, що ретроспективно скасовує його, все ж таки утримувались від публічного зневажання ним.

Ця домовленість, як мені, на жаль, здається, майже не існує у ці часи, оскільки, якщо міністри застосовують те, що може бути сприйнято як публічні нападки на суддів, то і судді можуть бути спровоковані до схожої критики міністрів, і верховенству права, на мій погляд, не буде сприяти наявність публічної суперечки між двома гілками влади.

У деяких журналістських колах, з властивою їм стриманістю, навіть кажуть про наявність відкритої війни між урядом та суддівством.

На мою думку, це неправильний висновок.

Однак існує неминуча та, на мій погляд, цілком природна напруженість між цими двома гілками влади. У світі існують країни, в яких уряд з глибоким задоволенням відноситься до всіх судових рішень, проте навряд чи хто-небудь з нас хотів би жити в таких країнах.

Така напруженість зберігається навіть у спокійні часи. Проте вона є значно більшою в часи, коли існує значна загроза національній безпеці, оскільки уряди відверто підходять до самої межі того, що вони вважають їх законними повноваженнями з захисту суспільства, і обов'язок суддів вимагати, щоб вони не перетинали цю межу, має бути виконаний, якщо дотримується верховенство права.

Це - сумна ділянка, оскільки історія говорить про те, що в кризові часи уряди схильні надто гостро реагувати, і суди опиняються у ролі неефективних сторожових псів. І в нашій країні, і в Сполучених Штатах приймалися рішення, якими б жодна країна не могла пишатися.

Застережливі слова судді Верховного Суду Сполучених Штатів Уільяма Бреннана, сказані ним у 1987 році, все ще залишаються слухними:

“Немає чим пишатися, а, навпаки, є багато такого, чого потрібно соромитись у тому, коли розмірковуєш про огидне ставлення до громадянських

прав у Сполучених Штатах у часи війни та загроз національній безпеці... Кожен раз після того як загроза безпеці зникає, Сполучені Штати з жалем усвідомлюють, що у нехтуванні громадянськими свободами не було жодної потреби. Та коли з'являється чергова загроза, виявляється неможливим утриматися від повторення помилок”.

Отже, моїм сьомим під-правилом є: судові процедури, що встановлюються державою, мають бути справедливими.

Верховенство права вимагає щонайменше цього.

Основні аргументи на користь відкритих слухань є узагальненими на цьому боці Атлантики у вислові про те, що правосуддя має здійснюватися так, щоб його можна було безсумнівно та явно побачити, а з боку Америки у висловлюванні, що “демократії помирають за закритими дверима”.

Застосування цього під-правила до звичайних цивільних процесів здебільшого проблем не викликає, за умови, якщо пам'ятати, що не всі рішення є чисто судовими.

Як зазначив Головний суддя Австралії, “верховенство права не означає верховенства правників”.

Значно більше труднощів виникає у разі, коли особа стикається з негативними наслідками як результатом того, що думають або кажуть про її дії чи бездіяльність, або в контексті офіційного кримінального звинувачення, або в інших контекстах, таких як депортація, попереднє затримання, повторне перепровадження до в'язниці або відмова в умовно-достроковому звільненні.

Що у таких контекстах зазвичай вимагає справедливості?

Перше й найголовніше, я вважаю, щоб рішення приймалися незалежними та безсторонніми суддями: незалежними у тому сенсі, що вони вільні приймати рішення щодо юридичних та фактичних підстав справи, як вони особисто це бачать, вільні від будь-якого стороннього впливу або тиску; безсторонні у тому сенсі, що вони, наскільки це у людських силах, відкриті, незалежні від будь-яких особистих інтересів або фанатичної відданості будь-якого роду.

На додаток потрібно дотримуватись певних стрижневих принципів:

жодне питання не повинно вирішуватись проти будь-якої сторони у справі, поки вона не отримає адекватної можливості бути заслуханою судом;

особа, щодо якої є потенціальна можливість, що вона може бути притягнута до відповідальності або покарана, має бути належним чином поінформована про те, що проти неї висувається;

сторона звинувачення має належним чином розкрити всю інформацію, яка є на користь іншої сторони у справі або не на користь звинувачення;

там, де інтереси сторони у справі не можуть бути належним чином захищені без професійної допомоги, яку сторона не може собі дозволити, має бути забезпечена можливість у звичайний спосіб отримати таку допомогу з боку держави;

сторона, що звинувачується, повинна мати належну можливість підготувати свої заперечення проти того, що їй висувається;

та невинуватість особи, якій пред'явлено звинувачення у скоєнні злочину, є такою, що презюмується, поки її вина не буде доведена.

У строго кримінальному контексті двоє з цих принципів особливо викликають питання.

Перше стосується розкриття інформації, оскільки у прокурора може бути матеріал, який він з інтересів держави не бажає або дуже не хотів би розкривати стороні захисту.

Ця проблема у разі її виникнення потребує дуже уважного вивчення з боку судді, який слухає справу, та прийняття дуже обережного відповідного рішення.

Проте, як на цей час вказує праводавство, інформацію не потрібно розкривати, якщо вона не являє будь-якої користі для підсудного, а якщо являє до тієї міри, що нерозкриття може завдати істотної шкоди підсудному, прокурор зобов'язаний або розкрити інформацію, або скасувати кримінальне переслідування.

Також виникають питання, що стосуються тієї категорії злочинів, щодо яких у законі визначено, що тягар доведення своєї невинуватості покладається на самого підсудного.

Самі по собі вони не такі, що викликають заперечення, але можуть такими стати, якщо підсудний, хоч би й невинуватий, виявиться неспроможним на практиці довести свою невинуватість.

Я не думаю, що такі підходи до вирішення питання про вчинення злочину, навіть якщо вони і не є ідеальними, порушують верховенство права.

Більше занепокоєння викликають зростаюча кількість таких категорій справ некримінального характеру, щодо яких парламент запровадив норму про те, що всі матеріали справи проти особи, надані суду в обґрунтування позову, не повинні надаватися для ознайомлення цій особі або представникові, уповноваженому цією особою здійснювати представництво її інтересів у суді.

Будь-який процес, що не дозволяє особі, яка хай не безпосередньо, але фактично звинувачується у скоєнні правопорушення, ознайомитись з тим, на підставі чого ґрунтується таке звинувачення, і в такий спосіб позбавляє її належної можливості спростувати його, повинно викликати гостре занепокоєння.

Проте ці категорії справ містять певні види доволі делікатної інформації, розкриття якої являє очевидну небезпеку; вони є чітко визначеними і врегульованими парламентом, який визнав за необхідне відступити від загального правила та спробував визначити межі такого відступу.

Звернення до подібної процедури Комісією з умовно-дострокового звільнення за відсутності будь-якої праводавчої підстави привело до того, що в Палаті лордів думки розділилися: більшість підтримала таку практику; меншість (до якої належав і я) категорично заперечувала.

Так що питання все ще залишається невирішеним.

Усі, скоріш за все, погодяться, що це - складна ділянка.

Моє восьме і останнє під-правило полягає в тому, що існуючий принцип верховенства права вимагає, щоб держава виконувала свої зобов'язання у рамках міжнародного права, які походять з договору або з

міжнародного звичаю та усталеної практики, що регулюють поведінку держав.

Я не думаю, що це твердження є дискусійним.

Звертаючись до об'єднаної сесії Конгресу у вересні 1990 року після вторгнення до Кувейту, перший президент Буш сказав, що народжується новий світ, “світ, в якому верховенство права витісняє верховенство джунглів. Світ, в якому держави усвідомлюють спільну відповідальність за свободу та справедливість. Світ, в якому сильний поважає права слабкого... Америка і увесь світ повинні підтримати верховенство права. І ми так і зробимо”.

Президент Джордж Буш в його Посланні “Про положення країни” від 29 січня 2002 року, говорячи про міжнародну, а не про внутрішню ситуацію, висловив таку ж думку:

“Проте Америка буде завжди відстоювати незаперечні вимоги людської гідності: верховенство права; обмеження державної влади, повагу до жінок, приватну власність, свободу слова, рівність перед судом та релігійну терпимість”.

Вважаю, що сьогодні британські державні діячі поділяють цю думку.

Однак так було не завжди. На початку війни у 1914 році німецький канцлер заявив Рейхстагові:

“Панове, ми знаходимось у стані крайньої необхідності, а крайня необхідність не знає права. Наші війська окупували Люксембург і можливо вже знаходяться на території Бельгії.

Це суперечить міжнародному праву. Правопорушення, як ми вчиняємо у такий спосіб, ми спробуємо виправити безпосередньо після того, як буде досягнута наша військова мета”.

Захищаючи британську блокаду Німеччини, яка, як відомо, була юридично сумнівною, пан Асквіт не зважував на юридичні міркування:

“Коли ми маємо справу з супротивником, який відкрито знехтував усіма обмеженнями, як правовими, так і людськими, ми не збираємось дозволяти, щоб наші зусилля були придушені у тенетах юридичних тонкощів”.

Я не буду, з очевидних причин, торкатися болючого питання чи була участь Британії у війні в Іраку у 2003 році порушенням міжнародного права, і таким чином, якщо це під-правило є коректним, порушенням верховенства права.

Проте викривальне порівняння може бути зроблено між заходами, яким слідували у 2003 році, та заходами, яким слідували в часи Суецького вторгнення у 1956 році, і це порівняння все ж таки вказує, що за цей період верховенство права дійсно зміцнилось в нашій країні, а закон джунглів став слабшим.

По-перше, сер Ентоні Іден, прем'єр-міністр у 1956 році, розглядав, як виявилось, правові міркування як такі, що є другорядними.

Вторячи Асквіту, але зі значно меншим виправданням, він говорив:

“Ми не можемо собі дозволити бути втягнутими в юридичні суперечки про права єгипетського уряду націоналізувати те, що технічно є єгипетською компанією...”

На більш пізній стадії кризи прем'єр-міністр особисто наказав, щоб серу Джеральду Фіцморісу, видатному юридичному радникові Міністерства закордонних справ, який рішуче і послідовно наполягав на тому, що дії Британії є незаконними, не повідомляли про хід подій: “Фіц – це остання людина, у якої я хотів би проконсультуватися”, - казав він.

“Юристи – завжди проти всього, що ми робимо. Заради Бога, хай вони залишаються подалі від цього. Це політична справа”.

Наскільки я знаю, пан Блер ніколи схожої думки не висловлював.

По-друге, і хоч у 1956 році, як і в 2003, саме обов'язком юридичних радників було надання юридичних консультацій уряду, в 1956 році з ними ніколи офіційно не консулювалися аж до пред'явлення ультиматуму Єгипту.

Замість цього уряд покладався на поради Лорда-канцлера, який, в свою чергу, покладався на інакомовну виноску у статті професора Волдока, хоча до самого Волдока щодо цієї виноски ніколи не зверталися.

У 2003 році Лорд-канцлер, як відомо, не надавав юридичного висновку про законність війни, але Генеральний прокурор зробив стислу публічну заяву на

початку війни, та двома роками пізніше був оприлюднений його більш деталізований висновок.

Мені здається, що тут доречно поставити питання чи можуть звичайні правила про гарантії збереження таємниці відомостей, отриманих адвокатом від клієнта, прийнятні при інших обставинах, застосовуватись до висновку юридичних радників про законність війни: ставитися до громадськості, тобто до тих хто, на відміну від уряду, повинен воювати і, можливо, померти, як до клієнта, мені здається, є неправильним.

Якщо до уряду звертаються з позовами про відшкодування шкоди внаслідок недбалості, наприклад за травму, завдану армійською вантажівкою, або за нещасний випадок у військовому шпиталі, я не бачу жодної причини чому не можуть застосовуватись звичайні правила про гарантії збереження таємниці відомостей, отриманих адвокатом від клієнта.

Положення уряду як відповідача було б значно і несправедливо послаблене, якщо б це було не так.

Проте висновок про законність війни, яка є надзвичайним застосуванням суверенної влади, що зачіпає увесь народ, є зовсім іншою справою.

А питання про повне та своєчасне розкриття інформації, на мій погляд, постає ще сильніше, коли Генеральний прокурор є лордом, якого неможливо піддати допиту в чинній Палаті парламенту.

Однак ця точка зору не є загальноприйнятною, і ми знаємо, що у 2003 році саме поради Генерального прокурора підтримали запропоновані бойові дії.

По-третє, дивовижно, з огляду на відносно свіжі спогади про Нюрнберзький процес, але у 1956 році військові командири не спитали про наявність будь-яких гарантій законності вторгнення.

У 2003 році, як відомо, вони спитали.

Четверта відмінність найбільш вражаюча. Хоча у 1956 році з юридичними радниками ніхто офіційно не консультувався стосовно законності запропонованої інтервенції, вони знали про неї і висловили чітку позицію, що ця інтервенція не може бути виправдана за законом.

Проте вони, незважаючи на це, підтримали дії уряду.

Звертаючись до прем'єр-міністра, Генеральний прокурор сер Реджінальд Меннігхембулер зазначив: "... я підтримував і підтримую дії уряду, хоч я і не маю права це робити з точки зору законності".

Після наради наступного дня він звернувся знову від свого імені та від імені Заступника генерального прокурора сера Гарі Хілтон-Фостера:

"Хоча я й підтримую те, що ми зробили і так відкрито проголосили, ми не можемо, як ви знаєте, погодитись з заявами, зробленими від імені уряду, що ми мали юридичні підстави так діяти".

Сер Гарі також звернувся до прем'єр-міністра зі словами:

"Роздуми переконали мене, що я помилявся, коли дозволив, щоб юридичні міркування так сильно вплинули на мене".

У жодному разі не буде наївним вважати, що навіть сьогодні основні демократичні держави не звертаються при нагоді до юридичної казуїстики щоб виправдати застосування сили при сумнівних обставинах.

Проте я не думаю, що уряд такої держави, за винятком, можливо, лише екстремальних ситуацій, обрав би такий напрямок дій, який був би відверто незаконним, або, що правники, які консультують уряд такої держави на вищому рівні, відкрито підтримали б такі дії, для яких вони не змогли б знайти юридичного обґрунтування.

Діяти у такий спосіб означало б виявляти неповагу до існуючого принципу верховенства права.

Багато дискусій точиться навколо того, чи може верховенство права існувати без демократії.

Дехто доказує, що може.

Проте мені здається, що верховенство права дійсно значною мірою залежить від негласної, але фундаментальної домовленості між особою та державою, об'єктом та суб'єктом управління, відповідно до якої кожна зі сторін жертвує певною частиною свободи і повноважень, якими вони могли б володіти.

Особа, яка живе у суспільстві, беззастережно погоджується, що він чи вона не можуть користуватися неприборканою свободою, яка була в Адама у райських кущах до створення Єви, та приймає обмеження, введені належним чином створеними правотворами, через користь, яку в кінцевому підсумку вони дарують.

Держава, зі свого боку, погоджується, що вона не може як всередині країни, так і за кордоном робити все, що заманеться, а лише те, що правотвори, якими вона зв'язана, уповноважують її робити.

Якщо цей висновок правильний, то він є втішним для всіх нас, хто, в тій чи іншій мірі, присвятив своє життя служінню законові, оскільки він означає, що ми не є (як нас інколи вважають) лише наглядачами за сухими розпорядчими правилами, а ми, разом з іншими, є хранителями священного вогню, який надихає та просвітлює суспільство, в якому живемо.

7. ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ

Процес євроінтеграції, що розпочався після закінчення Другої світової війни, привів до започаткування іншого процесу – конвергенції таких провідних правових систем, як континентальна правова система та англо-американська правова система чи правова система загального права.

Яскравим прикладом такої конвергенції є визнання принципу верховенства права, який є здобутком англomовних країн правової системи загального права, спільною цінністю та фундаментальним принципом усіх європейських націй.

Проте на шляху зближення правових систем виявились серйозні перепони, викликані лінгвістичними труднощами та недостатнім розумінням перекладів.

У сучасному глобальному світі мовна точність міжнародного професійного спілкування та інтерпретації міжнародних документів набуває особливої важливості.

В резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи від 23.11.2007 року № 1594 та у відповідній доповіді, наданій Е. Юргенсом, зазначається:

“Засновники Ради Європи вирішили зробити французьку та англійську двома офіційними мовами. Це, звісно, мало наслідки у вигляді застосування слів для юридичних понять, що виражені в цих двох мовах, кожна з яких в той час застосовувалась у дуже різних правових традиціях. Це також мало наслідки для перекладу із цих двох мов на мови інших держав-членів Ради Європи, у власних правових традиціях мали свої терміни для того, що саме має розумітися під верховенством права”.

У доповіді наголошено про необхідність визначення концепції таким чином, щоб “незалежно від того, які саме слова використовуються для її перекладу, вона мала одне й те саме значення. Це представляє певну важливість, оскільки Статут Ради Європи у 1949 році визначив її головним завданням просування демократії, верховенства права та прав людини”.

Парламентська асамблея звернула увагу на той факт, що “в деяких молодих демократичних державах Східної Європи основною тенденцією в юридичній

думці стосовно терміну “Rule of Law” є його розуміння як “supremacy of statute law”, тобто російською – “верховенство закона”. Це викликає серйозну стурбованість, оскільки в деяких із цих країн все ще присутні традиції тоталітарної держави, протилежні принципу верховенства права.

Така формальна інтерпретація термінів “верховенство права” та “правова держава” суперечить сутності верховенства права.

Безсумнівно, у цих випадках **мають місце непослідовність і нечіткість при перекладі юридичних термінів на мови держав-членів** [23].

Таким чином, Е. Юргенс в ПАРЄ підняв відразу дві важливих теми: про правильність перекладу понять, що застосовуються в міжнародних правових доктринах, а також про використання неправильного перекладу для обґрунтування неправових режимів.

В Україні визнання верховенства права відбулося на конституційному рівні ще в 1996 році, при цьому у статті 8 Конституції України було проголошено, що принцип верховенства права в нашій країні не лише визнається, але й діє.

Проте, як зазначають вітчизняні науковці, попри визнання в Україні принципу верховенства права діючим конституційним принципом його сутність і зміст залишаються утаємниченими та йому так і не поталанило стати дієвим принципом вітчизняної юридичної практики ні в системі звичайних судів, ні в суді конституційної юрисдикції.

Причиною того, що в Україні конституційний принцип верховенства права спіткала така сумна доля, на наше переконання, є недостатнє опрацювання та, як наслідок, неналежне осмислення англомовних аналогів тих термінів, які в українській мові позначаються словами “право” та “закон”.

Поза увагою також залишилися відсутність у сучасній українській мові належних еквівалентів для деяких англомовних понять, насамперед для того поняття, яке в англійській мові позначається словом “law” і яке присутнє в англомовній назві принципу верховенства права (rule of law), в результаті чого при перекладі юридичних текстів слово “law” перекладають або словом “закон”, або словом “право”, значення яких не в повній мірі йому відповідають.

Найбільш адекватним аналогом для цього слова є не слово “право”, а слово “закон”, проте не в його сучасному значенні нормативного акта вищої юридичної сили, що приймається органом законодавчої влади – парламентом (Верховною Радою України) або референдумом, а в його історичному значенні, яке на офіційному та юридичному доктринальному рівні, на жаль, було втрачено, однак збереглося на рівні неформального повсякденного вжитку.

Нагадаймо, що основним історичним та сучасним неформальним значенням слова закон є правило поведінки (норма), яке або встановлене найвищим органом державної влади, або є загальноприйнятим, або є звичаєвим, або визначеним релігійними догмами чи судовим рішенням.

В історичному та сучасному загальноповживаному значенні слово “закон” означає також сукупність загальнообов’язкових правил поведінки, і в цьому значенні воно збігається зі значенням слова “право”, але тільки в тому його прояві, яке має назву “об’єктивного права”.

Тому в 1915 році П. Виноградов у своїх “Нарисах з теорії права” зазначав, що закони – це норми, які містять у собі вказівку щодо правильної або неправильної поведінки, а також під час аналізу сутності об’єктивного права визначав закон як ряд правил, які встановлені та виконання яких змушується суспільством, тобто словом “закон” фактично замінював слово “право” в його об’єктивному прояві [10].

Слово “закон” також було загальним синонімом для всіх видів нормативних актів у тому числі для судових рішень, в яких були встановлені загальні правила (норми) або в яких надавались тлумачення інших норм.

У наведених значеннях слово “закон” повністю відповідає англійському слову “law” і у російськомовному перекладі роботи А.В. Дайсі “Вступ до вивчення конституційного права”, що був виданий у 1905 році, словосполучення “rule of law” було перекладено словосполученнями “господство закона” або “верховенство закона”.

Проте у зв'язку з тим, що, починаючи з початку ХХ століття, слово “закон” поступово втратило ті значення, яке воно мало в минулому, і на цей час формально означає лише назву парламентського нормативного акту вищої юридичної сили, то в Конституції України при перекладі англійської назви принципу “rule of law” було використано слово “право” і в україномовному варіанті він отримав назву “верховенство права”.

В подальшому при вивченні та тлумаченні принципу верховенства права не були враховані особливості англійської юридичної фразеології.

Ці особливості полягають у тому, що в українській мові, як і в більшості європейських мов, словом “право” позначається як система соціальних загальнообов'язкових норм (об'єктивне право), так і можливості особи як міра її можливої поведінки (суб'єктивне право), а в англійській мові ці два явища позначаються окремими словами: поняттю **“об'єктивне право”** відповідає слово **“law”**, а для позначення суб'єктивного права існує окреме слово **“right”**.

Оскільки безпосередньо з української назви принципу верховенства права не вбачається, про який саме з проявів “права” йде мова, то у вітчизняному науковому середовищі помітною стала тенденція тлумачити цей принцип як верховенство прав та свобод людини.

При цьому поза увагою залишилось те, що принцип верховенства права в англійській мові має назву **“rule of law”**, а не **“rule of (human) rights”**, а також застереження Парламентської Асамблеї Ради Європи, яка в резолюції від 23.11.2007 року № 1594 зауважила, що **верховенство права розглядалося засновниками Ради Європи як концепція відмінна від демократії та прав людини.**

Преамбула Загальної декларації прав людини 1948 року проголошує, що необхідно, щоб **“права людини охоронялися верховенством права”**.

Т. Бінгем також підкреслює, що **“...не існує стандарту прав людини, який був би загальноприйнятим навіть серед цивілізованих країн. Верховенство права**

повинно вимагати правового захисту для тих прав людини, які у конкретному суспільстві вважаються фундаментальними”.

Отже, верховенство права та права людини є різними концепціями, проте тісно пов'язаними, оскільки верховенство права захищає права людини через одну зі своїх вимог, яка полягає в тому, що права людини, проголошені у конституції країни, або у міжнародних актах, до яких така країна приєдналася, мають бути не лише задекларовані, а реально дотримуватись та у випадку необхідності мають отримувати реальний правовий захист, насамперед, у суді.

Ототожнення цих двох концепцій призводить до збіднення концепції верховенства права, позбавляє її власного змісту та робить її непридатною для практичного застосування, що виявляється, наприклад, у визначенні верховенства права, що наведене у статті 8 Кодексу адміністративного судочинства України: “Суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого зокрема людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави” [31].

Для того, щоб принцип верховенства права визнався та фактично діяв в Україні, як це проголошено в Конституції України, насамперед необхідно щоб терміни, що застосовуються в межах цієї концепції, були визначені з достатньою точністю і відповідали її суті.

Сучасна вітчизняна правнича термінологія таким вимогам, на жаль, не відповідає, оскільки в ній відсутні ті терміни, які необхідні для належного відображення змісту цього принципу, а застосування замість них інших понять призводить до того, що сутність принципу верховенства права стає викривленою, а його зміст – незрозумілим.

Назва принципу “rule of law”, еквівалентом якого в Україні є словосполучення “верховенство права”, у відповідності з його лексичним змістом дослівно перекладається наявними термінологічними засобами сучасної української правничої мови, як “панування норми права”, тобто панування встановлених загальнообов'язкових правил поведінки.

У назві цього принципу відображена його основна ідея - що в країнах, в яких визнається верховенство права, панує (керує) не особа чи група осіб, хоч яку посаду вона чи вони не займають, а правила (норми), які встановлені в цій країні; що ніхто не є вищим за такі встановлені правила (норми), а всі зобов'язані дотримуватись цих правил (норм), у тому числі й ті, хто такі норми (правила) встановлює (король, президент, уряд, парламент тощо).

В минулому, як вже було зазначено, назві принципу “rule of law” повністю відповідала назва “верховенство закону”, оскільки основним значенням слова “закон” було встановлене правило поведінки (норма), і інший варіант перекладу назви цього принципу - “верховенство права” - також, скоріш за все, не викликав труднощів щодо розуміння змісту цього принципу, оскільки означав верховенство встановлених правил поведінки (законів, норм) у їх сукупності.

Тому такий переклад тверджень Дайсі у його роботі “Вступ до вивчення конституційного права” як “Англійцями управляє закон і тільки закон; у нас людина може бути покарана, але лише за порушення закону, а не за будь-що інше”, а також “Панування права ...виключає ідею про будь-яке звільнення посадових осіб або будь-кого від обов'язку підкорятися закону, якому підкоряються інші громадяни” був повністю зрозумілий і адекватно відображав зміст їх англомовного варіанта.

Але, зважаючи на те, що у сучасних умовах слово “закон” означає лише назву нормативного акта, що приймається парламентом або референдумом, то застосування цього слова в контексті наведених фрагментів є, щонайменше, некоректним.

Відсутність у сучасній правничій мові терміну, що відповідає англійському слову “law” або слову “закон” у його історичному значенні, приводить до термінологічної плутанини, яка унеможлиблює адекватне відображення змісту принципу верховенства права, що перешкоджає його належному розумінню.

Існуюча термінологічна прогалина може бути заповнена двома способами.

Перший і, нашу думку, найбільш правильний це - відновлення історичного значення слова “закон” шляхом внесення змін до Конституції України, якими

визначити, що нормативно-правовим актом вищої юридичної сили, що приймається Верховною Радою України або референдумом, є не закон, а нормативно-правовий акт з іншою назвою, наприклад “статут” чи “універсал”.

У такому випадку буде не лише відновлено історичне значення слова “закон” насамперед як встановленого правила поведінки (норми) та синоніма для назви будь-якого нормативного акта, а також буде усунута невідповідність між загальнозживаними й формальними юридичними значеннями цього слова та буде здійснена гармонізація між українською правничою термінологією та термінологією країн загального права.

Проте цей шлях є доволі складним з огляду на те, що він вимагає внесення змін до Конституції України.

Інший спосіб – запровадження на вітчизняному доктринальному рівні нового терміна, який би повністю відповідав англійському слову “law” та був би синонімом для слова “закон” у його історичному значенні.

Таким терміном, на нашу думку, може стати таке нове слово, як “правотвір”, яке походить від з’єднання двох слів “право” та “творити” і дослівно означає – “те, що створює право”.

Нами запропонована така дефініція слова “правотвір”:

“Правотвір – нормативно-правовий акт, а також будь-яке інше джерело правил фізичної поведінки, які мають загальнообов’язковий характер (звичай, релігійний канон, правова позиція суду (судовий прецедент), міжнародний договір тощо); окреме загальнообов’язкове правило поведінки, встановлене нормативно-правовим актом, звичасм, релігійним каноном, правовою позицією суду (судовим прецедентом), міжнародним договором тощо”.

При запровадженні цього терміна:

- закон – це правотвір, що приймається вищим органом законодавчої влади;
- Біблія та Коран – це канонічні правотвори;
- міжнародні договори, угоди, пакти тощо – це міжнародні правотвори;
- укази Президента України – це президентські правотвори тощо.

У сучасній українській юридичній мові немає також терміну для позначення системи усіх джерел норм права.

Термін законодавство стійко асоціюється безпосередньо з системою законів і вживання цього терміну в іншому, розширеному сенсі супроводжується необхідністю вживання додаткових означень (“у широкому значенні” або “у найширшому значенні”) та відповідних пояснень.

При цьому поняттям законодавство навіть у найширшому значенні не охоплюються такі джерела норм права, як звичай, релігійні канонічні тексти та судові прецеденти.

За таких обставини доцільно запровадити в національну правову доктрину спеціальний термін для позначення поняття, яке б охоплювало всю систему джерел норм права, яким, на нашу думку, може бути слово “праводавство”, яке в українській мові в минулому було широковживаним і використовувалось замість слова “законодавство”.

Ми пропонуємо таку дефініцію слова “праводавство”:

“Праводавство - система правотворів, якими регулюються суспільні відносини.

Праводавство складається із системи законів (законодавства), а також охоплює сукупність постанов Верховної Ради України, указів Президента України, постанов, декретів і розпоряджень Кабінету Міністрів України, нормативних актів міністерств, місцевих рад та місцевих державних адміністрацій, а також Конституцію Автономної Республіки Крим, постанови Верховної Ради Автономної Республіки Крим, міжнародні договори, згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою України.

Крім вказаних вище значень терміна “праводавство”, під ним також розуміється один з основних методів здійснення правотворчої функції держави, який полягає у діяльності відповідних державних органів з розробки, розгляду, прийняття і оприлюднення законів та інших нормативних актів.

До праводавства також належать звичаєві, канонічні та інші правотвори”.

При запровадженні цього терміна **парламентське праводавство є провідною галуззю праводавства, що має спеціальну назву “законодавство”**.

Іншими галузями праводавства, зокрема, є:

- президентське праводавство - система правотворів, що приймаються Президентом України;
- регуляторне праводавство - система правотворів, що приймаються органами виконавчої влади;
- муніципальне (місьцеве) праводавство - система правотворів, що приймаються органами місцевого самоврядування;
- канонічне праводавство - сукупність релігійних правотворів, яка, зокрема, охоплює такі релігійні тексти, як Біблія, Коран тощо.

В сучасній українській юриспруденції вже існує позитивний досвід запровадження нових слів, які заповнили прогалини в юридичній термінології і дозволили з більшою точністю передавати зміст деяких понять.

Найбільш яскравим прикладом такого заповнення термінологічних прогалин є запровадження в новій редакції Цивільного кодексу України такого терміна, як “правочин”, який у статті 202 цього Кодексу визначено, як “дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків”.

“Правочини можуть бути односторонніми та дво- чи багатосторонніми (договори). Одностороннім правочином є дія однієї сторони, яка може бути представлена однією або кількома особами. Дво- чи багатостороннім правочином є погоджена дія двох або більше сторін”.

Терміном “правочин” у новому Цивільному кодексі України замінено термін “угода”, який вживався в Цивільному кодексі України 1963 року і означав “вольові, правомірні дії громадян чи організацій, спрямовані на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків”.

Цей термін не є новим для вітчизняної юриспруденції і використовувався протягом 1920-1930-х років.

Так, в Цивільному кодексі Української РСР 1922 року розділ IV називався “Правочини” й стаття 26 цього кодексу передбачала, що “правочини, тобто дії,

направлені на встановлення, зміну чи припинення цивільних правовідносин, можуть бути односторонніми й взаємними (домовленості)”.

Термін “правочин” більш вдалий порівняно з “угодою”, враховуючи, що він охоплює й дії однієї особи, котрі не залежать від згоди чи досягнення домовленості з іншими особами.

Запровадження терміна “правочин” дозволило зробити вітчизняну юридичну термінологію більш точною в порівнянні, наприклад з російською юридичною термінологією, в якій аналог такому терміну відсутній, і до цього часу використовується такий термін, як “сделка” (угода), у тому числі і для односторонніх правочинів.

Запровадження термінів “правотвір” та “праводавство” можливо зробити шляхом внесення змін до Цивільного кодексу України, виклавши статтю 4 цього кодексу у новій редакції.

На цей час вказана стаття Цивільного кодексу України має назву “Акти цивільного законодавства України” і має наступний зміст:

“1. Основу цивільного законодавства України становить Конституція України.

2. Основним актом цивільного законодавства України є Цивільний кодекс України. Актами цивільного законодавства є також інші закони України, які приймаються відповідно до Конституції України та цього Кодексу (далі - закон).

Якщо суб'єкт права законодавчої ініціативи подав до Верховної Ради України проект закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж цей Кодекс, він зобов'язаний одночасно подати проект закону про внесення змін до Цивільного кодексу України. Поданий законопроект розглядається Верховною Радою України одночасно з відповідним проектом закону про внесення змін до Цивільного кодексу України.

3. Цивільні відносини можуть регулюватись актами Президента України у випадках, встановлених Конституцією України.

4. Актами цивільного законодавства є також постанови Кабінету Міністрів України. Якщо постанова Кабінету Міністрів України суперечить положенням

цього Кодексу або іншому закону, застосовуються відповідні положення цього Кодексу або іншого закону.

5. Інші органи державної влади України, органи влади Автономної Республіки Крим можуть видавати нормативно-правові акти, що регулюють цивільні відносини, лише у випадках і в межах, встановлених Конституцією України та законом.

6. Цивільні відносини регулюються однаково на всій території України”.

У зв'язку з запровадженням термінів “правотвір” та “праводавство” вказана стаття 4 Цивільного кодексу України може мати назву “Цивільне праводавство України. Правотвори цивільного праводавства України” і наступний зміст:

“1. Цивільне праводавство України складається з законодавства - Конституції України та законів України, а також з інших правотворів, які прийняті уповноваженими органами держави і встановлюють, змінюють, припиняють чи конкретизують норми цивільного права.

2. Основу цивільного законодавства України становить Конституція України.

3. Основним правотвором цивільного законодавства України є Цивільний кодекс України. Правотворами цивільного законодавства є також інші закони України, які приймаються відповідно до Конституції України та цього Кодексу.

Якщо суб'єкт права законодавчої ініціативи подав до Верховної Ради України проект закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж цей Кодекс, він зобов'язаний одночасно подати проект закону про внесення змін до Цивільного кодексу України. Поданий законопроект розглядається Верховною Радою України одночасно з відповідним проектом закону про внесення змін до Цивільного кодексу України.

4. Цивільні відносини можуть регулюватись правотворами Президента України у випадках, встановлених Конституцією України.

5. Правотворами цивільного праводавства є також постанови Кабінету Міністрів України. Якщо постанова Кабінету Міністрів України суперечить

положенням цього Кодексу або іншому закону, застосовуються відповідні положення цього Кодексу або іншого закону.

6. Інші органи державної влади України, органи влади Автономної Республіки Крим можуть видавати правотвори, що регулюють цивільні відносини, лише у випадках і в межах, встановлених Конституцією України та законом.

7. Цивільні відносини регулюються однаково на всій території України”.

Можливе відновлення законодавцем історичного значення слова “закон” і відповідно слова “законодавство” шляхом зміни назви нормативно-правового акта вищої юридичної сили, що приймається Верховною Радою України або референдумом зі слова “закон” на інше слово, на наш погляд, не буде означати, що запропоновані терміни “правотвір” та “праводавство” стануть зайвими, оскільки вони фактично стануть синонімами до слів “закон” і “законодавство”, а наявність синонімів є ознакою багатства мови.

Запровадження термінів “правотвір” та “праводавство” дозволить усунути термінологічні прогалини, що унеможлиблюють адекватний переклад юридичних текстів з англійської на українську мову, буде сприяти гармонізації між українською правничою термінологією та термінологією країн правової системи загального права і, як наслідок, зробить більш зрозумілими ті поняття, які запозичені з правової системи загального права, насамперед принцип верховенства права.

І насамкінець, для того, щоб принцип верховенства права став дієвим конституційним принципом, потрібно, на наш погляд, відійти від намагання винайти якийсь “український варіант” цього принципу та насамперед звернутися до відповідних робіт вчених-правників та юристів-практиків країн правової системи загального права, пам’ятаючи, що саме в цих країнах цей принцип вперше отримав доктринальне тлумачення, а також більше уваги приділяти документам авторитетних міжнародних організацій, в яких викладені сучасні погляди щодо його змісту та сутності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови / 2-е видання Голов. ред. В. Т. Бусел. — К.: Ірпінь: ВТФ “Перун”, 2005.
2. Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю70 Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: “Укр. енцикл.”, 1998. ISBN 966-7492-00-1.
3. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник / Пер. з рос. — Харків: Консум, 2001.
4. Інтерв'ю з М. Козюброю //Верховенство права. Законодавчий бюлетень — К. 2005// веб-портал www.irex.kiev.ua/media.
5. М. Козюбра. Праворозуміння: поняття, типи та рівні [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.info-prensa.com/article-317.html>
6. Н. Пархоменко// Основні концептуальні підходи до визначення права в сучасній юридичній науці// [Електронний ресурс] – Режим доступу: / http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Almpr/2011_2/02_08.pdf
7. Ю. Шемшученко. Що є право? /Ю.С. Шемшученко// Антологія української юридичної думки в 20 т. – К.: Видавничий Дім “Юридична книга”, 2005. – Том 10: Юридична наука незалежної України.
8. Виноградов П.Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе - “Зерцало”, 2010.
9. Конституція України від 28 червня 1996 року, № 254к /96-ВР// Відомості Верховної Ради України. – 1996 р. № 30.
10. Полное собрание законов Российской империи// [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.nlr.ru/e-res/law_r/search.php
11. М. Грушевський. Історія України-Руси. Том III. Розділ III. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://izbornyk.org.ua>.
12. І. Франко. Зібрання творів у 50-и томах. – К.: Наукова думка, 1980 р., т. 26.
13. Webster`s New World College Dictionary: Fourth edition/ Editor in Chief M. Agnes – Wiley Publishing, Inc., 2002.

14. G. Fletcher. In Honour of “Ius et Lex”. Some Thoughts on Speaking about Law// “Ius et Lex” Foundation - Warszawa 2001 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.iusetlex.pl/pdf/fletcher.pdf>.
15. T. Hobbes. Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil//[Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/hobbes/Leviathan.pdf>
16. M. White. On the Use of ‘Ius’ and ‘Lex’)// [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.public.asu.edu/~mjwhite/On%20the%20Use%20of%20Ius.pdf>
17. W. Blackstone. Commentaries on the Laws of England// [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.constitution.org/tb/tb-1103.htm>
18. European court of human rights: Case of Kruslin v. France// [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"fulltext":\["Kruslin"\],"documentcollectionid":\["COMMITTEE","DECISIONS","COMMUNICATEDCASES","CLIN","ADVISORYOPINIONS","REPORTS","RESOLUTIONS"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{).
19. M. Ristikivi. Latin: The Common Legal Language of Europe// [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2005_1_199.pdf
20. A.V.Dicey. Introduction to the study of the law of the Constitution. Third edition - London: Macmillan & Co, 1889// [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://constitution.org/cmt/avd/law_con.htm
21. А.В.Дайси. Основы государственного права Англии (Введение в изучение английской конституции)/ Переводъ подь редакціей проф. П.Г. Виноградова. – М.: Типографія Т-ва И.Д. Сытина, 1905 // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.twirpx.com/file/697949/>
22. Б. Малишев. Принцип панування права (the rule of law) у праці Альберта Дайсі “Вступ до вивчення конституційного права”// [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.nbu.gov.ua/portal/soc_gum/Pfp/2008_2009_6_7/118%20Malyshev.pdf

23. Parliamentary Assembly of Council of Europe. The principle of the Rule of Law. Resolution 1594 (2007). Text adopted by the Standing Committee acting on behalf of the Assembly on 23 November 2007 // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://assembly.coe.int>

24. A. V. Dicey. Introduction to the study of the law of the Constitution. Eighth edition - London: Macmillan & Co, 1915// [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf

25. Конституційний Договір між Президентом України та Верховною Радою України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України (від 08 червня 1995 року) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1995. – № 18. – Ст. 133).

26. С. Головатий. Верховенство права: глухі кути вітчизняної юридичної доктрини// [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.ruleoflaw.in.ua/?JID=432>

27. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 року № 2747-IV// [Електронний ресурс] Інформаційно-аналітичний центр “ЛІГА”, 1991-2014 ТОВ “ЛІГА:ЗАКОН” 2007-2014.

28. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 року № 4651-VI [Електронний ресурс] Інформаційно-аналітичний центр “ЛІГА”, 1991-2012 ТОВ “ЛІГА:ЗАКОН”, 2007-2014.

29. Закон України від 07.07.2010 року № 2453-VI “Про судоустрій і статус суддів”// [Електронний ресурс] Інформаційно-аналітичний центр “ЛІГА”, 1991-2014 ТОВ “ЛІГА:ЗАКОН”, 2007-2014.

30. Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: У двох книгах /За заг. ред. Ю.С. Шемшученка/Книга перша: Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії / Відп. ред. Н. Оніщенко. - К., 2008.

31. Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 (справа про призначення судом більш м'якого покарання) //Офіційний вісник України, 2004, № 45.

32. Рабінович П. Верховенство права в інтерпретації Конституційного Суду України // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.yurincom.kiev.ua/uvu/>.

33. С. Головатий. Верховенство права, або ж Правовладдя: вкотре про доктринальні манівці вітчизняної науки// “Право України” 2010” № 4 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.info-prensa.com/article-344.html>.

34. Н. Оніщенко, С. Сунегін. Верховенство права та законність як принципи адміністративного судочинства: взаємозв’язок та взаємозалежність. Вісник Вищого адміністративного суду України 2014 р., № 2.– К.: Юрінком Інтер, 2014.

35. European commission for democracy through law (Venice commission). Report on the rule of law. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session//[Електронний ресурс] – Режим доступу: www.venice.coe.int

36. The Rt. Hon Lord Bingham of Cornhill KG, House of Lords “The Rule of Law” //[Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.cpl.law.cam.ac.uk/past_activities/the_rt_hon_lord_bingham_the_rule_of_law.php

Наукове видання

Святослав Васильович Серьогін

Верховенство права в Україні:
проблеми розуміння та застосування

Монографія

Електронне видання

Редактор Серьогін С.В.

Коректор: Туранська А.М.

Видавець «ФОП Середняк Т.К.», 49000, Дніпропетровськ, 18, а/с 1212
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до Державного реєстру
видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції ДК № 4379 від 02.08.2012.
Ідентифікатор видавця в системі ISBN 7029

Підготовлено до видання в електронному форматі
на базі поліграфічно-видавничого центру «Адверта»
49000, Дніпропетровськ, 18, а/с 1212
тел. +38-(068)-732-45-20
www.adverta.com.ua

