

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Кваліфікаційна наукова
праця на правах рукопису

БОБРОВА ТЕТЯНА АНАТОЛІВНА

УДК 34.037

ДИСЕРТАЦІЯ

**НЕГАТИВНА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ТА ЇЇ РОЛЬ В
УДОСКОНАЛЕННІ СУЧАСНОГО ПРАВА**

081 – Право

подається на здобуття ступеня доктора філософії

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

_____ Т. А. Боброва

Науковий керівник –
ДУДЧЕНКО Валентина Віталіївна,
доктор юридичних наук, професор,
Заслужений юрист України

Одеса – 2023

АНОТАЦІЯ

Боброва Т. А. Негативна правотворчість та її роль в удосконаленні сучасного права. — Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису. Дисертація на здобуття ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 — Право. — Національний університет «Одеська юридична академія», Одеса, 2023.

У даному дослідженні правовий феномен сучасної юриспруденції «негативна правотворчість» представлено як загальнотеоретичну категорію, яка поєднує приватну та публічну сферу суспільних відносин. Встановлено, що при здійсненні негативної правотворчості виявляються дефекти юридичних актів, виправлення яких може позитивно позначитися на ефективності правового регулювання.

У першому Розділі роботи негативну правотворчість розглянуто як явище правової реальності. Визначено методологічний арсенал дослідження, застосування якого допомогло дослідити правову природу та сутність негативної правотворчості, а також запропонувати визначення таких понять як: «негативна правотворчість», «юридичні технології створення актів негативної правотворчості», «акти негативної правотворчості». Розглянуто генезу критичного аналізу текстів правових приписів, який був і є постійним супутником права, а його розуміння започатковано періодом формування правотворчого процесу. Встановлено, що задля «практичності» верховенства права та вдосконалення правового регулювання в цілому, необхідно щоб всі діючі правові акти відповідали духу і принципам права, які закріплені в конституціях та міжнародному законодавстві. Відтак, критичний аналіз тексту правових приписів є суттєвою умовою покращення якості правових актів, що веде до забезпечення правовідповідності. Саме критерій правовідповідності, під яким розуміється еквівалентність письмового акту духу і принципам права, є основним при аналізі тексту правових приписів. Правовідповідність, як правова категорія, охоплює питання щодо форми й

змісту права, питання розбудови його структури, пошук ціннісних орієнтирів та навіть співвідношення легістського та юридичного підходу до розуміння права.

Аналіз природи негативної правотворчості став можливим лише через розкриття більш ширшого поняття «правотворчість», яка у свою чергу є складовою частиною правотворення. Визначено, що активізація правотворчої діяльності сприяє «оновленню» правової системи. Результатом правотворчості є всі правові акти не в залежності від форми та сфери реалізації. Ефективність таких актів у процесі правового регулювання свідчить про належну якість позитивної правотворчості. Встановлено, що здійснення правотворчості, як і будь-якої іншої творчої діяльності є природним явищем, яке притаманне лише «людині-розумній», на відміну від машинного інтелекту, а значить тут не обійтись без уникнення помилок.

Визначено, що одним із засобів усунення правотворчих помилок є скасування норми, яка визнана помилковою. Таку діяльність, яка представляє собою удосконалення законів, підзаконних актів, рішень суду, цивільно-правових договорів та інших юридичних документів, шляхом встановлення їх правовідповідності, ми називаємо негативною правотворчістю. Вона не тягне за собою створення правових актів, а лише скасовує ті, які не відповідають актам вищої юридичної сили, чим відіграє важливу роль в удосконаленні права. Негативна правотворчість є інструментом задля відновлення панування принципу верховенства права в тих правових актах, де його було втрачено. У процесі дослідження природи негативної правотворчості простежуються тенденції до повернення плюралізму правових ідей, до «живого права», до правовідповідності. У дослідженні акцентується увага на розповсюдженні ідеї впливу різноманітних недержавних суб'єктів на правотворчу діяльність, що у свою чергу призводить до трансформації сучасного права.

Встановлено, що поняття «негативний правотворець» або «негативний законодавець» є достатньо загальноновживаним у науковій літературі та серед

практикуючих фахівців, які часто ототожнюють ці поняття або ж пов'язують їх виключно із судовою діяльністю. Зроблено висновки стосовно того, що терміни: «негативна правотворчість» і «негативна законотворчість» мають абсолютно різне значення, точно як «правотворчість» та «законотворчість». Розглядаються приклади, які є свідченням того, що негативна правотворчість як явище правової реальності може існувати як у публічно-правових, так і в приватно-правових формах.

Наведено класифікацію негативної правотворчості за суб'єктним складом, за способом встановлення правовідповідності та за галузевою належністю. Зазначено, що особливий інтерес представляє судова негативна правотворчість, яка здійснюється судами різного рівня: від національних судів до міжнародних судових інстанцій. Згадується про судові рішення, яке вважається першим прикладом негативної правотворчості в юриспруденції та наводяться аргументи стосовно того, що в сучасній правовій реальності не тільки судовий акт може бути прикладом здійснення негативної правотворчості.

У другому Розділі негативна правотворчість постає як складова модернізації українського права. Питання якості юридико-технологічного інструментарію створення актів негативної правотворчості прямо пов'язане з підвищенням її ефективності, а тому є одним із ключових положень всебічного теоретичного аналізу. Акцентується увага на тому, що виявити правотворчі та інші види помилок можливо саме за допомогою негативних юридичних технологій та пропонується використовувати технологію правової експертизи юридичних документів.

Визначено, що результатом використання технології правової експертизи є акт негативної правотворчості, який має містити в собі концептуальну, системно-юридичну, юридико-технічну та природно-правову оцінки правового акту. Запропоновано авторське визначення поняття акту негативної правотворчості. Наведено аргументи стосовно того, що позбавлення статусу джерела права актів негативної правотворчості, які

змінюють зміст правового регулювання й фактично вносять зміни до правової системи є однозначно помилковим.

Досліджено негативну правотворчість Конституційного Суду України. Робиться висновок стосовно того, що орган конституційного контролю є одним із найвпливовіших суб'єктів здійснення негативної правотворчості публічно-правової форми, поряд з іншими суб'єктами, які наділені державно-владними повноваженнями. Негативна правотворчість здійснюється суддями на основі наявних правових норм і принципів, оскільки для винесення відповідного рішення суд аналізує не тільки норми окремого нормативного акту на відповідність Основному Закону держави, але й багаторічну практику Європейського суду з прав людини, з якої й випливають принципи відродженого природного права. Принципи ж, входять в обсяг розуміння права й діють поряд із нормами, оскільки юридичні правила не можуть скласти всю повноту правового регулювання і потребують залучення моральних орієнтирів, що мають застосовуються як при здійсненні позитивної, так і негативної правотворчості.

При висвітленні неофіційної негативної правотворчості використовуються «кейси підприємств», «кейси з нотаріату» та «адвокатські кейси», в яких відображається негативна правотворчість як явище правової реальності, що існує в приватно-правовій формі. Розглядаючи неофіційну негативну правотворчість, встановлено, що йдеться не про регулювання в класичному юридичному розумінні третейського розгляду, досудового вирішення спорів, нотаріальної діяльності тощо, а про роль принципів та функцій права в процесі здійснення зазначених форм задля встановлення правовідповідності. Акцентується при цьому увага на демонополізації участі держави в процесах правотворення та розвивається концепція недержавного (неофіційного) права.

У третьому Розділі досліджується негативна правотворчість у правових системах сучасності. Визначено, що правова система кожної держави має свої характерні риси й особливості, не дивлячись на те, що певна кількість

країн може належати до однієї правової сім'ї. Відмічається, що будь-який суб'єкт здійснення негативної правотворчості при встановленні відповідності юридичних актів, перш за все, має орієнтуватися на загальні орієнтири (чи то принципи шаріату, чи традиції, чи загальноправові начала), проте кожній правовій сім'ї властиві певні особливості такої діяльності:

- у країнах романо-германської правової сім'ї правотворчість є безперервним процесом на різних рівнях, природні принципи втілюються в правові акти вищої юридичної сили та адаптуються з часом до певних економічних, соціальних та політичних змін. Відповідно суб'єкти негативної правотворчості мають актуальні динамічні орієнтири для своєї діяльності, які також зафіксовані в правових актах;

- у країнах англосаксонської правової сім'ї право справедливості та загальне право, в яких втілені природні принципи підтримуються судовою правотворчістю. Завдяки судовому прецеденту, що має динамічний характер, є міцна формальна основа для негативного правотворця;

- у невіддиференційованих правових системах релігійні джерела (які, як правило, є і правовими) містять у собі принципи, що є основою для негативної правотворчості, але вони не мають такого динамічного характеру, їх пристосованість до сучасних реалій залежить від правознавців (наприклад, суддів шаріату), які здійснюють тлумачення релігійних положень і можуть визначити, які акти є чинними й справедливими, а які — ні.

Загалом, процес формування негативної правотворчості в різних правових системах, свідчить про те, що чим вища якість діючих правових актів, тим менша необхідність застосування негативної правотворчості, що підтверджує високий рівень правової культури суб'єктів правотворчої діяльності.

Ключові слова: правотворчість, негативна правотворчість, правовідповідність, правові акти, акти негативної правотворчості, джерела права, юридичні технології створення актів негативної правотворчості, правова система, закон, законодавство, конституційна юрисдикція.

ABSTRACT

Bobrova T. A. Negative Law-Making and Its Role in the Improvement of Modern Law. — Qualifying scientific work as manuscript copyright. Thesis for a Doctor's of Philosophy degree by specialty 081 – Law. – National University “Odesa Law Academy”, Odesa, 2023.

The “negative law-making” as a law phenomenon of modern jurisprudence is presented in this work as a general-theoretical category which unites the private and public spheres of social relations. It is established that in the course of negative law-making the defects of legal acts are revealed and their amendment can positively impact the legal regulation efficiency.

In the first section of the work the negative law-making is viewed as a legal reality phenomenon. The methodological tools of the study have been selected and their uses helped to study the legal nature and essence of the negative law-making as well as suggest such definitions as: “negative law-making”, “legal technologies applied in the development of the negative law-making acts” and “acts of negative law-making”. Considered is the genesis of the critical analysis of the prescriptions of law, which was and still is a permanent “satellite” of the law, and its meaning originated in parallel with formation of the law-making process. It is established that for the sake of practical use of the law supremacy and improvement of the legal regulation as a whole, it is required that all effective law acts were in line with the spirit and principles of the law that were constitutionalized and fixed in the international legislation. Consequently, the critical analysis of the texts of legal prescriptions is an essential precondition for improvement of the legal act quality thereby ensuring accordance to law. It is the accordance to law criterion, meaning the equivalent of the written act to the spirit and principles of the law, which is the key consideration when analyzing law prescriptions. Accordance to law, being a legal category, includes the matters of form and content of the law, the aspects of its structure development, search of the value orientation and, even, balance between the legalistic and juridical approaches to apprehension of the law.

It became possible to analyze the nature of legal law-making by the process of disclosure of the wider notion of law-making, which, in its turn, is a component of the law development. It is defined that the active law-making activity facilitates “renovation” of the legal system. Law-making results in all legal acts irrespective of the form and sphere of their implementation. If such acts turn to be effective in the course of legal regulation, it means that the positive law-making have are of adequate quality. It is established that the law-making, same as any other creative activity, is a natural phenomenon appropriate to “homo sapiens” only, as distinct from the computer intelligence, therefore, it is impossible to exclude errors in law-making.

It is ascertained that cancellation of a norm, which was recognized erroneous, is one of the means to eradicate errors of law-making. We call negative law-making such activity which deals with improvement of laws, bylaws, court judgments, civil contracts and other legal documents by way of establishing their compliance with laws. Negative law-making does not involve development of legal acts but just cancels those acts which are not consistent with the acts of the legal precedence, thereby playing an important role in law improvement. Negative law-making is an instrument of restoration of the law supremacy principle in those legal acts where it was lost. When studying the nature of the negative law-making, we are able to see trends towards coming back to pluralism of legal ideas, to “living law” and compliance with the law. This study places emphasis on dissemination of the idea how diverse non-state entities influence law-making activity, which, in its turn, leads to transformation of the modern law.

It is established that the “negative lawmaker” or “negative legislator” terms are sufficiently well used in the scientific literature and amongst law practitioners who often equate these notions or use them in the court activity only. Conclusions are made concerning the fact that such terms as “negative law-making” and “negative legislative drafting” have absolutely different meanings, same as “negative law-making and “legislative drafting”. Analyzed are the examples which

confirm that the negative law-making, being a legal reality phenomenon, may exist both in public and in private legal forms.

The author included the negative law-making classification according to the composition of entities, to the method of establishing compliance with the law and sectoral affiliation. It is noted that of particular interest is the judicial legislation, which is exercised by courts of various levels beginning from the state district courts and ending with international court instances. Reference is made to a court judgment which is considered in jurisprudence to be the first example of the negative law-making, and arguments are provided in favour of the fact that in the modern legal reality it is not the legal act only can be an example of the negative law-making.

In the second section of the work negative law-making is presented as a component of the Ukrainian Law upgrading. The problem of quality of the judicial and technological instruments used when developing the negative law-making acts is directly connected with improving its quality; therefore it is one of the basic components of the multifaceted theoretical analysis. It is stressed that in order to identify errors of law-making and other errors it is possible to apply negative judicial technologies, and it is proposed to apply legal due diligence technology to the judicial documents.

It is defined that the use of the due diligence technology results in the negative law-making act, which should contain a conceptual, systemic and judicial, judicial and technical and natural and judicial appraisal of a judicial act. The author proposed a notion of the negative law-making act. Arguments are presented pertaining to the fact that cancellation of the source of law status of the negative law-making acts that change the content of the judicial regulation and, actually, amend the legal system, are decisively erroneous.

The negative law-making of the Constitutional Court of Ukraine has been analyzed. It is concluded that the constitutional control authority is one of the most influential instruments of the negative law-making of the public law form together with other entities that are vested with the governmental authorities. Negative law-

making is exercised by judges on the basis of the existing legal norms and principles because, in order to make appropriate judgments, the court analyzes not only the norms of a particular normative act for its compliance with the constitutional law of the state but also the many-years practice of the European Court of Human Rights which makes the basis for the restored natural law. After all, the principles are included in the scope of law apprehension and function in parallel with the norms as the judicial rules may not form the legal regulation entirety and require involvement of ethical benchmarks that should be applied when referring to positive and negative law-making.

When describing unofficial negative law-making, use is made of “cases involving enterprises”, “cases involving notarial activity” and “attorney cases” wherein negative law-making is reflect the negative law-making as a legal reality phenomenon which exists in the private-public law form. When considering unofficial negative law-making, it was found out that it was not about regulation in the classical judicial meaning of arbitration, pre-trial settlement of disputes, notarial activity, etc. but about the role of principles and functions of the law in the course of realization of said forms so as to establish compliance with the law. At that, attention is paid to de-monopolization of the state participation in the law-making processes, and the concept of the non-state (unofficial) law is being developed.

In the third section the negative law-making is studied in the modern legal framework. It is indicated that the legal framework of every state has its characteristic peculiar features though a certain number of countries may belong to the same legal family. It is noted that, when establishing compliance with the law, any entity dealing with negative law-making, has, primarily, to take guidance of the general benchmarks (irrespective of whether these are principles of Sharia law or traditions or general legal principles), however, each legal family has its own peculiarities when exercising such activity:

- in the countries belonging to the Romano-Germanic legal family the legal-making is a continuous process at various levels, the natural principles are

embodied in the legal acts of the higher legal efficacy and are, in the course of time, adapt to certain economic, social and political changes. Accordingly, the entities exercising negative law-making has modern dynamic benchmarks in its activity, which are also fixed in legal acts;

- in the countries belonging to Anglo-Saxon legal family the law of equity and the common law, where the natural principles are embodied, are supported by the court law-making. Due to a court precedent that is of a dynamic nature, there exist a formidable base for a negative law-maker;

- in the non-differentiated legal systems the religious sources (as a rule they are just legal) contain the principles that make basis for the negative law-making but they are not characteristic of dynamics, their adjustment to current realities depend on legal scholars (e.g., Sharia courts) who interpret religious beliefs and may define which acts are effective and just and which are not such.

Generally, the process of the negative law-making formation in various legal systems indicates that the higher law-making quality of the legal acts is, the less is the necessity to apply the negative law-making, which confirms a high level of the legal awareness of the law-making entities.

Key words: law-making, negative law-making, compliance with the law, legal acts, acts of negative law-making, sources of law, legal technologies of creating of the negative law-making acts, legal system, the law, legislation, constitutional jurisdiction.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Боброва Т. А. «Негативна» правотворчість: вітчизняні реалії та зарубіжний досвід. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. 1(26). С. 9–13.
2. Боброва Т. А. Здійснення «негативної правотворчості» в країнах романо-германської правової системи. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. 2020. Випуск 88. С. 26–35.
3. Bobrova T. A. Judicial law-making: positive and negative aspects. *KELM (Knowledge/Education/Law/Management)*. 2021. № 3 (39) vol. 2. P. 150–155 DOI <https://doi.org/10.51647/kelm.2021.3.2.24>
4. Боброва Т. А. Юридичні технології створення актів негативної правотворчості. *Право і суспільство*. 2022. № 2. С. 9–15.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації та додатково відображають наукові результати дисертації:

5. Боброва Т. А. «Негативна» правотворчість: її сутність та значення. *Теоретичний аналіз та наукові дослідження юридичної науки у XXI столітті* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., (м. Запоріжжя, 26–27 квітня 2019 р.). Запоріжжя: Класичний приватний університет, 2019. С. 6–10.
6. Боброва Т. А. Негативна правотворчість як явище правової реальності. *Правове життя сучасної України* : у 3 т. : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., (м. Одеса, 15 травня 2020 р.) / відп. ред. М. Р. Аракелян. Одеса : Гельветика, 2020. Т. 1. С. 130–133.
7. Боброва Т. А. Позитивна та негативна правотворчість у сучасних реаліях. *Наука та суспільне життя України в епоху глобальних викликів людства у цифрову еру (з нагоди 30-річчя проголошення незалежності України та 25-річчя прийняття Конституції України)* : матеріали Міжнар.

наук.-практ. конф., за заг. ред. С. В. Ківалова, (м. Одеса, 21 травня 2021 р.).
Одеса : НУ «ОЮА», 2021. С. 110–113.

8. Боброва Т. А. Здійснення «негативної правотворчості» в країнах романо-германської правової системи. *Юриспруденція сьогодні: між апологією і креативністю. Пам'яті професора Ю. М. Оборотова : (до 75-річчя від дня народження доктора юридичних наук, професора Ю. М. Оборотова) : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., (м. Одеса, 17 вересня 2021 р.) / Нац. ун-т «Одеська юрид. академія»; за заг. ред. А. Ф. Крижановського. Одеса : Фенікс, 2021. С. 189–192.*

9. Боброва Т. А. Щодо статусу актів «негативної правотворчості». *Розвиток наукової думки постіндустріального суспільства: сучасний дискурс : матеріали II Міжнар. наук.-практ. конф., (Т.1), (м. Дніпро, 8 жовтня 2021 р.). Вінниця : Європейська наукова платформа, 2021. С. 61–63.*

10. Боброва Т. А.. «Негативна правотворчість» як засіб вдосконалення правового регулювання. *Українське суспільство в умовах воєнного стану: сучасні виклики та напрямки розвитку : матеріали Всеукр. наук. конф. молодих вчених (м. Одеса, 6 червня 2022 р.) / уклад.: Ю. Д. Батан, В. С. Кучерявенко, Л. С. Бондарчук та ін.; за ред. М. Р. Аракеляна, К. І. Спасової. Одеса : Фенікс, 2022. С. 23–26. URL : <https://hdl.handle.net/11300/20006>*

ЗМІСТ

ВСТУП.....	3
РОЗДІЛ 1. НЕГАТИВНА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ЯК ЯВИЩЕ ПРАВОВОЇ РЕАЛЬНОСТІ.....	14
1.1. Методологічні засади дослідження негативної правотворчості.....	14
1.2. Генеза критичного аналізу текстів правових приписів.....	32
1.3. Правова природа негативної правотворчості. Співвідношення позитивної та негативної правотворчості.....	48
РОЗДІЛ 2. НЕГАТИВНА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ЯК СКЛАДОВА МОДЕРНІЗАЦІЇ УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА.....	71
2.1. Юридичні технології створення актів негативної правотворчості...71	
2.2. Негативна правотворчість у діяльності Конституційного Суду України.....	87
2.3. Неофіційна негативна правотворчість.....	102
РОЗДІЛ 3. НЕГАТИВНА ПРАВОТВОРЧІСТЬ У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ СУЧАСНОСТІ.....	116
3.1. Негативна правотворчість в англосаксонській правовій сім'ї.....	116
3.2. Негативна правотворчість у романо-германській правовій сім'ї.....	129
3.3. Негативна правотворчість у невіддиференційованих правових системах.....	148
ВИСНОВКИ.....	163
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	169
ДОДАТКИ.....	196

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Актуальні тенденції розвитку суспільних відносин потребують активізації правотворчої діяльності. Необхідним є формування такої системи правових актів, яка б відповідала сучасній системі цінностей, втілювала в собі природні закони та принципи, і в результаті стала дійсно показником цивілізованості суспільства й держави. Саме тому, вкрай важливо при здійсненні правотворчої діяльності не віддалятися від викладу загального принципу права в текстах правових актів, дотримуватися вимог юридичної технології та техніки з їх прийняття.

У процесі ж правореалізації виявляються випадки, коли правові приписи не враховують специфіки національного правового менталітету чи соціально-економічного стану країни. Частими є випадки наявності прогалин у правовому регулюванні, норм із суперечливим змістом, ігнорування існуючої ієрархії правових актів. Тож, своєчасне виявлення положень, які не відповідають «духу» права є одним із основних напрямів забезпечення ефективності правотворчої діяльності. У цьому зв'язку, все частіше згадується такий правовий феномен як «негативна правотворчість», яка на сьогодні є малодослідженою, не говорячи вже про технологію її здійснення та роль у сучасному праві, що й обумовлює **актуальність** даної теми та напрям наукового пошуку.

Частота здійснення негативної правотворчості надає можливість оцінити ефективність і якість прийнятих правових актів, що у свою чергу є запорукою успішного розвитку діяльності як правотворчих, так і правозастосовних органів. Здійснення негативної правотворчості є однією із складових модернізації права, що є важливим завданням у векторі розвитку країни у теперішній час. Цей процес, як і багато інших напрямів відбувається під впливом, насамперед, європейських правових стандартів. Порівняння діяльності «негативних правотворців» у провідних правових системах є особливо актуальним і важливим для вітчизняної юридичної практики. Тим

паче, що запозичення позитивного зарубіжного досвіду в поєднанні з особливостями національної правової системи є запорукою успішного розвитку даного правового феномену.

Підґрунтям для всебічного розкриття предмету дослідження стали праці вітчизняних та зарубіжних науковців таких як: С. Гардбаума, Р. Давида Т. О. Дідича, В. В. Дудченко, В. В. Завальнюка, К. Ю. Ісмайлова, Г. Кельзена, М. С. Кельмана, С. В. Ківалова, С. П. Кравченка, М. І. Козюбри, Л. Я. Коритко, А. Ф. Крижановського, Д. В. Лук'янова, Д. Г. Манька, Ю. В. Мелякової, Ю. М. Оборотова, Г. В. Рибікової, О. Ф. Скакун, К. О. Трихліб, Д. С. Терлецького, Д. Ю. Хорошковської, С. С. Цися, Г. І. Чанишевої, Г. М. Чувакової, В. Д. Юрчишина та ін.

Варто зазначити, що комплексні загальнотеоретичні дослідження негативної правотворчості не проводилися. Актуальним при цьому бачиться повернення до плюралізму правових ідей, до «живого права», до критеріїв правовідповідності юридичних актів та переосмислення традиційних уявлень про право в цілому. Цікавим із наукової точки зору є розповсюдження ідеї впливу різноманітних недержавних суб'єктів на правотворчу діяльність, що у свою чергу приводить до трансформації сучасного права. Все це свідчить як про науковий характер, так і зв'язок із правозастосовною практикою такого правового феномену як негативна правотворчість.

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

Дисертаційне дослідження виконано в рамках наукових досліджень Національного університету «Одеська юридична академія» у контексті теми: «Правове та соціальне життя України у людиноцентристському вимірі в цифрову еру» на 2021–2025 р.р. (державний реєстраційний номер 0122U000266), а також в рамках плану науково-дослідницької роботи кафедри загальної теорії права та держави Національного університету «Одеська юридична академія» – «Право і держава ХХІ століття: генезис, сучасність, перспективи» на 2021–2025 р.р. і комплексної цільової теми

«Правовий вимір цілісності та децентралізації української держави в умовах євроінтеграції».

Мета і завдання дослідження. Відповідно до встановленого об'єкта (правотворча діяльність) й предмета дисертаційного дослідження (негативна правотворчість та її роль в удосконаленні сучасного права) його **метою** є комплексний аналіз сутності негативної правотворчості, технології її здійснення, ролі в сучасній українській юриспруденції та країн зарубіжжя.

Для досягнення зазначеної мети вирішувалися такі завдання:

визначити методологічні засади дослідження негативної правотворчості;

проаналізувати генезу критичного аналізу текстів правових приписів;

розкрити правову природу негативної правотворчості, охарактеризувати форми її здійснення, вивести дефініцію та здійснити класифікацію негативної правотворчості;

встановити співвідношення позитивної та негативної правотворчості;

розкрити поняття і юридичні технології створення актів негативної правотворчості;

охарактеризувати негативну правотворчість публічного та приватного права в Україні, зокрема здійснення негативної правотворчості у діяльності Конституційного Суду України та неофіційну негативну правотворчість;

проаналізувати здійснення негативної правотворчості в англосаксонській, романо-германській та невіддиференційованих правових системах.

Методи дослідження. Для досягнення мети й вирішення завдань дослідження було використано комплекс принципів наукового пізнання, методологічних підходів, філософських, загальнонаукових і спеціальних методів. В основі методології дослідження теоретичних засад здійснення негативної правотворчості лежать принципи наукової об'єктивності, плюралізму, аргументованості теоретичних положень, додатковості та міждисциплінарності. Зазначені принципи дозволяють підкреслити вагому роль та значення негативної правотворчості у сучасній правовій доктрині та

відобразити її сутність. Зосередження на «методологічній мові» включає застосування не тільки принципів, але й підходів та методів. При вивченні такого правового феномену як негативна правотворчість використовувалися антропологічний, аксіологічний, герменевтичний та діяльнісний підходи:

антропологічний підхід надає змогу розглядати людину як суб'єкта правової дійсності. Негативна правотворчість досліджується з урахуванням необхідності забезпечення прав людини, її інтересів і потреб, як основного системотворчого елемента суспільних відносин;

аксіологічний підхід використовується для вивчення цінності права в суспільстві. Розгляд аксіологічного підходу до негативної правотворчості допоможе поліпшити процеси правотворчої діяльності загалом, і реалізовувати її відповідно до змісту основних цінностей сучасного суспільства. Дослідження негативної правотворчості під кутом аксіологічного підходу також дозволить розглянути предмет дослідження з точки зору необхідного балансу суцього й належного у праві;

герменевтичний підхід застосовується в процесі тлумачення. Завдяки цьому підходу правовий феномен негативної правотворчості можна розглянути як складову правотворчої діяльності й навпаки, від розуміння правотворчості перейти до усвідомлення змісту негативної правотворчості (за так званим «герменевтичним колом»);

діяльнісний підхід дозволяє зосередитись на явищах, які знаходяться у взаємодії з негативною правотворчістю. У контексті даного дослідження аналіз діяльності людини дозволить визначити аспекти включення негативної правотворчості до конкретного виду діяльності вищого рівня, визначити її соціальне значення. Зокрема, діяльнісний підхід буде застосований при співвідношенні позитивної та негативної правотворчості, адже кожна передбачає активну діяльність людини (юриста) з відповідними знаннями та високим рівнем правової культури.

Для досягнення мети дослідження відповідно до встановлених підходів використовувалися такі групи методів: *філософські, загальнонаукові та*

спеціальні методи. Так, *формально-логічний метод* застосований при розгляді юридичних технологій створення актів негативної правотворчості та для визначення поняття «негативна правотворчість» (підрозділи 1.3, 2.1); *діалектичний метод* був використаний при дослідженні універсального і конкретики, при вивченні становлення негативної правотворчості як особливого правового феномену (підрозділи 1.2, 1.3, 2.2, 2.3); *системно-структурний* дозволяє ближче підійти до вияву змістовної, а не формально-технічної сторони негативної правотворчості. Структурно-функціональний аналіз є корисним при дослідженні природи негативної правотворчості як складової правотворчої діяльності. Окрім того, системно-структурний метод допоміг при вивченні технології створення актів негативної правотворчості (підрозділи 1.3, 2.1.); *Метод індукції та дедукції*, як правило, «співпрацюють» разом. Для розгляду предмету дослідження в країнах загального права доцільно використовувати саме метод індукції — від окремого випадку до загального принципу (підрозділ 3.1), що не скажеш про розвиток негативної правотворчості в країнах романо-германської правової системи, при вивченні якої використовувався метод дедукції (підрозділ 3.2); *метод аналізу* використовувався при дослідженні критеріїв відповідності текстів правових приписів у різні часи формування правотворчого процесу, а також при здійсненні класифікації негативної правотворчості (підрозділи 1.2, 1.3); *метод синтезу* сприяв визначенню цілісного поняття «негативної правотворчості» (підрозділи 1.3); Використання *методу абстрагування* уможливило концентрацію уваги на проблемах розвитку негативної правотворчості саме як правового явища, що відповідає духу суспільних відносин у певній правовій системі, розкрити технологію створення актів негативної правотворчості абстрагуючись від впливу політичних, історичних чи інших факторів (підрозділи 1.3, 3.1, 3.2, 3.3); за допомогою *порівняльно-правового методу* досліджувалась негативна правотворчість в англосаксонській, романо-германській та невіддиференційованій правових системах. Це свого роду міжтипове (зовнішнє) порівняння, яке має місце при

співставленні наукового феномену, що існує в межах різних правових систем (підрозділи 3.1, 3.2, 3.3); *формально-юридичний* застосовувався при аналізі положень правових актів щодо сутності негативної правотворчості як юридичної діяльності, а також допоміг при формулюванні визначень «негативна правотворчість» та «акти негативної правотворчості» (підрозділи 1.2, 1.3); *юридично-герменевтичний* метод надав можливість зрозуміти зміст правових норм, які регулюють питання, пов'язані з негативною правотворчістю, а також розглянути відповідну практику негативних правотворців, здійснивши так зване «подвійне тлумачення», та зрештою, інтерпретувати погляди науковців стосовно досліджуваної проблематики (підрозділи 2.1, 2.2, 2.3); *кейс-метод*: пропонується розгляд конкретних справ, зокрема провадження судів, «кейсів підприємств» та іншої юридичної практики задля кращого висвітлення негативної правотворчості в різних сферах правової діяльності (підрозділи 2.2, 2.3); *метод державно-правового моделювання* дозволив дослідити негативну правотворчість, шляхом її уявного, ідеального відтворення, коли в уяві формується механізм впливу актів негативної правотворчості на конкретні суспільні відносини. Подібні дослідження з використанням методу державно-правового моделювання найбільш актуальні в прогностичних цілях, для передбачення дії правових актів (підрозділи 2.2, 2.3).

Нормативну основу дослідження становлять: чинне законодавство України, міжнародне законодавство, а також законодавство зарубіжних країн, в якому регламентуються особливості організації правотворчої діяльності. Емпіричну базу дослідження становлять статистичні дані, судові рішення та безпосередньо акти негативної правотворчості.

Наукова новизна одержаних результатів обумовлена тим, що ця робота є першим монографічним загальнотеоретичним дослідженням ролі негативної правотворчості у процесах удосконалення права і визначається такими основними положеннями:

уперше:

внести пропозиції до ч. 1 ст. 2 Проекту Закону «Про правотворчу діяльність» за № 5707, а саме: «Правотворча діяльність — це діяльність із планування, розробки проєкту нормативно-правового акта (його концепції) та прийняття (видання) нормативно-правового акта, а також зміни та скасування чинного нормативно-правового акта, метою якої є правове врегулювання та/або охорона суспільних відносин»;

розглянуто негативну правотворчість як загальнотеоретичну категорію, яка поєднує приватну та публічну сферу суспільних відносин та запропоновано поняття негативної правотворчості, а саме: «негативна правотворчість» — це процедура удосконалення законів, підзаконних актів, рішень суду, цивільно – правових договорів та інших юридичних документів шляхом встановлення їх правовідповідності;

здійснено класифікацію негативної правотворчості:

- за суб'єктним складом (публічно-правова: негативна правотворчість, яку здійснюють суб'єкти, наділені державно-владними повноваженнями та приватноправова: негативна правотворчість, яку здійснюють суб'єкти, наділені приватно-правовими повноваженнями);

- за способом встановлення правовідповідності (негативна правотворчість зі встановлення неконституційності, негативна правотворчість з визнання незаконності, негативна правотворчість зі встановлення порушення норм міжнародного права тощо);

- за галузевою належністю (негативна правотворчість матеріального права (конституційного, адміністративного, митного права, трудового права і т. д.) та негативна правотворчість процесуального права (цивільно-процесуального, кримінально-процесуального, господарсько-процесуального права і т. д.);

- окремо виділено судову негативну правотворчість, яка здійснюється судами різного рівня: від національних судів до міжнародних судових інстанцій;

визначено, що юридичні технології негативної правотворчості представляють собою певну сукупність дій, знань та умінь щодо встановлення відповідності правових актів та їх частин духу й принципам права. При здійсненні негативної правотворчості пропонується використання технології правової експертизи юридичних документів, яка може здійснюватися як у публічній, так і приватно-правовій сфері;

встановлено, що акт негативної правотворчості представляє собою юридичний документ, який містить у собі оцінку, щодо невідповідності положень проаналізованого акту духу й принципам права, результатом чого є фактичне скасування чинних правових актів або їхніх частин шляхом визнання їх неконституційними, або незаконними. Це особливий вид юридичної практики, який слугує динамічним регулятором суспільних відносин;

удосконалено:

підходи щодо модернізації сучасного права. Акт негативної правотворчості фактично є інструментом скасування неправовідповідних актів або їхніх частин, що значно підвищує ефективність правового регулювання. Таким чином, негативна правотворчість як процедура удосконалення законів, підзаконних актів, рішень суду, цивільно – правових договорів та інших юридичних документів шляхом встановлення їх правовідповідності постає складовою модернізації українського права;

поняття «правовідповідність» — правова категорія, яка передбачає еквівалентність письмового акту духу й принципам права. Саме завдяки встановленню правовідповідності негативна правотворчість відіграє важливу роль в удосконаленні правового регулювання. Правовідповідність, як правова категорія, охоплює питання щодо форми і змісту права, питання розбудови його структури, пошук ціннісних орієнтирів та навіть співвідношення легістського та юридичного підходу до розуміння права.

техніко-технологічний інструментарій правотворчої діяльності. Відтак, негативна правотворчість є одним із засобів усунення правотворчих помилок,

адже своєчасне виявлення норм, які не відповідають «духу» сучасного права є одним із основних напрямів забезпечення ефективності правотворчої діяльності. Негативна правотворчість є інструментом задля відновлення панування принципу верховенства права в тих правових актах, де його було втрачено;

набули подальшого розвитку:

вихідні засади щодо правотворчої діяльності, яка окрім створення, включає в себе зміну та скасування юридичних норм. Відповідно, негативна правотворчість є самостійним видом правотворчості, який передбачає останній етап цього процесу — скасування. При цьому, загальноєвропейські та конституційні принципи права є основою для правотворчої діяльності та мають бути пристосовані до процедури створення актів негативної правотворчості.

положення стосовно концепції неофіційного (недержавного) права. Відтак, звернення до неофіційної негативної правотворчості пов'язане з дотриманням правовідповідності в актах приватно-правового характеру, які служать підставою чи підтвердженням прав та обов'язків учасників правовідносин і відображають у собі природні закони суспільного життя, а тому, будь-який юридичний документ не має суперечити загально-соціальним та спеціально-юридичним вимогам його створення і дії;

висновки стосовно того, що роль закону починає розширювати свої «межі» в країнах загальної системи права, як і прецедент у країнах романо-германської системи. Аналіз процесу формування негативної правотворчості в різних правових системах, свідчить про сталу тенденцію абсолютно виваженого й адаптованого в часі регламентування суспільних відносин, що є вкрай важливим у контексті зближення різних правових систем, культур та захисту прав і свобод людини в контексті сучасних євроінтеграційних процесів;

положення щодо судової негативної правотворчості. Фактично скасовуючи правові акти, судова гілка влади є одним із ключових суб'єктів

здійснення негативної правотворчості в публічно-правовій сфері, проте не є єдиним органом, який може виступати в якості «негативного правотворця». Судова негативна правотворчість як один із видів негативної правотворчості може бути предметом окремого наукового дослідження.

Практичне значення одержаних результатів полягає у тому, що сформульовані висновки дослідження можуть використовуватися *в науково-дослідній сфері* для подальшого поглиблення знань щодо сутності негативної правотворчості, її ролі у вдосконаленні права та місця в юридичній діяльності; *правотворчості* — при вдосконаленні правових актів, з урахуванням особливостей юридичних технологій негативної правотворчості, для підвищення якості правотворчої діяльності. Для коректного виконання порівняльно-правового аналізу актів негативної правотворчості різних правових систем; *навчальному процесі* — при проведенні занять із навчальних дисциплін таких як: «Загальнотеоретична юриспруденція», «Порівняльне правознавство», «Методологія юриспруденції», а також у процесі підготовки навчальної та навчально-методичної літератури із зазначених дисциплін.

Апробація результатів дисертації. Основні положення результатів дисертаційного дослідження, винесені узагальнення і висновки обговорено на засіданнях кафедри загальної теорії права та держави Національного університету «Одеська юридична академія» та оприлюднено на міжнародних та всеукраїнських науково-практичних конференціях, серед яких: «Теоретичний аналіз та наукові дослідження юридичної науки у ХХІ столітті» (м. Запоріжжя, 26–27 квітня 2019 р.), «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 2020 р.), «Наука та суспільне життя України в епоху глобальних викликів людства у цифрову еру» (м. Одеса, 21 травня 2021 р.), «Юриспруденція сьогодні: між аналогією і креативністю. Пам'яті професора Ю. М. Оборотова» (м. Одеса, 17 вересня 2021 року), «Розвиток наукової думки постіндустріального суспільства: сучасний дискурс» (м. Дніпро, 8

жовтня 2021 р.), «Українське суспільство в умовах воєнного стану: сучасні виклики та напрямки розвитку» (м. Одеса, 6 червня 2022 р.).

Публікації. Основні положення і висновки дисертації знайшли своє відображення в 4 статтях, опублікованих у наукових фахових періодичних виданнях з юридичних наук (одна з яких — у зарубіжному фаховому виданні), а також у 6 тезах доповідей на міжнародних та всеукраїнських науково-практичних конференціях.

Структура дисертації. Дисертація складається з анотації, вступу, трьох розділів, поділених на 9 підрозділів, висновків, списку використаних джерел та додатків (1 додаток, що розміщено на 3 сторінках). Загальний обсяг дисертації становить 198 сторінок, із них основного тексту — 168 сторінок, список використаних джерел містить 249 найменувань, що розміщений на 27 сторінках.

РОЗДІЛ 1. НЕГАТИВНА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ЯК ЯВИЩЕ ПРАВОВОЇ РЕАЛЬНОСТІ

1.1. Методологічні засади дослідження негативної правотворчості

Підкреслюючи важливість методологічних засад при будь-якому дослідженні Р. Декарт зазначав: «Для пошуку істини речей необхідний метод... Значно краще ніколи не думати про пошуки істини будь-якої речі, якщо робити це без методу: оскільки цілком безперечно, що внаслідок безладних занять такого роду й невиразних роздумів розсіюється природне світло й осліплюються уми» [51, с. 13].

Г. Х. фон Врігт акцентував увагу на тому, що в науковому дослідженні можна виділити два аспекти: «Один полягає у встановленні й відкритті фактів, другий — у побудові гіпотез і теорій» [73, с. 6]. Для того, щоб дослідити той чи інший правовий феномен і прийти до висновків щодо його значення, необхідно про нього «мислити», але просто абстрактне мислення може призвести до хибних результатів або ж до розвіювання ідеї взагалі. Якщо ж мислення предмету дослідження набуває методологічного характеру, будь-яка ідея при належному її обґрунтуванні знаходить шанс бути втіленою в життя.

Враховуючи зазначене, розробка методології дослідження негативної правотворчості постає початковим і важливим етапом роботи. В. В. Дудченко зазначає, що адекватна модель процесу наукового дослідження, результатом якого є нове знання, охоплює стадію формулювання й оцінки проблеми; відкриття, генерування й обґрунтування нових наукових ідей. І хоча наука не має у своєму розпорядженні який-небудь безпомилково діючий метод генерування нових наукових ідей і гіпотез, вона має у своєму розпорядженні широку розмаїтість методів, прийомів, засобів і способів міркувань як логічного, так і евристичного характеру, що значною мірою регулюють і збагачують процес дослідження [51, с. 16]. За допомогою методології можна

виявити правову природу, дати загальну характеристику, проаналізувати суть та прояв негативної правотворчості.

Прийmemo за основу розуміння «методології» в якості системи принципів і способів організації та побудови теоретико-пізнавальної діяльності в області дослідження державно-правової дійсності, а також вчення про цю систему, що стало традиційним розумінням методології юридичної науки [51, с. 14].

Саме методологія, як стверджує М. С. Кельман, є вчення про структуру, логічну організацію, принципи, методи, засоби й форми діяльності дослідника в процесі пізнання ним досліджуваних державно-правових явищ. Вона забезпечує як наукове пізнання, так і наукову діяльність учених-юристів, є формою самопізнання та самосвідомості юриспруденції, має чітку структуру (вертикальну й горизонтальну), що охоплює загальні компоненти тільки в різних співвідношеннях між ними: домінуючий світогляд, тип наукового мислення, філософські й інші підстави, загальнонаукові й спеціальні парадигми, методологічні підходи, теорії та інші наукові знання, потенційно можливі й використовувані методи. Це важлива передумова формування ефективної системи правого регулювання, розвитку юридичної науки [72, с. 34].

А. О. Фальковський зазначає, що методологія є єдністю трьох взаємозалежних частин: доктринально-ідеологічної, стратегічної та інструментальної. Першу з цих частин можна розглядати як парадигму дослідницького бачення права, себто тип праворозуміння. Друга (стратегічна) і представляє собою царину підходів, що зумовлюють загальну спрямованість дослідження права, вибір стратегії його досягнення. Третя частина є системою когнітивних практик, своєрідним набором методологічних інструментів у виробництві знань про право [187]. Враховуючи те, що методологія базується на концептуальному та інструментальному рівнях, доцільно звернути увагу на всю сукупність існуючого методологічного інструментарію, задля повного розуміння

отриманих результатів дослідження проблеми та відповідей на поставленні завдання. Відтак, методологічною основою загальнотеоретичного дослідження здійснення негативної правотворчості є принципи теоретико-пізнавальної діяльності, дослідницькі підходи та методи.

Для того, щоб перетворити правовий феномен у пізнаний, усвідомлений образ і знайти відповіді на питання про те, що являє собою негативна правотворчість та яким чином вона здійснюється орієнтуємось на принципи наукової об'єктивності, плюралізму, історизму та аргументованості теоретичних положень. Більш того, Ю. М. Оборотов звертав увагу, що при визначенні стратегії з використанням філософсько-світоглядних підходів необхідним є використання *принципу додатковості*, а не зміни одного уявлення на інше, де підходи й методи повинні доповнювати один одного для цілісного відображення правової і державної реальності, вироблення продуктивних знань про неї [125, с. 41].

Окрім принципу додатковості, яким характеризується постнекласична парадигма юриспруденції, все більше популярності набуває міждисциплінарність, яка є тенденцією сучасної науки. У цьому зв'язку А. Ф. Крижановський зазначає: «Епоха постмодерну переформатувала координати науки, ламаючи ще донедавна міцні мури наукових фортець, відкриваючи шлюзи міждисциплінарного осягнення складної взаємопов'язаної і взаємодіючої реальності» [94]. Ю. Д. Батан у своєму дисертаційному дослідженні акцентує увагу на тому, що сучасна наука тяжіє до синтезу знань різноманітних наукових дисциплін і до інтеграції останніх між собою [3].

Позиція фахівця у сфері економічних наук Л. І. Яковенка схожа з юристами, професор приходить до висновку, що сучасні принципи міждисциплінарності в наукових дослідженнях та їх реалізація в освітніх програмах — вимога часу й важливе завдання освітньої політики сучасної України [211].

Відтак, загальнотеоретична юриспруденція безпосередньо чи опосередковано взаємодіє з філософією, соціологією, політологією, конфліктологією, лінгвістикою, етикою, релігією та іншими галузями наукових знань. Безумовно тісний взаємозв'язок предмету дослідження існує з *галузями матеріального та процесуального права*. Бачиться, що розкриття принципу міждисциплінарності в контексті здійснення негативної правотворчості з деякими галузями знань потребує більш детальної характеристики. Розпочнемо з *філософії*, яка завжди взаємодіяла з теорією держави та права. Результатом такого тісного зв'язку є розділ філософії і юриспруденції, який називається філософія права. Поряд із цим розділом стоять: правова онтологія, правова гносеологія, правова аксіологія, правова антропологія, правова логіка, правова герменевтика тощо. Про використання здобутків філософії в дослідженні говорить застосування нами аксіологічного, герменевтичного та антропологічного підходів, формально-логічного методу та діалектики, а також мета роботи — пізнати феномен негативної правотворчості у всій його цілісності та багатогранності.

Соціологія. Діяльність негативних правотворців завжди перебуває в центрі уваги не тільки правової спільноти, але й інших соціальних груп. І не дивно, адже результати негативної правотворчості це правові акти, які здійснюють вплив на регулювання суспільних відносин. Не завжди такі результати задовольняють суспільство, зокрема різні політичні партії, об'єднання тощо. Це часто призводить до протиріч і відповідно конфліктів. Виявити причини, динаміку та наслідки, а головне попередження конфлікту можна за допомогою *конфліктології*. Суб'єктам здійснення негативної правотворчості завжди потрібно знаходити «баланс», те справедливе рішення, яке перш за все буде відповідати Основному Закону держави, з врахуванням соціальної напруженості та інших глобальних проблем сьогодення. Для аналізу актуального відношення людей до права, сприйняття ними актів негативної правотворчості, мотивацію їх правової поведінки застосовують дані *психології*. Особливо цікавим є психологічний портрет

суб'єкта здійснення негативної правотворчості, який у силу своїх посадових обов'язків здійснює професійну діяльність.

Політологія розглядає державу й право в практичному плані як результат боротьби за владу і як засоби її завоювання [74]. Критичний аналіз правових приписів у «заполітизованих руках» може ставати інструментом боротьби за владу, а тому така проблема полягає вивченню й дослідженню не тільки в межах теорії права та держави, але й за допомогою політології включно.

Лінгвістика. Як і у випадку з філософією при взаємодії з правом формується новий напрямок — юридична лінгвістика. Вважається, що лінгвістика є «посередником» між державою і правом, її категоріальний апарат достатньо динамічний. О. В. Мінченко в дослідженні «Юридико-лінгвістична теорія правознавства» наводить перелік основних напрямів удосконалення правничої діяльності, що дозволить вивести правову систему України на якісно вищий рівень. Деякі з них: належне аргументування прийнятих рішень органів публічної влади і, зокрема, судів; володіння правниками технікою юридичного тлумачення та основами медіаграмотності; використання гендерно чутливої термінології [121, с. 384]. В даному дослідженні використані деякі поняття, які потребують роз'яснення й обґрунтування доцільності їх введення до правового категорійного апарату за допомогою мови права, а саме: «негативна правотворчість», «акти негативної правотворчості», «правовідповідність», тощо. Слід погодитися з С. П. Кравченко, який зазначає, що розуміння правової інформації неможливо без вивчення і розуміння її мовного коду, ролі мови права як форми символічного відображення правової інформації. Саме мова права — основний спосіб існування інформації правового характеру, основа інформаційно-комунікативного буття права [91, с. 68].

Етика. Як і у права, в цій галузі керівними ідеалами є свобода і справедливість. Саме ці засади закріплено на конституційному рівні й будь-який правовий акт має відповідати цим основоположним для правотворчості

принципам. І. В. Сердюк слушно зауважує: «моралізація права притаманна теоріям природного права, в яких природний і моральний порядок взаємопов'язані, а позитивне право має відповідати «природним» законам природи» [162, с. 50]. Базові принципи входять в обсяг розуміння права й діють поряд із нормами, оскільки юридичні правила не можуть скласти всю повноту правового регулювання і потребують залучення моральних принципів, що можуть застосовуватися як при здійсненні позитивної, так і негативної правотворчості [213, с. 153]. Окрім загальних етичних правил, для юристів існує ще й професійна етика (суддівська, адвокатська тощо), яка представляє собою сукупність норм поведінки, яких мають дотримуватись правники при виконанні своїх обов'язків.

Оскільки зосередження на «методологічній мові» включає застосування не тільки принципів, але й підходів та методів, слід зазначити, що ці інструменти методологічного пізнання не слід ототожнювати, «змішувати», формально застосовувати, не вдаючись до значення кожного з наведених понять. Спробуємо розібратися із сутністю цих категорій, це є важливим при визначенні правильних засобів для досягнення мети дослідження.

Отже, П. М. Рабінович визначає методологічний підхід як побудовану на гранично загальних (філософських) категоріях світоглядну аксіоматичну ідею (засаду), яка постулює загальну стратегію дослідження, відбір досліджуваних фактів та інтерпретацію результатів дослідження, що реалізується за допомогою певних методів дослідження — як загальнонаукових, так і власне філософсько-правових [188, с. 16–17].

А. Ф. Крижановський характеризує підходи як «... ракурси (у самому широкому розумінні) дослідницького бачення, а отже — і певні мисленні проєкції предмета пізнання, які кристалізують наукову стратегію осягнення права й правових явищ, тобто визначення в загальних рисах вектора й мети наукового дослідження, а також його основних етапів і складових» [96, с. 23].

Зустрічаються позиції стосовно того, що методологічний підхід відносно методу конкретного дослідження виступає як його конструктивний елемент.

Не погоджуємось із даним твердженням, оскільки підхід у відношенні до методу є більш високим рівнем методології, він знаходиться на її концептуальному рівні, поряд із ідеєю (концептом), стратегією, категоріалізацією тощо. У цьому зв'язку слушними є висновки М. С. Кельмана при дослідженні співвідношення методологічного підходу й методу, а саме, що вказівка на певний підхід може контекстуально означати й розгляд питання з певної точки зору, і оцінку з певних позицій, і аналіз із залученням категорій та понять певної науки або метанаукової сфери, і претензію на застосування певного наукового методу і просто залучення деяких неюридичних понять [73, с. 8]. Категорія «підхід» за своїм змістом швидше є категорією світоглядною, ніж пізнавальною [124, с. 177]. Методологічний підхід не є складовою методу юриспруденції, він спрямований на організацію дослідницьких засобів, що забезпечують необхідне бачення об'єкта дослідження. Методологічні підходи є різними за своєю науковою, навчальною і практичною роз'ясненістю та втіленням.

Для того, щоб усвідомити основи досліджуваного предмета, необхідним може бути сполучення методологічних підходів і навіть об'єднання положень класичної, некласичної й постмодерністської методології. Оскільки протягом останнього століття методологія від класичної, збудованої на раціональних і об'єктивних підходах, через некласичну — з її свободою вибору й суб'єктивністю, вийшла до посткласичної (постмодерністської), яка характеризується визнанням нераціонального й плюралістичного підходів [125, с. 41]. У постнекласичний етап розвитку методології юриспруденції найбільш вагоме значення мають підходи, які у своїй основі мають ціннісну ідею, котра детермінує стратегію дослідження [187].

Для досягнення мети наукового вивчення необхідно усвідомити правове явище і «втілити в життя» цю саму абстрактну ідею за допомогою методологічного підходу, який і задає загальний алгоритм дослідження. Саме вказівка на певний підхід може означати розгляд питання з певної точки зору, а тому й оцінка негативної правотворчості та форм її здійснення теж

буде розглядатися з певної позиції, звідси, звичайно, і претензія на застосування визначених наукових методів. У цьому зв'язку В. В. Дудченко зазначає, що сучасна теорія права, поза сумнівом, вимагає від дослідників освоєння і застосування нових методологічних підходів [53, с. 6]. Плюралізм методологічних підходів посилить ефективність наукового дослідження. За Ю. М. Оборотовим, плюралізм як принцип реалізації дослідницького пошуку дозволяє вийти до нових парадигм правового й державного розвитку [125, с. 41–42]. Враховуючи зазначене, вважаємо, що зосередження на *антропологічному, аксіологічному, герменевтичному та діяльнісному* підходах надасть можливість розкрити такий правовий феномен як «негативна правотворчість».

Відтак, прогресивне посилення гуманістичних ідей та традицій у правовій сфері зокрема, слугувало розповсюдженню антропологічного підходу в методології юриспруденції. В. В. Завальнюк зазначає, що юридична антропологія є продуктом діяльності людини, оскільки надає можливість вивчити певні суспільні процеси і впливати на них, а також використовувати її потенціал у формуванні правової реальності [62, с. 312].

А. О. Фальковський зауважує, що антропологічний підхід є одним із центральних у системі підходів, що застосовуються в сучасній методології юриспруденції та визначають її зміст як частини постнекласичного знання. Даний підхід визначає цінність людини в правовій реальності та розкриває різноманітні аспекти цієї проблематики. Науковець також відмічає, що, в сучасному філософсько-правовому дискурсі постійно триває дискусія щодо співвідношення антропологічного з аксіологічним підходом і пропонує розглядати цю проблему згідно принципам додатковості та діалогізму [187].

Так, за допомогою антропологічного підходу, який надає можливість розглядати людину як суб'єкт правової дійсності, досліджується негативна правотворчість, метою якої є вдосконалення системи правових актів, з урахуванням необхідності забезпечення прав людини, її інтересів і потреб, як основного системоутворюючого елемента суспільних відносин.

Аксіологічний підхід надає змогу дослідити цінність права в суспільстві. Розгляд правових явищ із урахуванням їх морального змісту є одним із перспективних напрямів сучасної юридичної науки. Виникнення аксіологічного підходу пов'язують із появою природно-правових поглядів, з відмінністю права природного й права позитивного. Використання аксіологічного підходу при дослідженні дозволить звернути увагу на духовні аспекти права, ідеали, що воно відображає. Без ціннісного підходу неможливо виявити призначення досліджуваного об'єкта в загальнолюдському, соціальному й культурному розвитку, зрозуміти його специфічну природу.

Х. Н. Бехруз зазначає, що поняття «цінність» відображає, передусім, властивість того чи іншого суспільного феномену, спрямоване на задоволення потреб й інтересів індивіда, груп людей і суспільства в цілому. Поряд із загальноцивілізаційними ціннісними основами, кожній окремій цивілізації та кожній окремій правовій традиції властива своя система, своя концепція цінностей, що відображає особливості соціально-політичного, культурного, морально-духовного та релігійно-ідеологічного характеру [5, с. 28]. За допомогою аксіологічного підходу можливе виокремлення духовних цінностей, які містяться в правових приписах, а також проаналізувати можливості їх втілення в правове життя сучасного суспільства, адже як зазначає К. В. Горобець цінності права виступають як природні та суспільні блага, що захищаються та забезпечуються правом у силу їх значущості та корисності для людини та суспільства [29, с. 10]. Негативний правотворець своєю діяльністю забезпечує основні цінності, які закріплені в правових актах.

Окрім того, при дослідженні завжди існує певне оціночне судження стосовно будь-якого правового явища, воно не є інстинктивним, а базується на певних критеріях розуміння дослідника про те, що є «добре» і «погане». Так само й при здійсненні негативної правотворчості оцінюється положення правового акту на предмет його відповідності «духу» права. Тож, певна

система цінностей, зокрема правових принципів, забезпечується через суб'єктів здійснення негативної правотворчості. Така активність критикується або ж знаходить підтримку, проте поза увагою залишатися не може. Окрім правової системи та рівня правової культури на розвиток цього правового феномену впливає також те, що права людини займають різну позицію в ієрархії цінностей у певній державі. Європейський філософ Карл Мангайм зазначав, що без оціночних концепцій, без будь-якої, бодай мінімально раціональної мети, нам нічого не вдасться досягнути ні в соціальній, ні в психологічній сфері [108, с. 38].

Важливість застосування аксіологічного підходу при аналізі негативної правотворчості обумовлена також і постійною взаємодією права та моралі. Морально – правові категорії, такі як: гуманізм, свобода, справедливість мають свій зміст. При дослідженні ж негативної правотворчості необхідним є розкриття її моральних основ через призму сьогодення. Адже ігнорування моральної природи правового феномену може призвести до неефективності його функціонування. Безумовно, це має не тільки теоретичне, але й практичне значення.

На сьогодні ієрархія між природним і позитивним правом поступово зникає й обертається в протиставлення сущого й належного в праві. Це є дуже суттєвою тенденцією для сучасного дослідника, адже свобода, мораль, право саме і є тими проблемами, які неможливо вирішити, якщо залишатися на ґрунті емпіричної або позитивної науки» [49, с. 19]. Вони є правовими цінностями, оскільки лежать в основі права й існують у якості ідеального обґрунтування норми права.

Таким чином, аксіологічне вивчення негативної правотворчості дозволить вийти за суворі рамки позитивного права й розглянути цей феномен як певну правову цінність. Розгляд аксіологічного підходу до негативної правотворчості допоможе поліпшити процеси правотворчої діяльності загалом, і реалізовувати її відповідно до змісту основних цінностей сучасного суспільства. Дослідження негативної правотворчості під

кутом аксіологічного підходу має дозволити досягти гармонії між духом і буквою права, а на цій основі знайти в процесі її здійснення оптимальне регулювання суспільних відносин із точки зору необхідного балансу суцього й належного у праві.

Вагоме значення для дослідження має *герменевтичний підхід*, який часто співіснує поряд із аксіологічним, оскільки направлений на розкриття основних цінностей, які закладаються в правове регулювання суспільних відносин. Основою цього підходу є комплекс принципів і методів тлумачення та інтерпретації правових текстів, науково-юридичних досліджень тощо. Ю. В. Мелякова зазначає, що багато сучасних теоретиків праворозуміння вслід за філософами значну увагу приділяють герменевтичному підходу до праворозуміння (зокрема судовій герменевтиці) і пояснює це тим, що герменевтичний підхід, по-перше, визначає сутність права; по-друге, відіграє суто практичну роль у питаннях правильного тлумачення змісту норм права та питаннях правотворчості [116, с. 127]. Характеризуючи герменевтичний підхід до права, В. В. Дудченко приходить до висновку, що герменевтика є сучасним виявом метафізики. Герменевтичною проблемою є проблема «букви» і «духу» права. Під «буквою» права розуміють метод екзегез у тлумаченні (віддзеркалення позитивного права), під «духом права» — телеологічний метод (віддзеркалення природного права) [46, с. 16].

І. П. Косцова вказує, що герменевтика, крім дешифрування буквального смислу тексту, що здійснюється за допомогою лінгвістичного тлумачення, дозволяє розкрити зміст правового контексту [90]. В цьому зв'язку, Є Л. Бичковський доводить: «...Для того, щоб система правових норм могла реально впливати на індивідів, юридично значущі тексти мають бути не лише загальнодоступними для сприйняття і пізнання, а й загальнозрозумілими. Це зумовлює особливу важливість наукового аналізу процесу розуміння права та процедур його тлумачення (інтерпретації) та вихід на перший план проблем юридичної герменевтики» [8, с. 39].

В. К. Антошкіна зазначає, що юридична герменевтика орієнтована в основному на лінгвістичний і логічний аналіз правового тексту, що не охоплює початковий і кінцевий етап мислення. На противагу цитований З. М. Юдіним Ю. М. Оборотов відмічав, що для герменевтики характерна довіра до традиції, здорового глузду та менталітету [206]. Тобто, герменевтика не передбачає собою певний лінійний процес, герменевтичний підхід набагато ширший ніж логічний аналіз тексту. В. В. Лелеко зауважує, що в герменевтичному підході розуміння тексту передбачає розкриття його смислів, які не виражені експліцитно, та рух від розуміння частин до прогнозування змісту цілого і навпаки — від розуміння цілого до усвідомлення змісту частин [101]. Це уособлює у собі так зване герменевтичне коло, методологічна цінність якого полягає в тому, що воно дозволяє пізнати право в його цілісності й доконечності [49, с. 106].

Таким чином, герменевтичний підхід сприяє розумінню «букви» і «духу» права, що є вкрай важливим при критичному аналізі правових приписів. За його допомогою, правовий феномен негативної правотворчості можна розглянути як вид правотворчої діяльності й навпаки, від розуміння правотворчості перейти до усвідомлення змісту негативної правотворчості.

І нарешті, *діяльнісний підхід*, який С. Д. Гусарєв визначає як гармонійну сукупність установок, прийомів, ансамблів і методів, серед яких метод діяльності вважається провідним, а інші, стосовно нього, виконують обслуговуючу роль. Цей підхід дозволяє сконцентрувати увагу дослідника не тільки на проблемі власне діяльності, а й на інших явищах, у співвідношенні або взаємодії з якими знаходиться діяльність. Правник також приходить до висновку, що функціональна регулятивність права може бути охарактеризована за допомогою пояснюючого фактору, як діяльність його адресатів — тобто суб'єктів права [32].

У контексті даного дослідження аналіз діяльності людини дозволить: охарактеризувати стан дієвості текстів правових приписів, визначити аспекти включення негативної правотворчості до конкретного виду діяльності

вищого рівня, визначити її соціальне значення. Діяльнісний підхід буде застосований при розгляді юридичних технологій створення актів негативної правотворчості, а також при співвідношенні позитивної та негативної правотворчості, адже кожна передбачає активну діяльність людини (юриста) з відповідними знаннями та високим рівнем правової культури.

Вибір підходу визначив відбір методів дослідження. Звертаючись до інструментального рівня методології, вбачається, що одна з важливих особливостей наукового пізнання, у порівнянні з повсякденним, складається в його організованості та використанні цілого ряду методів дослідження. Під методом при цьому розуміється сукупність прийомів, способів, правил пізнавальної, теоретичної і практичної, перетворюючої діяльності людей. Ці прийоми, правила в кінцевому результаті встановлюються не довільно, а розробляються, виходячи з закономірностей самих досліджуваних об'єктів [51, с. 13]. М. С. Кельман пропонує трактування методу як способу упорядкування наукової діяльності для досягнення поставленої мети, а в контексті пізнавальної діяльності — як спосіб виконання функції відтворення у свідомості науковця досліджуваного об'єкта [72, с. 42]. Як відомо, кінцевий результат пізнавальної діяльності залежить не тільки від суб'єкта (дослідника) і на що така діяльність спрямована, але й від того, яким чином вона здійснюється, тобто який спосіб упорядкування наукової діяльності при цьому застосовується. Методи виступають конкретизацією філософських підходів до вивчення юридичної дійсності. Кожен метод безпосередньо зумовлений своїм предметом, проте, результат використання відповідних методів дослідження негативної правотворчості не може існувати ізольовано, оскільки він є прямо залежний від досягнень загальнотеоретичної юриспруденції.

Розширення й ускладнення системи методу юриспруденції здійснюється у процесі вирішення різного роду наукових завдань і проблем проведення наукових досліджень і розробок. При цьому є два основні шляхи такого поступу. Перший — за рахунок комбінаторики наявних елементів методу

юридичної науки й створення таким шляхом нових дослідницьких моделей і конструкцій. Другий — за рахунок освоєння нових парадигм, залучення нових методологічних засобів та процедур. Перший шлях реалізується при вирішенні наукових завдань, другий — при виникненні наукових проблем [73, с. 9].

Враховуючи вищевикладені положення для досягнення мети дослідження використовуватимуться *філософські, загальнонаукові та спеціальні методи: формально-логічний, діалектичний; системно-структурний, аналіз, синтез, індукція, дедукція, абстрагування; формально-юридичний, порівняльно-правовий, юридично-герменевтичний, кейс-метод та метод державно-правового моделювання.*

Формально-логічний метод. Для того, щоб мислення було логічно правильним, воно має відповідати таким вимогам: визначеність, несуперечність, однозначність, обґрунтованість. Цих якостей мислення досягають за допомогою дотримання в процесі пізнання формально-логічних законів, які є своєрідною фіксацією властивостей і ознак об'єктів навколишнього світу, але водночас належать тільки до форми, а не до змісту об'єкта мислення. Законами формальної логіки є такі: закон тотожності, закон несуперечності, закон виключеного третього, закон достатньої підстави [32]. Вимоги основних законів логіки мають настільки важливе значення для пізнання, що вони спеціально закріплені й у процесуальних законах, тож діючі правові акти мають відповідати логічним правилами їх створення. З вимог логічних вони перетворюються на вимоги формальні (юридичні). Даний метод застосовуватиметься при розкритті юридичних технологій створення актів негативної правотворчості (п. 2. 1) та при з'ясуванні понять: «негативний правотворець», «негативний законодавець» (п. 1. 3) тощо.

Щодо діалектичного методу. Загалом діалектика визначається як філософське вчення про всезагальний зв'язок і розвиток світу, про найбільш загальні закони розвитку природи, суспільства й мислення [27, с. 218]. За Сократом діалектикою є метод визначення (формування) понять, що мали

відображати сутність речей, тобто те загальне, що є незмінним «законом» для одиничних виявів речі [201, с. 216]. Досліджуючи здійснення негативної правотворчості за допомогою діалектичного методу, можна сформулювати загальні уявлення про неї в кореляції «загальне — часткове» і навпаки. Діалектичний метод застосовуватиметься при дослідженні закономірностей, які притаманні негативній правотворчості як явищу, що розвивається.

Таким чином, діалектичний метод є основою наукового дослідження у своїй взаємодії із загальнонауковими методами, а саме: системно-структурного, аналізу, синтезу, абстрагування, індукції та дедукції. Вищезазначені методи в науковій доктрині ще називають загальнологічними, формально-логічними методами або ж прийомами формальної логіки.

Системно-структурний метод. С. В. Ківалов акцентує увагу на тому, що структурно-функціональний метод полягає в систематичному вивченні соціальних явищ та процесів як структурно розчленованої цілісності, де кожен елемент структури має певне функціональне призначення [227, с. 976–977]. Даний метод дослідження відкриває можливості для всебічного з'ясування юридичної природи досліджуваного феномену. При його використанні важливого значення набувають функціональні характеристики, які дозволять ближче підійти до вияву змістовної та формально-технічної сторін негативної правотворчості. Структурно-функціональний аналіз є корисним при співвідношенні позитивної та негативної правотворчості.

Індукція. Являє собою метод дослідження, завдяки якому відбувається перехід від часткового (на підставі дослідження окремої частини чи елемента) до загальних висновків. Фактично цей метод передбачає логічний підсумок спостережень, що впливає із реальних фактів про предмет дослідження та зводиться до формування загального твердження про певне явище чи діяльність. Як приклад, результати негативної правотворчості (правові акти) є складовою частиною джерел права, а отже складовою правового регулювання суспільних відносин.

Дедукція — її змістом як методу пізнання є застосування загальних наукових положень при дослідженні конкретних явищ [69, с. 57]. Тобто для дедукції, на відміну від індукції, властивий протилежний рух мислення, який базується на загальному судженні. Застосування методу дедукції є доцільним при розгляді сутності негативної правотворчості. Так, умовивід полягає в наступному: правотворення містить у собі декілька стадій, завершальною є правотворчість, яка у свою чергу поділяється на позитивну та негативну.

Метод індукції та дедукції як правило «співпрацюють» разом. Звертаємо увагу на принципову відмінність вибору методів щодо дослідження негативної правотворчості двох різних правових систем. Ю. Ю. Попов вказує на те, що у країнах загального права використовується метод індукції — від окремого випадку до загального принципу, в той час як у країнах континентального права застосовується метод дедукції — від загальної норми до окремої справи. Звідси особливість співвідношення закону та судової практики в кожній із двох систем права: в континентальному праві судова практика «додає» до закону, а в загальному праві — закон «додає» до судової практики. Тому роль законодавчих та судових органів у зазначених правових системах неоднакова. Наявна також протилежність пріоритетності в них закону й судової практики [133]. Це є важливим при встановленні правовідповідності суб'єктами здійснення негативної правотворчості в різних правових системах.

Аналіз — це метод пізнання, який дає змогу поділити предмет на частини з метою його детального вивчення [27, с. 87]. Цими складовими частинами є ознаки, властивості, характеристики предмета тощо. Таким чином, за допомогою методу аналізу ми зможемо виявити характерні риси негативної правотворчості, а також розробити її класифікацію за певними критеріями.

Синтез, метод який як правило, завжди співіснує з методом аналізу, оскільки, як відмічається в науковій літературі, цей метод, на відміну від попереднього, є наслідком з'єднання окремих частин чи рис предмета в

єдине ціле [27, с. 87]. Тобто, з'єднання раніше виділених частин дає змогу поєднати всі елементи в одній концепції шляхом фактичного встановлення взаємозв'язків між цими частинами, це сприятиме визначенню цілісного поняття «негативної правотворчості», яке має місце серед інших видів правотворчої діяльності.

Абстрагування (від латинського — відволікання). Метод, який являє собою уявне відособлення предмета від зв'язків із іншими [35]. Абстрагування — це метод пізнання, що полягає у відокремленні при розгляді об'єкту дослідження неістотних, другорядних властивостей і відносин з одночасним виділенням істотних суттєвих властивостей і відношень. Цей метод дає змогу замінити в пізнанні складне простим, але таким, яке відбиває основне в цьому складному [127, с. 47]. Абстракція виділяє з явища одну певну сторону в «чистому вигляді», тобто, в такому вигляді, в якому вона дійсно не існує. Наприклад, не буває «явища» чи «закону» взагалі, існують конкретні закони і явища [27, с. 87]. Використання методу абстрагування уможливить концентрацію уваги на проблемах розвитку негативної правотворчості саме як правового явища, що відповідає духу суспільних відносин у певній державі, розкриттю технологій створення актів негативної правотворчості абстрагуючись від впливу політичних, історичних чи інших факторів.

Одним із найбільш важливих спеціальних юридичних засобів вивчення правових явищ є порівняльно-правовий метод або метод компаративістики. Порівняльно-правовий метод є основним у системі методології порівняльно-правових досліджень. Цей метод є конкретизацією загальнонаукового порівняльного методу й заснований на зіставленні різних державних і правових систем, окремих державно-правових явищ для виявлення спільного й відмінного між ними [118]. Це свого роду міжтипове (зовнішнє) порівняння, яке має місце при порівнянні наукових феноменів, що існують у межах різних правових систем. Застосування саме цього методу є доцільним при дослідженні негативної правотворчості в англосаксонській, романо —

германській та невіддиференційованій правових системах. Аналіз законодавства України, нормативно-правових актів міжнародного характеру у сфері регулювання правовідносин, що виникають у процесі негативної правотворчості між суб'єктами її здійснення буде проведено також за допомогою порівняльно-правового методу.

Формально-юридичний, який вивчає право як окреме явище; даний метод застосовуватиметься при аналізі положень правових актів щодо сутності негативної правотворчості як юридичної діяльності, а також допоможе при формулюванні визначень «негативна правотворчість» та «акти негативної правотворчості».

Юридично-герменевтичний метод. Оскільки кожен методологічний підхід містить у собі різноманітні взаємозалежні методи, певним чином пов'язані між собою, при герменевтичному підході юридично-герменевтичний метод є головним, а всі інші підпорядковані йому та мають допоміжний характер. За допомогою використання цього методу ми маємо можливість здійснювати інтерпретацію правових норм, які регулюють питання, пов'язані з негативною правотворчістю та її реалізацію, та зрештою інтерпретувати погляди науковців стосовно нашої проблематики. Юридично-герменевтичний метод застосовуватиметься при дослідженні критичного аналізу текстів правових приписів у певні історичні періоди та з урахуванням різних типів праворозуміння.

Кейс-метод. Суть кейс-методу в тому, що пропонується розгляд конкретних справ, зокрема провадження конституційних судів задля кращого висвітлення негативної правотворчості, а також «кейсів підприємств» (як їх називають у західній практиці) при висвітленні неофіційної негативної правотворчості. Опис яких не тільки відображає практичну проблему, але й актуалізує певний комплекс наукових знань та практичних умінь, що необхідні при вирішенні певної проблеми.

Метод державно-правового моделювання. Як відмічається в науковій літературі, правова модель становить собою певну юридичну проєкцію

суспільного розвитку. Вона фіксує теперішнє і, разом з тим, є орієнтиром на майбутнє. Саме тому, теоретично-практична значущість правового моделювання виявляється головним чином у двох аспектах, зокрема у взаємовпливі правової моделі (як моделі законодавства, так і правозастосування), політичної ситуації, економічних умов та в інструментальному характері правової моделі, що допомагає побудові логічного й несуперечливого законодавства [75, с. 214]. Метод державно-правового моделювання дозволяє досліджувати негативну правотворчість, шляхом її ідеального відтворення, коли в уяві формується механізм впливу акту негативного правотворця на конкретні суспільні відносини. Застосування методу державно-правового моделювання як спосіб вивчення державно-правової дійсності в комплексі з іншими методами науки є дієвим та об'єктивно необхідним. Подібні дослідження з використанням методу державно – правового моделювання найбільш актуальні в прогностичних цілях, для передбачення дії правових актів.

Таким чином, вищеназвані методологічні засади дослідження формують основу для отримання всебічної інформації щодо правової природи негативної правотворчості та її ролі у вдосконаленні сучасного права.

1.2. Генеза критичного аналізу текстів правових приписів

Критичний аналіз текстів правових приписів був і є постійним супутником права, а його розуміння започатковано періодом формування правотворчого процесу. Необхідність вивчення його становлення та розвитку була завжди, про що зазначали видатні правники та філософи. Це є вкрай важливим і при дослідженні негативної правотворчості, адже задля встановлення правовідповідності необхідно пройти шлях від моменту пошуку помилки в тексті правового акту до розуміння невідповідності

«духу» і принципам права того чи іншого правила поведінки, і без критичного аналізу текстів правових приписів це є неможливим.

Ідея свободи і справедливості є абсолютним ідеалом правоутворення, і на цій підставі стає можливою критика «несправедливих законів» [42, с. 116]. Г. В. Рибікова при дослідженні правової експертизи нормативно-правових актів в Україні, звертає увагу на те, що дослідження якості законів, відомості про які дійшли до нашого часу, були проведені ще за часів Античності. Так, проблематика якості нормативно-правових актів у ті часи знаходилась у колі уваги мислителів, через тісний зв'язок із ефективністю правозастосування. Дослідників цікавили питання якості законів та визначення процедурних питань щодо їх прийняття. Тобто, ще за тих часів формувались юридичні критерії, яким має відповідати закон, без визначення яких формування правової експертизи нормативно-правових актів на сучасному етапі було б неможливим [150, с. 46].

У своїх філософсько-правових творах мислителі античності особливу увагу приділяли проблемам сутності держави й права, ролі й місця законів, законності й справедливості в суспільстві [161, с. 2]. Давньогрецький філософ Арістотель (384–322 рр. до н. е.) вважав, що правда як вища справедливість має корегувати прямолінійність закону, коли буквальне застосування писаного закону створило б несправедливість. Принципи права справедливості, таким чином, згідно з Арістотелем, близько пов'язані з неписаними універсальними законами, що ґрунтуються на «природі», а «природна справедливість» обов'язкова для всіх людей, навіть тих, які не належать до жодної асоціації й не укладають жодних суспільних договорів-законів. Однак те, що є природно-справедливим, може змінюватися з часом [97, с. 107]. Тобто, одним із основних критеріїв правовідповідності закону була справедливість, яка є складною філософською категорією і може змінюватися із впливом багатьох зовнішніх факторів. Адже те, що було несправедливим в Давній Греції, могло вважатися достатньо справедливим у

Давньому Римі, оскільки уявлення про право з часом має властивість змінюватися.

Так, Кодекс Юстиніана відображав погляди римських юристів на джерело повноважень законодавців щодо створення і скасування законів цивільного права. Ці повноваження, зазначається в кодексі, надаються людьми за їхньої згоди [97, с. 126]. Щодо скасування законів, в яких не відображені основоположні уявлення про право, йдеться у відповідному фрагменті із Дигест.

«§1. Колишній звичай, що укорінився, правильно застосовується як закон, і це право називається правом установленим звичаєм. Бо якщо самі закони обов'язкові для нас лише на підставі того, що вони прийняті волею народу, то обов'язкове для всіх і те, що народ схвалив, не записавши. Бо яке має значення, чи проголосив народ свою волю способом голосування, чи способом діл і дій. Тому вельми правильно, що закони скасовуються не лише голосуванням законодавця, але навіть за мовчазною згодою всіх за допомогою незастосування...38. Бо наш імператор Север приписав, що в тих випадках, коли при застосуванні законів виникає сумнів, необхідно, щоб звичай чи авторитет постійних схожих рішень мав авторитет закону. 39. Те, що було запроваджено не на підставі розумного міркування, але на підставі помилки, а потім підтримувалося за допомогою звичаю, не має сили стосовно подібних випадків. 40. Таким чином, будь-яке право створено договором, чи встановлено необхідністю (законом) чи закріплено звичаєм» [39].

М. Т. Цицерон (106–43 рр. до н. е.) у своїх працях розглядав два види права: позитивне й природне. Мислитель стверджував, що право походить саме із природи: «адже, тим кому природа дарувала розум, вона дарувала й здоровий глузд. Звідси впливає, що вона їм дарувала й закон, який є здоровим глуздом – як у веліннях, так і в заборонах. Тому, якщо вона дарувала їм закон, то й дарувала й право. Розум ж був даний усім. Отже, право було дане всім» [181].

З вищевикладеного бачиться, що критиці піддавався такий текст правового припису, який прийнято на підставі помилки, а не з підстав розумного міркування, а отже не має юридичної сили для подальшого застосування. Усе римське право розвивалось як право звичаєве, відповідно не обов'язковим було письмове закріплення скасування того чи іншого правового акту, достатньо не застосовувати неправовідповідне положення задля втрати його дії фактично. Римляни вірили в могутність людського розуму, здатного оволодіти таємницями буття, логічно, що і правові акти не могли суперечити розумному міркуванню.

Живучість й актуальність неписаного права в Давньому Римі може бути пояснена не лише орієнтацією римлян на своїх пращурів, а й загальною рисою античної культури: особливим значенням усної мови, що виражається в неперетворені письмового слова для античної людини в засіб масової комунікації. Римське право містило в собі велику кількість юридично значимих моментів, які існували та функціонували через посередництво акту говоріння, промовляння [70, с. 14]. Такі підходи до критичного аналізу правових приписів, які були характерні для часів Античності, склали міцне підґрунтя, на якому будували свої критерії до правових актів мислителі Середньовіччя.

Відтак, видатний мислитель Фома Аквінський (1225–1274) сформулював свою теорію права, де закон і законність виступає як загальне благо, і дав наступну класифікацію законів: 1) вічний закон; 2) природний закон; 3) людський закон; 4) божественний закон. Аналізуючи приписи законів, які за своєю суттю є несправедливими, Аквінський виділяв два види. До першого – відносив закони, в яких замість загального блага має місце власний інтерес і благо законодавця. До другого — ті, що суперечать природному й божественному законам. Такі закони, вважав мислитель, є не тільки необов'язковими, але їх не слід дотримуватися й виконувати. Аквінський закликав дотримуватися Божественного закону як знаряддя викорінення всього злого й гріховного в людській діяльності [161, с. 5–6].

Тобто, законодавчі положення не мають суперечити релігійним нормам. Мислителі раннього Середньовіччя пов'язують всі проблеми законодавчих приписів із невідповідністю останніх: релігії і моралі. В більш пізній період увага знову зосереджується на природній справедливості, інтелектуалізму древніх, як і в період Античності.

Так, за Гуго Гроцієм (1583–1645) природне право не підпадає під вплив божественного права. Такий підхід на той час був рішучим кроком уперед, оскільки він звільняв людину від диктату монопольного права церкви. Мислитель розрізняв категорії «право» й «закон». Останній, на його думку, – це насильницький засіб, за допомогою якого здійснюється (стає можливим) право. Ця сила уособлена в державі, яка примушує людей дотримуватися норм права [176].

Джон Локк (1632–1704) акцентував увагу на тому, що закони, які видаються верховною владою в державі повинні відповідати велінням природного права, передбаченим ним невідчужуваним правам людини. А відповідність або невідповідність позитивного закону природному виступає як критерій його справедливості або несправедливості...Громадянське суспільство не може скасовувати природних законів. Навпаки, громадянське суспільство з його законодавчою владою покликане здійснити природний закон, усією силою свого авторитету зміцнити, закріпити все те, що людиною привнесено з природного стану: свободу й власність [126].

Таким чином, через критичний аналіз текстів правових приписів, цілком логічним є пошук шляхів вдосконалення якості тогочасних законів та права в цілому. В період Нових часів правниками продовжується пошук в напрямі вдосконалення правових актів, уточнення критеріїв, яким вони мають відповідати, що відображається в працях мислителів Західної Європи. Так, за Б. Спінозою (1632–1677), на якого мали вплив філософсько – правові концепції Т. Гоббса, закони, які є в суспільстві і які встановлює держава, повинні відповідати вимогам природного права, тільки за такої умови закони держави будуть «природні» й «розумні» [167].

Г. В. Ф. Гегель (1770–1831) розрізняв право й закон, але водночас прагнув у своїй конструкції унеможливити їх протиставлення. Мислитель визнав, що зміст права може бути перекручений у процесі законодавства: не все, дане у формі закону, є правом, оскільки лише закономірне в позитивному праві — законне й правомірне. Гегель, як і Монтеस्क'є, вирізняв історичний момент у позитивному праві. Він твердив, що в законах відображається національний характер народу, ступінь його історичного розвитку, природні умови його життя та ін. [126]. У цьому зв'язку, аналізуючи погляди Ш.-Л. Монтеस्क'є (1689–1755) у сфері вдосконалення законів, можна відзначити, що він запропонував прийоми, покликані покращити закон як щодо його форми, так і щодо змісту. Його праці зробили значний внесок у визначення стандартів закону, який має бути взірцем для нормотворця і еталоном для експерта [150, с. 51].

Великий вклад задля розвитку критичного аналізу правових приписів здійснив Р. Ієрінг (1818–1892). У своїй праці «Боротьба за права» вчений писав: «Право — це не тільки логічне поняття, воно є жива життєва сила. Тому вже з давніх часів правосуддя зображали з терезами в одній руці й мечем у другій... У всіх випадках, коли існуюче право має за собою певні інтереси, нове право мусить вести боротьбу за своє встановлення, і ця боротьба може тривати досить довго. Всі великі здобутки, якими відзначена історія права, такі як знищення рабства, ліквідація кріпацтва, вільне право володіння землею, свобода совісті та інші, були досягнуті тільки шляхом рішучої боротьби, яка тривала цілі століття. Знищене право, а інколи й цілі потоки крові показують той шлях, яким пройшло нове право, оскільки, підкреслював учений, право — це «Сатурн, який пожирає своїх власних дітей», тобто нове право витворюється знищенням попереднього права. Тому спроба оголосити конкретне право вічним і незмінним є запереченням самої ідеї права, оскільки ідея права є вічне виникнення і зміна. Розвиток права, на відміну від розвитку мови чи мистецтва, є постійний пошук і боротьба» [1]. Виходить, що скасування текстів правових актів, положення яких не

відповідають сучасним уявленням про право, грає важливу роль у вдосконаленні законодавства та розвитку права в цілому.

Право, за Ієрінгом — цільове поняття. Включення нормативно-етичних елементів у поняття права необхідне для досягнення певної мети, ідеї права, справедливості. Не можливо пізнати право, не усвідомивши його мети. Мета — органічна складова поняття права й праворозуміння в цілому. Вимога справедливості визначає напрям тлумачення, доповнення і виправлення законів [52, с. 14]. Праця Ієрінга «Юридична техніка» і сама теорія техніки, яку він пропонує задля вдосконалення права, базується на спостереженні за римським правом. Німецький правник зазначає: «Сам спосіб розв’язання проблеми римлянами має бути визнаний, не дивлячись на всю його римську форму, по суті цілком правильним, віднайденим у самій суті речей. Головні положення юридичного методу римлян залишаться завжди незмінним. Шлях, яким прямувало старе римське право, шлях юриспруденції взагалі. Слава римлян полягає у тому, що вони вирішили проблему в повному обсязі, в тому сенсі і в тому дусі, в якому вони її одного разу зрозуміли. Юридичний метод не є чимось із зовні привнесеним у право, а навпаки, породжений із внутрішньою необхідністю самим же правом» [52, с. 13].

Таким чином, дослідження Р. Ієрінга є одним із основоположних для становлення позитивної та негативної правотворчості, оскільки містить у собі критерії, за якими має створюватися правовий акт, здійснюватися критичний аналіз його приписів та виправлення таких положень, які суперечать природнім правовим принципам.

За Г. Кельзенем (1881–1973) вважалось, що оскільки чинність норми є повинністю, а не буттям, чинність норми слід відрізняти від її дієвості, що є буттєвим фактом. На думку науковця, дієвість означає фактичне застосування і реалізацію норми — тобто, що фактично реалізується людська поведінка, яка цій нормі відповідає. Те, що норма є чинною, означає дещо інше, ніж те, що вона фактично застосовується та реалізується — навіть коли між чинністю та дієвістю існує певний зв’язок. З точки зору «чистої» теорії

права, правова норма лише тоді вважається об'єктивно чинною, коли людська поведінка, яку вона регулює, фактично відповідає їй — хоча б до певної міри. Норма, яка ніде й ніколи не застосовується, й не реалізується, не розглядається [77, с. 30]. Г. Кельзен звів право до спрощеної системи ієрархізованих норм, коли всі норми без винятку наділяються силою завдяки своїй відповідності вищій нормі аж до норм основного закону (конституції). Аналізується лише нормативний елемент, тоді як сенс і зміст норми пропонується розглядати в межах інших дисциплін, тобто неправа. Не має значення зміст правових норм, неважливо, чи справедливі вони. Постулюючи основну норму, не затверджується ніяких цінностей, що не містяться в позитивному праві. Будь-який зміст може мати характер права [42, с. 121]. Роботи Г. Кельзена мають вагоме значення у становленні негативної правотворчості як такої, про що детальніше розглядатиметься в підрозділі 1.3. Ієрархізація правових норм має позитивне значення для правової системи в цілому і для закріплення принципу правової визначеності зокрема. З цим не можливо не погодитися, однак позиція вченого ґрунтується виключно на позитивістському праворозумінні, виключаючи те, що будь-який правовий припис не має суперечити, перш за все, правовим природнім началам, «духу» права.

Г. Радбрух (1878–1949) у своїй роботі «Законне неправо та надзаконне право», критикуючи законодавчі положення нацистської Німеччини, зазначав: «Націонал-соціалізм керувався двома принципами, які були обов'язковими, з одного боку, для солдат, а з іншого — для правників: «Наказ є наказ» та «Закон є закон». Принцип «Наказ є наказ» ніколи не був принципом необмеженої дії. Виконання наказів, які давалися і з злочинною метою, не було обов'язковим (§ 47 Військово-кримінального кодексу). Натомість принцип «Закон є закон» не знав обмежень. Втілення позитивістської правової ідеї, цей принцип впродовж багатьох століть був визначальним для правосвідомості німецьких правників. Тому законне неправо, як і надзаконне право, були суперечностями в самих собі. На

практиці до сих пір доводиться зустрічатися з обома проблемами. Так, в «Зюддойче юрістенцайтунг» (С. 36) було опубліковано й прокоментовано рішення суду першої інстанції м. Вісбаден, за яким «закони про перехід власності євреїв державі вважалися такими, що суперечать природному праву й нікчемними з моменту їх ухвалення» [146]. Загальновідомо, що такий принцип позитивізму як «Закон є закон» призвів до того, що здійснення свавілля й нелюдських злочинів, стало законним, та чи правовим? Дух і матерія втратили зв'язок, і пройшло не мало часу задля його встановлення. Повернення європейських філософів до метафізики відбулось наприкінці XIX – початку XX століття.

Є. Ерліх (1862–1922), який є автором концепції «Живого права» критикував тогочасне правознавство у зв'язку з тим, що право під ним розумілося лише як волевиявлення держави. «Живим» правом, як вважав вчений, є всі неправові норми, які хоч якоюсь мірою беруть участь у регулюванні суспільних відносин (навіть доброго тону і моди) [197, с. 129]. Ідеї ж Є. Ерліха водночас були об'єктом гострої критики Ганса Кельзена, по-перше, за їхню суперечливість і методологічну недосконалість, а, по-друге, за абсолютизацію суспільства як головного творця права й приниження ролі держави у правоутворенні [205, с. 64]. Натомість Є. Ерліх доводив: «Набувши чинності, право йде своїм шляхом: чи правове положення діє, і чи діє воно так, як бажалося, — залежить виключно від того, чи є воно тим засобом, який придатний для поставленої цілі [56, с. 189]. За Ерліхом, не так право як, засіб забезпечення права має бути центром дослідницького інтересу: застосування законну повинне бути підлегле тільки цій меті. У правосудді вирішальна роль належить не «мертвим параграфам закону», а вільному слову юристів, свободі суддівського розсуду, «вільному підходу до права» [50, с. 8].

Ерліхівська концепція розширює праворозуміння, адже включає в нього не лише норми офіційного права, але й правові норми дійсності, що, без сумніву, становить інтерес для сучасної юриспруденції та доводить

важливість її сприйняття у формуванні правової культури та зменшенні рівня деформації правової свідомості [197, с. 128]. Дія офіційного права має формально-юридичний, механічний характер впливу на відносини в соціумі. Таке право швидше за все можна ототожнювати із законотворчістю, але воно з часом буде втрачати свою ефективність у процесі врегулювання суспільних відносин, які мають тенденцію динамічного розвитку [197, с. 128].

Стосовно неофіційного права, тобто недержавного, або як його ще називають «приватно вироблене» О. О. Уварова зазначає, що суть концепції неофіційного права полягає у тому, що правові норми створюються і забезпечуються в своїй реалізації не тільки державою, а й недержавними акторами, більше того, такі норми не стають частиною державної правової системи (оскільки тоді все одно фактично маємо державне право, просто у формі санкціонування державою правил, які створені недержавними суб'єктами; і саме держава в разі такого санкціонування може визначати ієрархічну підпорядкованість таких правил). Вони утворюють самостійну, окрему правову систему. Це означає, що на одній і тій самій території може існувати два або більше правових порядки, і що головне, різниця між правовими системами — державною і недержавними — не обов'язково розглядається з тієї точки зору, яка з них краще, а яка гірше. Сама різноманітність правових систем є цінною [183].

Твердження Є. Ерліха про те, що правом є норми, які самі собою утворюються в суспільстві й характеризує неофіційне право. Д. В. Щамбура, підкреслює, що «живе право» Є. Ерліха в сучасній інтерпретації сумірне з неофіційним правом. Як уявлення Є. Ерліха про живе право не відповідали догмам юридичної доктрини початку XX ст., так і концепція неофіційного права поки що не утвердилася в юридичній науці. Але практично кожен дослідник, який порушує питання, пов'язані з неофіційним правом, указує на його витоки з концепції Є. Ерліха [205, с. 64, с. 65]. Офіційне право, як правило, не враховує особливостей розвитку як окремих індивідів, так і соціальних угруповань. Якщо ж брати за основу «живе право» для

законодавчого закріплення тих чи інших відносин, правове регулювання набере більш динамічного характеру, оскільки неофіційне право відповідає тим відносинам, яке воно й регулює.

Дорадянські правники перебували на кантівських і гегелівських позиціях у тлумаченні співвідношення права, свободи, справедливості й договору. Акцентувалась увага на обмеження влади природним правом і на критиці теорії юридичного самозобов'язання держави. Відповідно, вважалось, що позитивні приписи своїм джерелом мають волю і згоду громадян між собою або волю верховного правителя в державі, закони права природного випливають із загальних начал розуму. Офіційному праву протиставлялось право неофіційне (на існуванні якого на той час наполягали Л. І. Петражицький, Б. О. Кістяківський), яке живе в правовій свідомості людей. Поширення позадержавної правотворчості за рахунок колективних трудових угод, звичаєвого права профспілок, інститутів індустріальної демократії, де кожна виробнича одиниця (наприклад підприємство) затверджує себе як центр утворення власного права, виникнення таких нових інститутів міжнародного права, як Ліга Націй, Міжнародна організація праці і т. п., які в процесі своєї діяльності створюють нове позитивне право не тільки не залежно від окремо взятої держави, але навіть переважає державне право [42, с. 214, с. 212, с. 221, с. 216].

Як відомо в радянський період ситуація щодо відношення до права, правотворчості зокрема обернулась навпаки: правовими приписами вважались тільки державні тексти, які ґрунтувались на здатності панівного класу нав'язати свої цінності усьому суспільству. Дорадянські правові акти перетворились на купу паперу, адже їх положення не відповідали основам нового суспільного розвитку, новій правосвідомості. Відповідно, згодом створені за того часу «правові» акти піддавались нищівній критиці, оскільки виходили з потенціалу позитивного права й офіційної юридичної догми.

В. В. Дудченко приходить до висновку, що принцип соціалістичної законності відмінний від принципу верховенства права в тому вигляді, в

якому він визнавався в західних країнах. Соціалістичний ідеал К. Маркса створюється за межами правової держави, за межами свободи [42, с. 234, с. 235], такий тон відображався і в «правових» текстах. Позитивістський принцип «Закон є закон» знову «заграв новими барвами» в радянські часи.

Визнання суб'єктивних прав, головним чином, у деклараціях прав людини зробило ці права «засобами захисту індивіда від деспотизму», так що тепер вони є наслідком руху демократичної і ліберальної ідеології, яка прагне захистити індивіда від посягань державного абсолютизму. Суб'єктивні права постають також засобом виникнення громадян духу ініціативи і відповідальності [42, с. 61]. Як цілісне явище правової реальності право має певні форми зовнішнього виразу, що відображають його зміст, структуру та особливості як специфічного регулятора суспільних відносин і складного соціокультурного феномену [38, с. 3]. Сучасна загальнотеоретична юриспруденція фокусує свою увагу на різних вимірах правової реальності, переглядає традиційні для теорії права концепти, що в перспективі веде до визнання існування неофіційного права [205, с. 65].

Розуміння права в зазначенні справедливості й свободи є тією істиною, яка здобувалась людством впродовж усієї історії. Звідси випливає, що ідея права є найважливішою і найскладнішою проблемою всієї юриспруденції. Де ця ідея лише зароджується, там відсталість і невігластво. Там же, де вона розвивається, відсталість зникає, там людина починає мислити, там суспільство починає долати неучтво. Людина ж, яка мислить, розбудовує суспільство відповідно до своєї подоби; суспільство таке, якою є вона сама, вона знає лише те, що їй відомо, а якщо вона знає мало, то суспільство неосвічене; будь-яке знання, поняття, здобуте людиною, виражає прогрес суспільства [43, с. 19–20]. Всі ті природні критерії, яким мали відповідати юридичні акти в найкращі часи правового розвитку втілились у поняття «верховенство права», яке активно застосовується у всьому світі, зокрема в законодавчій практиці, судових рішеннях, у засобах масової інформації і т. д.

Проте, як відмічає М. І. Козюбра, зовнішні показники підтримки верховенства права, на жаль, далеко не завжди відповідають реальному стану втілення його вимог у повсякденну практику [81]. Окрім того, суспільство далеко від усвідомлення сутності верховенства права, бракує і загальнопоширеного розуміння відмінності між правом та законом. Зведення верховенства права до системи нормативів по суті суперечить ідеї розмежування права та закону, а тому втрачається сенс у виокремленні верховенства права як самостійного явища, відмінного від верховенства закону. Верховенство закону, на відміну від верховенства права, існує виключно в рамках нормативності, що виражає його функціональне призначення в правовій системі. І далі стверджується, що верховенство права встановлює зв'язки між системою правових нормативів (нормосферою права) та системою правових цінностей (аксіосферою права). У верховенстві права фактично існують та мисляться ті правові ідеали, які уособлюють у собі правові цінності [83, с. 136, с. 137]. Практика Європейського Суду переконливо доводить, що принцип верховенства права лежить в основі всієї Конвенції, яка є «живим документом», і з огляду на це «її слід тлумачити у світлі сучасних умов та у світлі ідей, що переважають у демократичному суспільстві сьогодні [83, с. 133, с. 126]. В. В. Дудченко акцентує вагу на тому, що копітка регламентація, за всієї її розвиненості, не може передбачити всього, тоді як загальні принципи можуть увібрати в себе велику кількість нових і непередбачених ситуацій. Така регламентація веде до юридичних прогалин, чи навпаки, до суперечностей між текстами, яких стає занадто багато, і вони нашаровуються один на одного. Для надолуження прогалин, що виникають, і подолання суперечностей, а також для того, щоб бути у всеозброєнні перед лицем нових ситуацій, необхідно дедалі частіше ніж коли-небудь звертатися до головних принципів, до головних концептів [42, с. 264]. Саме ідея свободи і справедливості є абсолютним ідеалом правоутворення, і на цій підставі стає можливою критика «несправедливих законів» [42, с. 116]. Як закон задля того, щоб вважатися правовим має

відповідати вимогам добра, свободи і справедливості, так і будь-який інший юридичний документ має бути еквівалентним «духу» і принципам права, щоб вважатися правовим.

Н. М. Крестовська та Л. Г. Матвеева зазначають, що практичний сенс розрізнення права і закону зумовлений необхідністю розмежування і зіставлення права та свавілля. Далеко не завжди закон, що є владним велінням держави, утілює в собі право. Інакше довелося б визнати правом расові закони нацистської Німеччини або репресивне законодавство СРСР 1930-х рр [93].

О. Ф. Скакун акцентує увагу на тому, що право і закон — не те саме. Закон може бути двох видів: правовий і неправовий. Ще Тарас Шевченко мріяв про «праведний закон» в Україні, тобто про правовий, справедливий закон, підкреслюючи тим самим несправедність законів царської Росії для кріпаків і для пригноблених народів, що входили до її складу. Правовий закон відповідає вимогам права, втілює справедливість. Проте будь-який закон — правовий чи неправовий — належним чином прийнятий, підлягає виконанню, доки він не скасований [164]. Задля встановлення відповідності текстів діючих актів вимогам верховенства права спочатку необхідно знайти помилку в правовому акті. Слід зазначити, що неправові закони чи інші юридичні акти, які не відповідають духу і принципам права мають бути ліквідовані з моменту виявлення такої невідповідності в юридичному документі, тож необхідно критично підходити до аналізу текстів правових приписів як під час правотворчої діяльності, так і в процесі правового моніторингу задля своєчасного виявлення правотворчих помилок.

Критично підходити до аналізу текстів правових приписів дозволяє співвідношення легістського та юридичного підходу до розуміння права. Право не має сприйматися виключно як продукт держави. Сукупність правових приписів (що створюються не тільки органами державної влади), за допомогою яких здійснюється регулювання суспільних відносин складає зміст права. Окрім змісту, що відображає певні ідеї та правові ідеали,

важливим є зовнішнє оформлення тексту правових приписів, адже до різних форм вираження права висуваються певні вимоги щодо оформлення, недотримання яких має юридичні наслідки.

Досліджуючи нормативно-правові акти, науковці виокремлюють правотворчі, правозастосовні та правоінтерпретаційні помилки. Серед них найбільш небезпечними є правотворчі, оскільки стають причиною недоліків праворегулятивної діяльності [89, с. 305]. Є. П. Євграфова, слушно зазначає, що елементарність законотворчих помилок полягає не в короткому їх викладі в приписі закону, а в їх явній неузгодженості з вимогами права й Конституції. Припускаючись подібних помилок, законодавець проявляє недбалість щодо формулювання визначень тих чи інших понять, надає особливого значення використовуванню у законі термінам, проявляє непослідовність і нелогічність у викладі нормативно-правових приписів тощо. Такі помилки є результатом недостатнього опрацювання на різних стадіях законотворчого процесу питань, пов'язаних із ефективністю використання правил і засобів юридичної техніки, що істотно впливає на точність викладу в законах нормативних приписів, їх системність і функціональну взаємодію в регулюванні цієї сфери суспільних відносин [57, с. 114–115].

В. М. Косович звертає увагу на те, що обираючи форму удосконалення НПА, доцільно було б також зважати на те, до якої групи недоліків (чітко виражені, частково виражені, латентні) належать наявні в НПА недоліки. Усунення колізій, прогалин і правотворчих помилок пов'язане насамперед із нормативним корегуванням нормативно-правових приписів. І до того часу, доки, наприклад, у нормі підзаконного НПА, залишатиметься необґрунтовано використане оціночне поняття, існуватиме загроза помилок чи зловживань під час застосування цієї норми. Це ж можливо здійснити лише шляхом внесення змін чи кодифікації [89, с. 327–328].

Відтак, критичний аналіз тексту правових приписів є суттєвою умовою покращення якості правових актів, що веде до забезпечення

правовідповідності. Саме критерій правовідповідності є головним при аналізі тексту правових приписів, адже наявність акту негативної правотворчості можлива лише за умови невідповідності духу й принципам права тих положень, які мають їх відображати. Д. Г. Манько акцентує увагу на правовідповідності, як однієї з вихідних засад юридичної креативістики, під якою розуміється обов'язкове використання законодавчо регламентованої інформації щодо порядку створення, обслуговування та втілення в життя правових актів обов'язковою умовою встановлення відповідності духу й принципам права [111, с. 34].

Саме завдяки встановленню правовідповідності негативна правотворчість відіграє важливу роль у вдосконаленні правового регулювання. Правовідповідність охоплює питання щодо форми й змісту права, питання розбудови його структури, пошук ціннісних орієнтирів та навіть співвідношення легістського та юридичного підходу до розуміння права. Можна зробити висновок, що правовідповідність як правова категорія, передбачає еквівалентність письмового акту «духу» і принципам права, і є одним із ключових понять даного дослідження.

Як зазначає Р. Давид, поряд із приватним правом, заснованим на римському праві, Європа виробила відсутні норми публічного права, що виражають природні права людини й гарантують свободу особистості. Місце пріоритетів римського права посіли принципи права, що відображують раціональні засади не минулого, а дійсного життя [164]. Тож, якщо стовпами правотворчості постають людський розум і загальноправові начала не тільки вдосконалюється правове регулювання, а й розквітає правова культура соціуму.

Аналізуючи становлення та розвиток критичного аналізу текстів правових приписів, ми простежуємо повернення до плюралізму правових ідей, до «живого права», до «верховенства права». Проте, таке повернення подекуди має декларативний характер. Задля практичного розвитку зазначених категорій та вдосконаленню правового регулювання в цілому,

необхідно, щоб усі діючі юридичні акти були правовідповідними. Однією із ключових ознак саме правового акту є відповідність правам і свободам людини. Якщо ж, знайдено помилку в тексті правового припису, яка призвела до невідповідності праву, її можливо усунути шляхом скасування невідповідного припису при здійсненні негативної правотворчості, тим самим встановивши правовідповідність. Коли той чи інший акт не слугує засобом вирішення суспільних проблем, виникає необхідність здійснення уповноваженим суб'єктом заповнення такої прогалини відповідно до стандартів практичної розумності та загальних ідей справедливості, які сприймаються суспільством та «живуть» у ньому.

1.3. Правова природа негативної правотворчості. Співвідношення позитивної правотворчості та негативної

Розширення погляду на правовий феномен негативної правотворчості через уточнення дефініції «негативна правотворчість», форм її здійснення, а також співвідношення з позитивною правотворчістю в сучасних умовах трансформації права є вкрай важливим для досягнення мети й завдань дослідження. Аналіз негативної правотворчості можливий лише через розкриття більш ширшого поняття «правотворчість», яка у свою чергу є складовою частиною правотворення.

Правотворчість визначають як етап правоутворення, який полягає в діяльності спеціально уповноважених суб'єктів зі встановлення, зміни чи скасування правових норм, що виражається у підготовці та прийнятті системи нормативно-правових актів [191, с. 71]. Правотворчість тісно пов'язана із формуванням права, але правотворення і правотворчість розрізняються між собою. За твердженням О. Ф. Скакун: «Правоутворення — форма виникнення та буття права в широкому правовому полі: до правотворчості, поряд із нею у вигляді правотворчості, після правотворчості,

у процесі реалізації права. Правоутворення відбувається і поза правотворчістю держави, у рамках громадянського суспільства — у правосвідомості, конкретних правовідносинах, правомірній поведінці, правових теоріях, судових прецедентах тощо [164]. На думку Д. Г. Манько, правотворення відображає прямий зв'язок між результатом та його творцем (правом і людиною). Правотворення — це процес, який охоплює такі складові як усвідомлення доцільності врегулювання відносин правом та безпосередньо правотворчість. Перш ніж стати юридичною нормою, те чи інше правило поведінки може виступати як філософський, правовий, етичний, політичний або інший принцип, звичай чи традиція [111, с. 129]. П. А. Комар, характеризуючи загалом цей процес, зазначає, що, перш за все, він являє собою спосіб перекладу об'єктивних законів суспільного розвитку на мову правових приписів, яким надано відповідну юридичну форму [83, с. 39]. Німецький вчений Нільс Петерсен вказує на внутрішню і зовнішню сторони розуміння в контексті судової правотворчості, які, на думку С. С. Цися, можна застосовувати й до поняття правотворчості загалом. Внутрішня сторона, сформована позитивізмом, сконцентована на джерелах права, у той час як зовнішня сторона розглядає правотворчість як соціальний феномен. На думку науковця, це не означає, що вибір між двома сторонами є правильним або хибним. Він скоріше залежить від доречності використання однієї чи іншої сторони [191].

Ю. С. Лепех, цитуючи С. В. Плавича, акцентує увагу на тому, що ознаки правотворчості прямо вказують на її головне призначення — сприяти перетворенню, розвитку засобів та способів правового регулювання суспільних відносин. Результатом правотворчості є створення нових правових норм, для регулювання тих чи інших суспільних відносин [102, с. 228]. І. В. Лозинська, у контексті ідеї правової державності, розглядає правотворчість як процес відтворення позитивного права, що відповідає та забезпечує функціонування держави, правова система якої орієнтована на розуміння права як загальнообов'язкової форми рівності, свободи та

справедливості, де критерієм виступає сама людина, її права та свободи, які, своєю чергою, повинні визначати зміст, сутність і застосування законів, а також діяльність всіх органів державної влади [103, с. 6].

Такий підхід повертає нас до питання про позитивне й природне право, про «букву» і «дух» законів. Професор С. І. Максимов зазначає, що під позитивним правом (від *positum* — встановлений) мається на увазі чинна система правових норм, відносин і судових рішень. Під природним правом (від *natura* — природа) зазвичай маються на увазі ідеальні першооснови права. Автор також додає, що саме природне право визначає вихідні принципи, на підставі яких приймаються чинні правові норми й відбувається їхня критична оцінка, яка необхідна для того, щоб людина не стала заручником встановленого «позитивного» правопорядку [107, с. 376]. Відомий юрист і вчений Г. Лаутерпахт зазначав: «природно-правові теорії не побудовані на споглядальних, вольових висновках. Вони з самого початку виявилися узагальненням практичного досвіду» [61, с. 100].

Правовий акт, прийнятий уповноваженим суб'єктом, є результатом позитивного права. Позитивістська концепція права зі своєю вищою нормою визнання як головного тесту для визначення права упускає важливу роль інших стандартів, які не є нормами, що може негативно позначатися на правовому регулюванні в цілому. Основна норма є нормою природного права й позитивному праву має передувати природний закон, який би обґрунтував авторитет законодавства [44, с. 54]. Г. М. Чувакова відмічає, що функції права детерміновані наявним типом суспільства, який, у свою чергу, впливає на всю сукупність сформованих правових відносин та знаходить своє відображення у проявах права і правосвідомості. Оскільки право за своєю сутністю не є тотожним лише етиці моральних суджень, воно не втілюється виключно у формі природного права. Також воно не набуває свого вираження і в так званому позитивному праві, формалізованому у вигляді законодавчих актів, адже законодавчий припис не завжди відповідає праву [196, с. 29]. У цьому контексті В. В. Дудченко акцентує увагу на тому, що для

досягнення реальної справедливості необхідно доповнювати формальні вимоги справедливості морально-етичними цінностями. Дух права має переважувати його букву. Зрозуміти право неможливо, не усвідомивши його цілей. Виходячи з цього, юрист має знати, яка система цінностей сучасного суспільства, і в межах цієї системи цінностей використовувати право для досягнення справедливості [47, с. 26].

Погоджуємось із тим, що правотворчість є початковим етапом розвитку правових актів. Це процес пізнання і оцінки правових потреб суспільства й держави, формування правових актів уповноваженими суб'єктами в межах відповідних процедур. Правотворчістю є діяльність щодо формального вираження в правових актах змісту волевиявлення правотворця [111, с. 384]. Відповідно, створений правовий акт має відповідати сучасній системі цінностей, втілювати в собі природні закони та принципи. В аспекті розуміння правового акту Д. Г. Манько викладає своє бачення стосовно того, що правові акти втілюються в письмовій, усній і конклюдентній формі:

- письмовий правовий акт — це юридичний документ м'якого або жорсткого права, створений уповноваженим суб'єктом в офіційно визнаній формі;

- усний правовий акт — це здійснення в офіційно визнаній формі (усного наказу, усного попередження та ін.) акт словесного втілення в життя правових норм;

- конклюдентний правовий акт — це здійснення в офіційно визнаній формі (жесту, руху, символічного знаку) акт невербального або символічного втілення в життя правових норм [111, с. 88].

О. Г. Дергільова, досліджуючи правові акти слушно зазначає, що з позиції соціального регулювання та чинних соціальних норм можна стверджувати, що найбільш широким за об'ємом свого змісту є поняття нормотворчості — відображення сукупності вираження всіх видів соціальних норм (право, моралі, традицій та ін.). На наступному рівні знаходиться правотворчість як відображення процесу створення всіх можливих видів

правових актів. Авторка додає, що розглядаючи правотворчість у зазначеному аспекті зрозуміло, що мова йде про всі можливі форми вираження права — як нормативні, так і індивідуальні. До актів правотворчості належать усі види правових актів як зі сфери реалізації та застосування, так і зі сфери законотворення. Такий підхід цілком відповідає «духу» сучасного права постмодерну [38, с. 3–4].

Актуальність зазначеного розуміння щодо актів правового регулювання підтверджується й позицією фахівців галузевих юридичних наук. Прикладом, Г. І. Чанишева, досліджуючи колективні угоди як правові акти соціального діалогу, акцентує увагу на проєкт Закону України «Про правотворчу діяльність» та відмічає, що логічним видається виокремлення в системі джерел трудового права трьох видів правових актів (тобто актів, які містять норми права): нормативно-правових, договірних і локальних правових актів [193, с. 601].

До панування «духу» права звертаємось і при розгляді принципу верховенства права, який має бути основоположним при здійсненні правотворчості, інакше відбудеться створення неправовідповідних актів, які не мають бути джерелом правового регулювання в жодній країні світу. П. А. Комар відмічає, що верховенства права — це складна багатоаспектна категорія, доктрина «відкритого типу», яка немає чіткого вичерпного визначення, яка розкривається через інституційні принципи, кількість та розуміння яких постійно доповнюється, у першу чергу Європейським Судом із прав людини (далі — ЄСПЛ). Основне стосовно сутності верховенства права, це його абсолютна відмінність від законності, верховенства закону як «диктатури закону», яка звертала правників, зокрема суддів, радянської та пострадянської епохи до букви закону, а не його духу» [83, с. 140–141].

Т. А. Цувіна приходить до висновку, що ЄСПЛ у своїй практиці виводить низку елементів верховенства права, які в загальному вигляді можуть бути об'єднані навколо таких концептів, як законність, правова визначеність, справедливість судочинства, дотримання прав людини. При

цьому варто зауважити, що перші три концепти загалом відбивають класичні формальні вимоги принципу верховенства права. Поряд із тим, виходячи з контексту, у якому застосовується посилення Європейської конвенції з прав людини на принцип верховенства права, можна виснувати, що зазначений принцип у контексті конвенційної системи розуміється передусім як верховенство прав і свобод людини, їх пріоритетність та необхідність захисту, що відбиває субстантивну (матеріальну) складову верховенства права [192, с. 376].

Вагомий внесок задля закріплення цього принципу в Україні здійснив Конституційний Суд України, який у своєму Рішенні про призначення більш м'якого покарання від 02 листопада від 2004 року зазначив наступне: «Верховенство права — це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема в закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним із 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» [157]. Відповідно новостворені правові акти мають відповідати закріпленим конституційним принципам та бути проникними «духом» права.

В. В. Жидецька, цитуючи В. Батлера зазначає, що Україна належить до числа технократичних правових систем. Нормативно-правові акти розробляються у стилі технічної документації, а не як «законодавство» [61, с. 100]. Враховуючи європейський вибір України, у нашій державі спостерігається прийняття низки правових актів, задля швидкого процесу євроінтеграції. Звичайно, що правотворчий процес має набувати

максимально динамічного характеру, проте вкрай важливо при цьому, щоб швидкість не переважала якість прийнятих актів, які не завжди відповідають вимогам юридичної технології та техніки з їх прийняття, не враховують специфіки національного правового менталітету, економічного стану країни, зустрічається недоречність правового акту тим чи іншим соціальним умовам. Частими є випадки наявності прогалин у правовому регулюванні, дублюючих норм, норм із суперечливим змістом, ігнорування існуючої ієрархії правових актів, тощо.

Одним із засобів усунення правотворчих помилок є скасування норми, яка визнана помилковою, адже своєчасне виявлення приписів, які не відповідають «духу» сучасного права є одним із основних напрямів забезпечення ефективності правотворчої діяльності. Таку діяльність, яка фактично є інструментом удосконалення законів, підзаконних актів, рішень суду, цивільно-правових договорів та інших юридичних документів шляхом встановлення їх правовідповідності ми називаємо негативною правотворчістю.

Щодо назви даного феномену «негативним» слід зазначити, що така діяльність пов'язана не зі створенням правового акту (це є метою позитивної правотворчості), а з його скасуванням. Поняття «негативний правотворець» або «негативний законодавець» є достатньо загальновживаним у науковій літературі та серед практикуючих фахівців, які часто ототожнюють ці поняття та/або пов'язують їх виключно із судовою діяльністю.

Термін «негативний законодавець» ввів у використання австрійський та американський юрист і філософ Г. Кельзен, щоб пом'якшити істотні наслідки рішень конституційних судів для конституційної теорії. Слід зазначити, що більшість європейських країн і сьогодні використовують термінологію Г. Кельзена, яку підтримує наукова доктрина цих країн, де Конституційні суди можуть бути оцінені як «негативні законодавці» [221, с. 18].

Слід акцентувати увагу на тому, що терміни: «негативна правотворчість» і «негативна законотворчість» мають різне значення. Однею

із причин їх синонімічного застосування є те, що англійською: «law» може перекладатися як право і як закон, тому й виникає свого роду плутанина в перекладі словосполучення «negative law-making». Хоча для уникнення такої плутанини в англійській мові існує поняття «legislation» — «законодавство». Поняття «негативна правотворчість» є більш ширшим за значенням, на відміну від визначення «негативна законотворчість», окрім того, автор поняття «негативний законодавець» Г. Кельзен розглядав цей правовий феномен виключно в контексті діяльності з конституційного нормоконтролю, а не як окремий вид правотворчості, метою якого є встановлення правовідповідності.

С. Бобровник, А. Шевченко та Т. Дідич виокремлюють такі форми сучасної правотворчості: традиційну, прецедентну, договірну, нормативно-правову та доктринальну [214, с. 79, с. 80, с. 81]. Тобто, правотворчість існує в різних формах, більш того, вона включає в себе не тільки створення, але й зміну та скасування правових приписів. Відповідно, негативна правотворчість є самостійним видом правотворчої діяльності, який передбачає останній етап цього процесу — скасування.

Законотворчість є одним із різновидів правотворчої діяльності, який слід розглядати як діяльність уповноважених органів із прийняття, зміни, призупинення дії та скасування законів. Отже, законотворчість є складовим елементом правотворчості [33, с. 58]. Схожої позиції дотримується і С. С. Цись, який вважає, що недоцільно давати визначення правотворчості як діяльності з ухвалення законів і, як наслідок, зводити два різні поняття в єдине «lawmaking». Це невиправдано звужує його зміст і є доктринальним — позитивістським підходом [191, с. 71].

До того ж, результатом законотворчості є прийняття законів. Своєю чергою, наслідком правотворчості в широкому розумінні є нормативно-правові акти, юридичні прецеденти, договори, правові звичаї, правові доктрини, принципи права та інші джерела права [102, с. 229]. Відповідно суб'єктами створення вищеперерахованих актів є не тільки представники

державної влади. У цьому контексті О. О. Уварова слушно зазначає: «Відзначається тенденція, що вплив різноманітних недержавних акторів, включаючи бізнес, релігійні організації, етнічні групи, племена тощо, буде збільшуватися в різноманітних сферах суспільного життя — політичному, економічному, культурному тощо. Ця глобальна тенденція суттєво впливатиме на міжнародну систему: до 2025 року національні держави вже не будуть виключними — а часто навіть не будуть найбільш важливими — акторами на світовій сцені, і міжнародна система перейде до нової реальності. Однак трансформація буде неповною і нерівномірною [183].

Вже сьогодні ми можемо бути свідками такого «тренду», наприклад: суспільні відносини щодо обігу криптовалюти, які існують у багатьох державах світу й мають автономний правовий порядок, незалежний від національної правової системи. Звичайно певні країни вже створили правову базу задля регулювання цієї діяльності, деякі працюють над цим, проте сучасні відносини розвиваються стрімкіше ніж законодавство, яке «біжить» за ними. Тут постає питання: чи є в цих відносинах правила поведінки для їх учасників, санкції, тощо... Звичайно, відповідь буде позитивною. І що головне в контексті нашого дослідження: правила, які вже втратили свою актуальність, або ж суперечать природі криптовідносин — не дійсні: тут не важливо чи вони формально скасовуються, чи просто не використовуються, результат однаковий — вони втрачають свою чинність.

Отже, як зазначалось вище, назвою досліджуваного правового феномену завдячуємо австрійському та американському юристу і філософу Г. Кельзену, який зводить його виключно до діяльності конституційних судів. Г. Кельзен ще в 1928 році протиставив судову діяльність парламентській у галузі правотворчості. Науковець зазначав: «Скасувати закон — це затвердити загальну (законодавчу) норму, тому що анулювання закону має такий же характер, як і його розробка — тільки з негативним знаком ... суд, який має право анулювати закон, є, в результаті, органом законодавчої влади» [226].

Слід погодитися з тим, що рішення конституційних судів з визнання нормативно-правових актів або їх частин такими, що не відповідають Основному Закону держави є актами негативної правотворчості, оскільки в результаті такого рішення оскаржувані норми втрачають чинність, але не можна зводити негативну правотворчість виключно до діяльності спеціалізованих судових органів. У сучасному світі є держави, де Конституційних судів не має взагалі, проте це не означає, що феномен негативної правотворчості там не поширений. Прикладом, у Франції діяльність із конституційного нормоконтролю здійснює Конституційна Рада Франції, яка може змінювати момент набрання рішенням чинності, відкладаючи його або встановлюючи для нього особливий порядок (детальніше п. 3. 2). Таким чином, діяльність Конституційної Ради розкривається в якості негативної правотворчості, проте суб'єкт її здійснення не є судовим органом, відповідно і його рішення не представляють собою судові акти.

Вперше в юриспруденції прикладом негативної правотворчості вважається рішення судді Едуарда Коука у справі лікаря Томаса Бонхема, засудженого лікарською палатою (орган станово-цехового самоврядування) до сплати штрафу, половина якого за законом мала б надійти в розпорядження голови цієї ж лікарської палати (1610 р.). У цьому рішенні суддя Е. Коук, посилаючись на принцип *common law* (*nemo in iudex in propria causa*), що є правовою аксіомою, визнав не чинним діючий правовий акт парламенту Великобританії. Е. Коук зазначав, що в багатьох справах загальне право змушує виправляти закони (*acts of parliament*), а іноді доводиться визнавати їх повністю не дійсними. Бо, якщо закон суперечить праву й розуму (*common right and reason*), то в силу вступає загальне право, й закон визнається недійсним [86, с. 107]. З даного прикладу бачиться, що окрім діяльності органів із конституційного нормоконтролю, суди загальної юрисдикції також можуть скасовувати акти, які не відповідають духу й

принципам права. Результатом такого судового перегляду є рішення суду, які є актами негативної правотворчості.

Слід звернути увагу, що в умовах, коли Україна залишається одним із лідерів за кількістю звернень до Європейського суду з прав людини, необхідно проаналізувати причину цих скарг. Як виявляється, в окремих випадках порушення прав людини відбуваються через недоліки самого законодавства, яке доводиться застосовувати суддям [128]. Р. В. Миронюк вказує, що кількість поданих до ЄСПЛ заяв щодо порушення громадянських прав Україною в особі уповноважених органів свідчить про наявність проблем на рівні держави як з додержанням прав, гарантованих Конвенцією, так і з їхнім судовим захистом. На жаль, в Україні не виконуються рішення національних судів та й є проблеми з виконанням рішень ЄСПЛ. Загалом, як свідчить практика ЄСПЛ, часом з обставин справи вбачається, що порушення є результатом недосконалості конкретних законів або відсутності належного законодавства, і в таких випадках на виконання рішення ЄСПЛ держава, звичайно, повинна внести зміни до чинних нормативно-правових актів або прийняти відповідні закони. Однак досить часто такі рішення наша держава не завжди виконує оперативно [119, с. 67–68].

Р. Чимний зазначає, що Євросуд є тим органом, який тлумачить норми конвенції. Однак його рішення і висловлені в них оцінки навіть теоретично важко назвати «правилами». Не претендуючи на категоричність, можна стверджувати, що 90% рішень ЄСПЛ проти України стосуються недотримання Україною національних норм. Отже, лівова частка прецедентів Євросуду не претендує на самостійну форму права. Тим більше, що і ЄСПЛ намагається уникати правотворчості: його завдання — це оцінка виконання державою конвенційних гарантій, а не творення загальнообов'язкових норм. Принаймні доти, доки в конвенції не закріплять таку функцію Євросуду [195]. Тобто, ЄСПЛ виступає як правозастосовний орган і дає оцінку відповідності нормам національного законодавства відносно міжнародних правил. При розгляді справ Європейський суд

з'ясовує, чи відповідає національний закон включно загальним принципам, які сформульовані чи впливають із положень конвенції, на чому ще наголошувалось у справі «Вінтерверп проти Нідерландів» [152].

Як бачиться, оцінка правових актів держави щодо їх конвенційної відповідності в правозастосовній практиці ЄСПЛ подекуди виявляється негативною, але ж це ніяк не впливає на дію невідповідного акту так, як ЄСПЛ не зобов'язує державу скасувати такий акт. Проте, слід акцентувати достатню увагу на тому, що «позитивний законодавець» (парламент), ухвалюючи нові закони та вдосконалюючи чинні, має орієнтуватися на норми Конвенції і на позицію ЄСПЛ. Більш того, п. 4. 4. Наказу Міністерства юстиції України «Про порядок скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів» однією з підстав для скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правового акта є висновок Секретаріату Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини Міністерства юстиції України, міжрегіональних управлінь Міністерства юстиції України, районних, районних у містах Києві та Севастополі про невідповідність нормативно-правового акту Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 року й протоколам до неї та практиці Європейського суду з прав людини [136].

Так, з кожним днем, у сучасній правовій реальності України дотримання Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини набуває «фундаментального» значення та охоплює всі сфери як правотворчості, так і правозастосування, не дивлячись на те, що це норми м'якого права.

Л. Я. Коритко та В. Д. Юрчишин, досліджуючи вплив негативної правотворчості Європейського Суду з прав людини та Конституційного Суду України на трудове законодавство, зазначають, що суть негативної правотворчості полягає у винесенні судовим органом влади рішень, спрямованих на втрату чинності юридичними нормами. Позитивна правотворчість пов'язана із внесенням до норми права змін, які не тягнуть її

скасування, після чого норма продовжує діяти, але вже в дещо видозміненому, модифікованому вигляді [86, с. 107]. З даного твердження можна зробити висновок, що суб'єктами здійснення негативної правотворчості вважають не тільки орган конституційного контролю та суди загальної юрисдикції, але й Європейський суд з прав людини.

Правову основу щодо оскарження правових актів складають: Конституція України, Конвенція про захист прав людини й основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, практика Європейського суду з прав людини, закони, а також підзаконні нормативно-правові акти: Президента України, Кабінету Міністрів України, центральних та місцевих органів виконавчої влади; органів місцевого самоврядування, тощо.

Статтею 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

При визначенні меж підвідомчості публічно-правових спорів адміністративним судам і Конституційному Суду України, слід зазначити, що Пленум Верховного Суду України в постанові № 9 від 1 листопада 1996 р. «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» відзначив, що суди загальної юрисдикції не вправі, застосовуючи Конституцію як акт прямої дії, визнати неконституційними закони чи правові акти, перераховані у ст. 150 Конституції, оскільки це віднесене до виключної компетенції Конституційного Суду. Однак, будь-який суд загальної юрисдикції має право на підставі ст. 144 Конституції визнати неконституційними чи такими, що суперечать законам України рішення органів місцевого самоврядування, а також — на підставі ст. 124 Конституції — акти органів державної виконавчої влади — міністерств, інших центральних органів, місцевих державних адміністрацій тощо [79, с. 76].

За правилами п. 1 ч. 1 ст. 19 Кодексу адміністративного судочинства України юрисдикція адміністративних судів поширюється на справи в публічно-правових спорах, зокрема спорах фізичних чи юридичних осіб із

суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи індивідуальних актів), дій чи бездіяльності, крім випадків, коли для розгляду таких спорів законом встановлено інший порядок судового провадження. Отже, до компетенції адміністративних судів належать спори фізичних чи юридичних осіб з органом державної влади, органом місцевого самоврядування, їхньою посадовою або службовою особою, предметом яких є перевірка законності рішень, дій чи бездіяльності цих органів (осіб), відповідно, прийнятих або вчинених ними при здійсненні владних управлінських функцій [186].

Ст. 27 Кодексу адміністративного судочинства України передбачає виключну підсудність окружного адміністративного суду територіальна юрисдикція якого поширюється на місто Київ. Такому суду підсудні адміністративні справи з приводу оскарження нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України, міністерства чи іншого центрального органу виконавчої влади, Національного банку України чи іншого суб'єкта владних повноважень, повноваження якого поширюються на всю територію України, крім випадків, визначених КАСУ, адміністративні справи з приводу оскарження рішень Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель та рішень у сфері державної допомоги суб'єктам господарювання, адміністративні справи за позовом Антимонопольного комітету України у сфері державної допомоги суб'єктам господарювання, адміністративні справи, відповідачем у яких є дипломатичне представництво чи консульська установа України, їх посадова чи службова особа, а також адміністративні справи про оскарження актів, дій чи бездіяльності органу, що здійснює дисциплінарне провадження щодо прокурорів, та про анулювання реєстраційного свідоцтва політичної партії [78].

Прикладом, Окружним адміністративним судом міста Києва визнано протиправною та нечинною постанову Кабінету Міністрів України від 21 серпня 2019 року № 823 «Про порядок здійснення державного контролю за

додержанням законодавства про працю», посилаючись зокрема на частину другою статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України, в якій передбачено, що у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони: на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [158].

Зі змісту ч. 2 ст.144 Конституції України та ч.10 ст.59 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» вбачається, що рішення органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб з мотивів не відповідності Конституції або законам України визнаються незаконними з ініціативи заінтересованих осіб у судовому порядку. Так, Дніпропетровський окружний адміністративний суд визнав протиправним та нечинним з 28. 02. 2018 року рішення Дніпропетровської міської ради «Про реалізацію положень Закону України «Про засади державної мовної політики» в м. Дніпропетровську» від 12.09.2012 року №51/27. Оскільки 28.02.2018 року Конституційним Судом України, у справі №1-1/2018, Закон України «Про засади державної мовної політики» визнано таким, що не відповідає Конституції України, а відповідне рішення було прийняте Дніпропетровською міською радою на підставі вищеназваного закону [151].

Згідно з ч. ч. 9, 10 ст. 264 КАСУ суд може визнати нормативно-правовий акт протиправним (незаконним чи таким, що не відповідає правовому акту вищої юридичної сили) та нечинним повністю або в окремій його частині. Якщо в процесі розгляду справи щодо нормативно-правового акту суд виявить, що інші нормативно-правові акти, прийняті відповідачем, чи їх окремі положення, крім тих, щодо яких відкрито провадження в адміністративній справі, безпосередньо впливають на прийняття рішення в справі й без визнання таких нормативно-правових актів протиправними неможливий ефективний захист прав позивача, суд визнає такі акти чи їх окремі положення протиправними в порядку, визначеному цією статтею.

Окремо слід звернути увагу на наслідки такого розгляду (негативної правотворчості), а саме те, що нормативно-правовий акт втрачає чинність повністю або в окремій його частині з моменту набрання законної сили відповідним рішенням суду. Наказом Міністерства юстиції України від 31.07.2000 № 32/5 затверджений Порядок скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів, занесених до державного реєстру, яким визначено підстави для скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правового акту. Однією з таких підстав є саме набрання законної сили судовим рішенням про визнання нормативно-правового акту протиправним (незаконним чи таким, що не відповідає правовому акту вищої юридичної сили) та нечинним повністю або в окремій його частині [136].

Верховний Суд України у постанові від 08 грудня 2009 року зазначив, що такий спосіб захисту (вимога про визнання акту нечинним), як впливає з системного аналізу статей 105, 162, 171 КАС України (у редакції, чинній на час її ухвалення), може стосуватися лише випадків оскарження нормативно-правових актів. Відмінність між встановленою судом незаконністю (протиправністю) актів індивідуальних та нормативно-правових є істотною і полягає, зокрема, у моменті втрати чинності такими актами. У разі визнання незаконним (протиправним) індивідуальний акт є таким, що не діє з моменту його прийняття, а нормативно-правовий, якщо інше не встановлено законом або не зазначено судом, втрачає чинність після набрання законної сили судовим рішенням [137].

Особливістю нормативно-правового акту є те, що він спрямований на регулювання суспільних відносин із невизначеним колом осіб і розрахований на неодноразове застосування. Відповідно, визнання нечинним нормативно-правового акту впливатиме на права, свободи, інтереси та обов'язки не лише позивача, а й інших осіб, а також поставить під сумнів легітимність дій та рішень, прийнятих на підставі нечинного нормативно-правового акту [185]. У зв'язку з цим Постановою Верховного Суду України від 14.07. 2021 справу №260/20/19 було направлено на новий розгляд до суду першої інстанції. Суд

зазначив, що суди першої та апеляційної інстанцій, розглядаючи справу, не взяли до уваги, що оскаржуване рішення Ужгородської міської ради відноситься до нормативно-правових актів, що має значення для визначення порядку розгляду адміністративної справи, а відтак, вирішуючи цей спір, суди попередніх інстанцій не надали належної правової оцінки спірному рішенню як нормативно-правовому акту і не врахували прав та інтересів усіх заінтересованих осіб, на яких поширюється його дія, та які не були належним чином повідомлені про судовий розгляд справи [139].

Варто зазначити, що при дослідженні негативної правотворчості мова йде про встановлення правовідповідності між всіма видами правових актів. Результатом визнання протиправності як нормативно-правового акту чи його положення, так і акту індивідуальної дії є фактичне скасування неправовідповідного акту. Відмінність є істотною в контексті втрати чинності такими актами, про що виснував Верховний Суд. Окрім того, акти негативної правотворчості, які виникли в результаті скасування нормативно-правового акту можна вважати джерелами права, що не скажеш про акти негативної правотворчості зі скасування актів індивідуальної дії.

У цьому контексті цікавою є позиція М. В. Мазура, який приходить до висновку, що скасування нормативно-правового акту, чи окремої юридичної норми є правотворчим актом (результат прямої чи побічної правотворчості), що впливає з такої ознаки як системність, аргументуючи тим, що право є не просто сукупністю правових норм, а їх системою. Скасування однієї або кількох юридичних норм у більшості випадків означає не припинення нормативно-правового регулювання відповідних суспільних відносин, а зміну його напрямку. Науковець наводить наступний приклад: «скасування заборони щодо певного виду поведінки особи означає, що така поведінка відтепер є дозволеною». Таким чином, правовий акт, який скасовує окрему норму права, за своєю природою є нормативним, адже він вносить зміни до чинної системи юридичних норм [106, с. 89].

Після визнання нормативного акту неконституційним, незаконним чи таким, що не відповідає правовому акту вищої юридичної сили, такий акт втрачає свою юридичну силу. Так, як відповідно до Основного Закону України судові рішення ухвалюються іменем України і є обов'язковими до виконання на всій її території; обов'язковість рішень суду є однією з основних засад судочинства (частина перша ст. 55, ст. 129–1, пункт 9 частини першої ст. 129) [85]. Таким чином, якщо при дії незаконного нормативно-правового акту вчинення певних дій було правомірним, то після винесення судового рішення — ні.

Чинне законодавство не містить чітких критеріїв щодо розмежування правових актів за ознаками їх нормативності, загальноприйнятими є те, що нормативно-правовий акт спрямований на регулювання суспільних відносин з невизначеним колом осіб і розрахований на неодноразове застосування. Відповідно, акт негативної правотворчості з визнання нечинним нормативно-правового акту впливатиме на права, свободи, інтереси та обов'язки не лише сторін, які такий акт оскаржують, а й інших осіб. З цієї причини, вважаємо, що позбавлення статусу джерела права актів негативної правотворчості, які змінюють зміст правового регулювання і фактично вносять зміни до правової системи є однозначно помилковим.

За винесення неправомірного акту, чинне законодавство не передбачає юридичної відповідальності, навіть якщо такий акт було прийнято із порушенням правил юридичної техніки. Натомість, І. М. Мельничук пропонує установити відповідальність керівників міністерств за неконституційні дії щодо видання міністерствами нормативно-правових актів, що не відповідають чинному законодавству [115]. Проте, як правило, неправомірний акт не завжди передбачає вину суб'єкта його створення. Суб'єкт правотворчої діяльності, який припускається помилки, виходить із припущення правильності таких дій (ненавмисність помилки), а оскільки відсутня вина при здійсненні правотворчої помилки, то суб'єкт, що допустив її, не може нести юридичну відповідальність [142].

Згідно з ч. 1 ст. 21 ЦК України суд визнає незаконним та скасовує правовий акт індивідуальної дії або нормативно-правовий акт, виданий органом державної влади або органом місцевого самоврядування, якщо він суперечить актам цивільного законодавства й порушує цивільні права або інтереси особи. За правовою позицією, яка висловлена Верховним Судом України в постанові від 20 квітня 2016 року у справі № 6-2824цс15 державні акти на право власності на земельні ділянки є документами, що посвідчують право власності й видаються на підставі відповідних рішень органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування в межах їх повноважень, то у спорах, пов'язаних із правом власності на земельні ділянки, недійсними можуть визнаватися як зазначені рішення, на підставі яких видано відповідні державні акти, так і самі акти на право власності на земельні ділянки [24].

Прикладом, 25 січня 2022 року Житомирським районним судом у справі № 278/1258/16-ц визнано недійсним та скасовано рішення Кам'янської сільської ради щодо передачі в приватну власність земельну ділянку, державний акт на право власності на земельну ділянку, а також визнано недійсним та скасовано свідоцтво про право власності щодо житлового будинку [153].

У наведених вище прикладах негативна правотворчість здійснена судовими органами за таких умов:

- орган, який має повноваження для здійснення негативної правотворчості — суд;
- зазначені в прикладах документи є правовими актами;
- наявна процедура розгляду — судове провадження;
- порядок здійснення негативної судової правотворчості регламентований нормативно — правовими актами.

Проте, як вже зазначалось раніше, не судами єдиними здійснюється негативна правотворчість. Цитуючи М. Галантера, О. О. Уварова зауважує: «Люди здобувають досвід справедливості чи несправедливості не тільки на

форумах, підтримуваних державою, але й у первинних інституційних місцях їх діяльності — вдома, на робочому місці, в ділових питаннях тощо. «Як здоров'я не пов'язано первісно із лікарнею, а знання — тільки зі школою, так і справедливість первісно слід шукати не в офіційних установах здійснення правосуддя» [183].

Враховуючи вищевикладене, наступним прикладом є прояв негативної правотворчості в корпоративних відносинах. Так, на сьогодні досить розповсюдженим є закріплення в статутах підприємств положень щодо негативної правотворчості, наприклад: «До повноважень Наглядової ради підприємства відноситься скасування рішень органів та посадових осіб Товариства, у випадках, коли вказані рішення прийняті ними з порушенням їх посадових обов'язків, всупереч рішенням Загальних зборів Учасників або Наглядової ради Товариства, а також в інших випадках, що можуть призвести або призвели до збитків Товариства або до реальної загрози їхнього виникнення».

Таким чином, суб'єктом здійснення негативної правотворчості виступає спеціальний орган, який має відповідні на те повноваження (в даному випадку — Наглядова рада підприємства), процедура здійснення регламентована відповідними локальними актами (Статут), така регламентація здійснена на рівні корпоративних відносин, вказані документи, які можуть бути предметом негативної правотворчості — правові акти.

Вищерозглянуті приклади є свідченням того, що негативна правотворчість як явище правової реальності може існувати як у публічно-правовій, так і в приватно-правовій формах. Д. Г. Манько зазначає, що публічний і приватний рівні юридичної діяльності не тільки відображають специфіку її організації, але й свідчать про наявність різних за статусом суб'єктів її здійснення, від державних службовців до адвокатів [111, с. 97].

Якщо брати за класифікаційний критерій статус суб'єкта здійснення негативної правотворчості, то стає можливим виокремлення таких видів негативної правотворчості:

- публічно-правова — негативна правотворчість, яку здійснюють суб'єкти, наділені державно-владними повноваженнями (наприклад, Міністерство юстиції, орган конституційного контролю тощо);

- приватно-правова — негативна правотворчість, яку здійснюють суб'єкти, наділені приватно-правовими повноваженнями (наприклад, Наглядова рада приватного підприємства, адвокат і т.д.).

Беручи за класифікаційний критерій спосіб встановлення правовідповідності, то стає можливим виділення наступних видів:

- негативна правотворчість зі встановлення неконституційності;
- негативна правотворчість з визнання незаконності;
- негативна правотворчість зі встановлення порушення норм міжнародного права тощо.

Враховуючи те, що акти негативної правотворчості, які виникли в результаті скасування нормативно-правового акту можна вважати джерелами права виникає наступний критерій — галузева належність:

- негативна правотворчість матеріального права (конституційного, адміністративного, митного права, трудового права і т. д.)
- негативна правотворчість процесуального права (цивільно-процесуального, кримінально-процесуального, господарсько-процесуального права і т. д.).

Окремо можна виділити судову негативну правотворчість, яка здійснюється судами різного рівня: від національних судів до Європейського суду з прав людини. Фактично скасовуючи правові акти, судова гілка влади є одним із основних суб'єктів здійснення негативної правотворчості, проте не є єдиним органом, який може виступати в якості «негативного правотворця». Судова негативна правотворчість як один із видів негативної правотворчості може бути предметом окремого дослідження.

Отже, розгляд правової природи негативної правотворчості та співвідношення позитивної правотворчості з негативною дозволив зробити наступні висновки:

- правотворчість є центральною ланкою правотворення і є початковим етапом розвитку правових актів. Це процес щодо створення, внесення змін та скасування правових актів уповноваженими суб'єктами в межах відповідних процедур. Враховуючи зазначене, пропонується викласти ч. 1 ст. 2 Проекту Закону «Про правотворчу діяльність» за № 5707, наступним чином: «Правотворча діяльність — це діяльність із планування, розробки проекту нормативно-правового акту (його концепції) та прийняття (видання) нормативно-правового акту, а також зміни та скасування чинного нормативно-правового акту, метою якої є правове врегулювання та/або охорона суспільних відносин»;

- метою позитивної правотворчості є формування такої системи правових актів, яка б відповідала сучасній системі цінностей, втілювала в собі природні закони та принципи, і в результаті стала дійсно показником цивілізованості суспільства і держави;

- активізація правотворчої діяльності сприяє «оновленню» правової системи. Результатом правотворчості є всі правові акти не в залежності від форми та сфери реалізації. Ефективність таких актів в процесі правового регулювання свідчить про належну якість позитивної правотворчості;

- здійснення правотворчості, як і будь-якої іншої творчої діяльності є природним явищем, яке притаманне лише «людині-розумній», на відміну від машинного інтелекту, а значить тут не обійтись без уникнення помилок;

- одним із засобів усунення правотворчих помилок є скасування норми, яка визнана помилковою, адже своєчасне виявлення норм, які не відповідають «духу» сучасного права є одним із основних напрямів забезпечення ефективності правотворчої діяльності;

- таку діяльність, яка фактично є інструментом удосконалення законів, підзаконних актів, рішень суду, цивільно-правових договорів та інших юридичних документів шляхом встановлення їх правовідповідності ми називаємо негативною правотворчістю. Вона не тягне за собою створення

правових актів, а лише скасовує ті, які не відповідають духу і принципам права, чим відіграє важливу роль в його удосконаленні;

- чим вища якість діючих правових актів, тим менша необхідність застосування негативної правотворчості, що свідчить про високий рівень правової культури суб'єктів правотворчої діяльності.

РОЗДІЛ 2. НЕГАТИВНА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ЯК СКЛАДОВА МОДЕРНІЗАЦІЇ УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА

2.1. Юридичні технології створення актів негативної правотворчості

Негативна правотворчість як процедура удосконалення законів, підзаконних актів, рішень суду, цивільно-правових договорів та інших юридичних документів шляхом встановлення їх правовідповідності постає складовою модернізації українського права. Під модернізацією права мається на увазі його адаптація до сучасних умов.

Питання якості юридико-технологічного інструментарію створення актів негативної правотворчості прямо пов'язане з підвищенням її ефективності, а відтак стає одним із ключових положень, які потребують всебічного теоретичного аналізу.

Юридичні технології є відображенням інтелектуального рівня процесу створення правових актів, який складається з суб'єктивних елементів (фактичний потенціал суб'єкта створення акта) та об'єктивних елементів (прийоми, правила, методи, принципи). До складу ж сучасної юридичної технології відносять і систему відповідних засобів (юридичну техніку) [113, с. 8, с. 7]. У цьому зв'язку В. В. Дудченко акцентує увагу на тому, що в первісному, споконвічному розумінні термін «техніка» не несе суто матеріально-технічного навантаження, а передбачає передусім ще й інтелектуальну вправність, сферу мислимого, свідомого [48, с. 44].

В. К. Антошкіна зауважує, що метою при застосуванні інструментарію юридичної техніки є виклад волевиявлення суб'єкта правотворчості, при якому забезпечується простота, ясність, зрозумілість, однаковість юридичного тексту, відсутні логічні суперечності й зведено до мінімуму або взагалі усунуто за допомогою спеціальних методів і прийомів інші правотворчі помилки. Натомість юридичні технології служать задля

лаконічного упорядкування застосування методів і прийомів юридичної техніки [2, с. 24].

Д. Г. Манько зазначає, що юридична технологія — це сукупність науково-обґрунтованої інформації (правил, способів, методів, концепцій та ін.) щодо використання юридичного інструментарію при створенні правових актів і здійсненні юридичної діяльності [113, с. 179].

В. В. Грисюк у цьому аспекті констатує, що у сучасній юридичній науці триває певний термінологічний спір. Всі наявні наукові позиції отримують вираз у двох підходах:

1) поєднання — поняття юридичної техніки та технології ототожнюються як рівні за змістом, де відстоюється класичне розуміння юридичної техніки як певного універсального терміну, котрий відображає сукупність інструментарію, необхідного для створення якісних правових актів;

2) виокремлення — юридична техніка та юридична технологія розглядаються як окремі та самостійні поняття. Представники даного підходу обґрунтовують необхідність виокремлення інтелектуальної та матеріальної складової процесів створення правових актів, а відтак — доцільність розгляду юридичних технологій як інтелектуальної, а юридичної техніки — як матеріальної площини зазначених процесів [30, с. 107–108]. Підтримуємо авторку в тому, що саме другий підхід вбачається найбільш вірним і таким, що відображає об'єктивні потреби сучасності та має потенціал задля обґрунтування міри й порядку застосування сучасних інформаційних технологій в юридичній діяльності [30, с. 108].

Використовуючи в якості критерія характер здійснення діяльності, всю сукупність юридичних технологій Д. Г. Манько класифікує на дві великі групи: юридичні технології формалізації права та юридичні технології окремих видів юридичної діяльності. Юридичні технології формалізації права, своєю чергою, поділяються на позитивні та негативні. Автор також додає, що негативні юридичні технології суттєво відрізняються від позитивних метою їх використання. Якщо основною метою позитивних

юридичних технологій є створення якісного правового акту, то мета негативних юридичних технологій — пошук помилок і аномалій у тексті правового акту. Найбільш очевидно ця технологія розкривається під час внесення правок до проєкту закону [111, с. 211, с. 212].

Здавалося б після внесення правок до проєктів правових актів, неодноразової їх перевірки, проходження правових експертиз і т. д., кожен діючий акт повинен бути безперечним елементом системи правового регулювання. Проте, досліджуючи нормативно-правові акти, науковці виокремлюють правотворчі, правозастосовні та правоінтерпретаційні помилки, які виявляються в процесі реалізації нормативно-правового акту, найчастіше — при настанні негативних наслідків його дії. Юридичні помилки, у свою чергу, є відступом від правил-вимог юридичної техніки. До них відносять колізії нормативно-правових актів, прогалини в нормативному акті, суперечності між статтями нормативно-правового акту, нечіткі формулювання, лексичні, граматичні (морфологічні й синтаксичні) та стилістичні помилки тощо, які знижують якість акту, ускладнюють його усвідомлення і тлумачення, реалізацію норм права [142].

Серед них найбільш небезпечними є правотворчі, оскільки стають причиною недоліків праворегулятивної діяльності [89, с. 305]. Правотворчу помилку, як різновид юридичної помилки, визначають як втілений у нормативно-правовому акті результат недотримання правотворчим органом правил-вимог юридичної техніки, законів формальної логіки, правил сучасної української мови, який порушує загальні принципи або конкретні норми правотворення та призводить до прийняття нечіткого й неякісного за формою/змістом акту, що знижує його якість, і призводить до шкідливих соціальних та юридичних наслідків для правозастосовного процесу [142]. В. М. Косович, аналізуючи недоліки НПА, розмежовує їх залежно від виду порушення юридичних вимог до нормотворення на:

1) техніко-юридичні, які у свою чергу поділяються залежно від можливості їх виявлення на: а) чітко виражені (колізії, прогалини,

дублювання); б) частково виражені (інші нормотворчі помилки); в) приховані або латентні (правові упущення, правові замовчування, неузгодженість юридичних норм, необґрунтоване використання оціночних і напівоціночних понять);

2) технологічно-юридичні, які виникають унаслідок недотримання правил нормотворчої процедури НПА і поділяються залежно від причини їх виникнення на зумовлені: а) порушенням юридично закріплених правил нормотворення; б) ігноруванням загальноновизнаних правовою спільнотою (хоча не закріплених юридично) таких правил [89, с. 9–10].

Є. П. Євграфова відзначає, що елементарність законотворчих помилок полягає не в короткому їх викладі в приписі закону, а в їх явній неузгодженості з вимогами права і Конституції. Припускаючись подібних помилок, законодавець проявляє недбалість щодо формулювання визначень тих чи інших понять, надає особливого значення використовуваним у законі термінам, проявляє непослідовність і нелогічність у викладі нормативно-правових приписів тощо. Такі помилки є результатом недостатнього опрацювання на різних стадіях законотворчого процесу питань, пов'язаних з ефективністю використання правил і засобів юридичної техніки, що істотно впливає на точність викладу в законах нормативних приписів, їх системність і функціональну взаємодію в регулюванні цієї сфери суспільних відносин [57, с. 114–115].

В. М. Косович звертає увагу на те, що обираючи форму удосконалення нормативно-правового акту, доцільно було б також зважати на те, до якої групи недоліків належать наявні в нормативно-правовому акті недоліки. Усунення колізій, прогалин і правотворчих помилок пов'язане насамперед із нормативним корегуванням нормативно-правових приписів. І до того часу, доки, наприклад у нормі підзаконного нормативно-правового акту, залишатиметься необґрунтовано використане оціночне поняття, існуватиме загроза помилок чи зловживань під час застосування цієї норми. Це ж можливо здійснити лише шляхом внесення змін чи кодифікації [89, с. 327–

328]. Окрім запропонованих шляхів вирішення зазначених проблем, усунення помилок можливо здійснити й шляхом скасування приписів, в яких виявлені недоліки, що у свою чергу призведе до встановлення правовідповідності юридичних актів та їх частин. Виявити правотворчі та інші види помилок можливо саме за допомогою негативних юридичних технологій, однією з яких є правова експертиза.

Відтак, відповідно до ч. 1, 2 ст. 103 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI за дорученням Голови Верховної Ради України або відповідно до розподілу обов'язків — Першого заступника Голови Верховної Ради України, заступника Голови Верховної Ради України або за рішенням головного комітету законопроект направляється на наукову, юридичну чи іншу експертизу, проведення інформаційного чи наукового дослідження; при цьому предмет і мета експертизи, пошуку, дослідження повинні бути чітко визначені.

Зареєстрований та включений до порядку денного сесії законопроект при підготовці до першого читання в обов'язковому порядку направляється для проведення наукової експертизи, а при підготовці до всіх наступних читань — для проведення юридичної експертизи та редакційного опрацювання у відповідні структурні підрозділи Апарату Верховної Ради. Остаточна юридична експертиза й редакційне опрацювання здійснюються після прийняття акту Верховної Ради в цілому [145].

Відповідно до Методичних рекомендацій щодо проведення правової експертизи проєктів нормативно-правових актів, які схвалено постановою колегії Міністерства юстиції України № 41 від 21. 11. 2000 року зазначено, що правова експертиза може бути проведена щодо проєкту: закону України; указу Президента України; постанови Кабінету Міністрів України; постанови Національного банку України; наказу міністерства, іншого центрального органу виконавчої влади [112].

До визначення поняття «правова експертиза» неодноразово звертались вітчизняні та зарубіжні науковці (І. Л. Брауде, Робер К. Бержерон,

В. О. Бутенко, Т. О. Дідич, Д. Г. Манько, О. Г. Мінкова, М. Є. Мочульська, Ю. М. Перерва, Г. В. Рибікова В. Д. Юрчишин та ін.). Тож, існують різні підходи до використання даного поняття, які достатньо проаналізовані в наукових роботах. Наведемо декілька прикладів: В. Д. Юрчишин називає правову експертизу дослідженням, що проводиться експертом на підставі рішення або за дорученням уповноважених на те осіб, або без такого, але через пряму вказівку НПА. Правова експертиза заснована на застосуванні спеціальних знань з метою використання її результатів у юридичній діяльності та полягає в наданні певного документу у вигляді висновку даної експертизи [209, с. 62].

На думку В. Корнієнко, правова експертиза являє собою особливий етап нормопроектної діяльності, що здійснюється спеціально уповноваженою особою, фахівцем (експертом), яка має спеціальні знання, та в результаті якої надається аргументований висновок щодо проекту нормативно-правового акту [87, с. 266]. В. О. Бутенко зазначає, що правова експертиза переважно характерна для законодавчого процесу, що обумовлює важливість якісного рівня нормативно-правових актів, що мають форму закону [21].

Загалом, можна простежити, що:

- як у законодавстві України, так і в наукових дослідженнях акцентується увага на одному об'єкті правової експертизи — проектах нормативно-правових актів.

- правова експертиза визначається як необхідна складова підвищення якості правотворчої діяльності в публічно-правовій сфері, але питанням існування правової експертизи в приватно-правовій сфері не присвячено окремих комплексних загальнотеоретичних розробок [112].

Слід зазначити, що правова експертиза є складовою частиною правового моніторингу правотворчості та правозастосування. Правовий моніторинг розглядається як процес, який має відбуватися як при створенні нормативно-правових актів, так і під час їх реалізації, що допоможе створити та підтримувати на належному рівні ефективну систему якісного законодавства

в широкому його розумінні, відповідно правова експертиза нормативно-правових актів розглядається як складова правового моніторингу, який здійснюється як на стадії правотворчості, так і на стадії правореалізації [148, с. 30].

Погоджуємося з В. Є. Мочульською, яка зазначає, що практика експертної діяльності засвідчує можливість наукових правових експертиз значно ширшого кола об'єктів [122, с. 57] ніж проєкти нормативно-правових актів. У цьому зв'язку, слушним є визначення Д. Г. Манька, який представляє правову експертизу юридичних документів як певну послідовність дій з перевірки відповідності документів, як у цілому так і окремих частин, чинному законодавству, а також цілям, які переслідувалися зацікавленими особами під час створення цих документів [112]. Експертні дослідження можуть бути проведені як щодо проєктів документів, так і до вже створених письмових правових актів [112]. Саме при здійсненні негативної правотворчості об'єктом правової експертизи є вже діючий правовий акт, а не його проєкт [13, с. 25].

При з'ясуванні меж використання поняття «правова експертиза» можна відмітити, що вчені відносять до правових такі види експертиз: судову експертизу, експертизу законопроєкту, державну, екологічну, наукову, криміналістичну, судово-психологічну, судово-медичну, лінгвістичну та інші види експертиз [150, с. 20]. Метою ж будь-якої правової експертизи є оцінка відповідності юридичного документа певним правовим вимогам. Такі правові вимоги передбачені Конституцією України, Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколами до неї, практикою Європейського суду з прав людини, законами, а також підзаконними нормативно-правовими актами: Президента України, Кабінету Міністрів України, центральних та місцевих органів виконавчої влади; органів місцевого самоврядування, тощо.

Г. Головач зазначає, що відповідність правового акту, передбачає належну форму його зовнішнього виразу, належну процедуру ухвалення та

промульгації (опублікування та оприлюднення), а також низку маніпуляцій щодо «підтримки» його життєдіяльності, тобто належну процедуру його обслуговування (реєстрація, збереження, упорядкування, модернізація (внесення змін), здійснення правової експертизи тощо). Відповідність, поряд із дійсністю, чинністю та дієвістю є одним із компонентів «валідності письмового акту», під якою слід розуміти еквівалентність акту м'якого права загально-соціальним та спеціально-юридичним вимогам його створення і дії [28, с. 133, с. 134].

Д. Г. Манько під правовідповідністю розуміє обов'язкове використання законодавчо регламентованої інформації щодо порядку створення, обслуговування та втілення в життя правових актів обов'язковою умовою встановлення відповідності духу й принципам права [111, с. 34].

Слушним є твердження Г. В. Рибікової, стосовно того, що оскільки правова експертиза має на меті сприяти вдосконаленню законодавства, частиною правової експертизи нормативно-правових актів має бути перевірка відповідності їх природним законам суспільного життя. Окрім того, авторка, враховуючи сучасні погляди на теорію природного права, обґрунтовує потребу відобразити природні закони життя людини в суспільстві при створенні нормативно-правових актів та розробці відповідних принципів юридичної експертизи в цій галузі, а тому пропонує ввести в науковий обіг новий вид правової експертизи нормативно-правових актів «природно-правова експертиза нормативно-правових актів та їх проєктів». Критерієм відповідності при проведенні такої експертизи має бути відповідь на питання: «Чи є запропоноване правило природним для людського суспільства чи неприродним, чи порушує воно загальне поняття справедливості? ». Наприклад, у кримінальному праві діяння може вважатися злочином лише в тому випадку, якщо воно порушує закони соціального характеру, тобто є неприродним [149, с. 48–49].

Не дивлячись на те, що критерій правовідповідності в даному випадку має достатньо дискусійний характер така пропозиція є досить актуальною, виходячи з того, що:

по-перше, принцип верховенства права в контексті конвенційної системи розуміється передусім як верховенство прав і свобод людини, їх пріоритетність та необхідність захисту, що відбиває субстантивну (матеріальну) складову верховенства права [192, с. 376];

по-друге, «живе право», відповідає щоденним потребам суспільного життя, змінюється під впливом цих потреб, розвивається і вдосконалюється в процесі тих суспільних відносин, які воно ж і регулює [205, с. 64].

У Рекомендаціях Федерального міністерства юстиції Німеччини з одноманітного оформлення законів і нормативних постанов акцентується увага на тому, що правова експертиза стосується як змісту, так і форми правового регулювання і здійснюється вже на першій стадії вирішення питання: чи є заплановане регулювання в передбаченому об'ємі необхідним і достатнім для досягнення поставленої мети? Наступним кроком є аналіз й оцінка проблеми сумісності нового припису з актами вищої юридичної сили. Перевіряється наскільки чітко були враховані приписи Конституції, право Європейського Союзу, а також норми й принципами міжнародного права. Далі досліджується, чи не суперечить введення врегулювання, яке передбачається існуючому правопорядку (адекватність систематики, дотримання ієрархії норм, виключення дублюючих чи суперечливих норм, збереження довіри до стабільності правового регулювання у випадку частих змін...тощо).

Постійна увага на різних етапах експертизи приділяється дотриманню визначених вимог, які висуваються до форми й структури приписів (наприклад, до вступних і заключних формул, техніці відтворення, до розпоряджень про внесення змін, статтям про вступ у силу) [222, с. 4].

Враховуючи те, що юридичні технології є перш за все відображенням інтелектуального рівня процесу створення правових актів, який окрім

об'єктивних елементів включає фактичний потенціал суб'єкта створення акту, суб'єктом здійснення негативної правотворчості може бути тільки спеціаліст (група спеціалістів), адже правова експертиза заснована на застосуванні спеціальних знань з метою використання її результатів у юридичній діяльності.

Результатом експертизи відповідно є висновок експерта, який на думку Г. В. Рибікової зводиться до двох можливих варіантів:

1) позитивний висновок (нормативно-правовий акт позитивно оцінюється і, за потреби, може містити певні умови щодо додаткового опрацювання недоліків юридичної техніки);

2) негативний висновок (нормативно-правовий акт, реалізація якого суперечить вимогам чинного законодавства, а отже є неприйнятним взагалі (за даних умов чи в даний час), і, відповідно, такий акт не може бути прийнятий або має бути скасований повністю або частково [150, с. 131].

Методичні рекомендації щодо проведення правової експертизи проєктів нормативно-правових актів схвалені Постановою колегії Міністерства юстиції України від 21 листопада 2000 р. № 41 (далі — Рекомендації), передбачають проведення певних видів оцінок правових актів: концептуальна оцінка, системно-юридична оцінка, юридико-технічна оцінка. Негативний характер зазначених оцінок може зумовити загальний висновок про необхідність відхилення проєкту нормативно-правового акту. Низька юридико-технічна оцінка може обумовити висновок про необхідність більш або менш значного змістовного перероблення проєкту або внесення до нього редакційних змін [117]. В зазначених Рекомендаціях розкривається, що має на меті проведення кожної з зазначених оцінок, отже:

- концептуальна оцінка передбачає визначення сфери суспільних відносин, які має регулювати правовий акт, і відповідної галузі права, до якої він належить, а також предмета й методу регулювання конкретного фрагменту цих відносин і засобів впливу на поведінку їх учасників;

- системно-юридична оцінка, яка передбачає визначення ступеня відповідності нормативних приписів положенням чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість, яких надана Верховною Радою України та які стосуються предмета регулювання цього проєкту нормативно-правового акту ;

- юридико-технічна оцінка, яка має на меті визначення ступеня його відповідності усталеним правилам побудови та редакційно-лексичного оформлення нормативно-правових актів [117].

Беручи за основу ці Рекомендації, науковці формують різні підходи до визначення ролі зазначених оцінок. Відтак, В. Корнієнко, досліджуючи теоретико-правові аспекти висновку правової експертизи зауважує, що оцінка (концептуальна, системно-юридична та юридико-технічна) є однією з основних цілей проведення правової експертизи [87, с. 265]; Д. Г. Манько представляє зазначені види оцінок як технології проведення правової експертизи юридичних документів [112, с. 66]; Г. В. Рибікова, у свою чергу, виокремлює їх як стадії проведення правової експертизи [150, с. 123].

Підтримуючи пропозицію введення в науковий обіг нового виду правової експертизи: природно-правову [149, с. 48–49], бачиться за доцільним використання природно-правової оцінки при здійсненні негативної правотворчості, яка має на меті визначення відповідності правових приписів природним законам суспільного життя, і може виступати як однією з технологій проведення правової експертизи, так і її стадією.

Аналізуючи п. 17 Розділу III Методичних рекомендацій щодо проведення правової експертизи проєктів нормативно-правових актів, де зазначено, що експертний висновок, складається з вступної, аналітичної та підсумкової частин [117] та визначено, що має містити у собі кожна з цих частин, стає можливим виділення обов'язкових критеріїв, які мають бути відображені в акті негативної правотворчості:

- у вступній частині наводяться дані про суб'єкта здійснення негативної правотворчості, а також визначається об'єкт та предмет дослідження;

- аналітична частина повинна містити обґрунтовані зауваження до правового акту та виявлені недоліки, відповідно до яких, прийнято рішення про усунення акту або його положення;

- у підсумковій частині формуються концептуальна, системно-юридична, юридико-технічна та природно-правова оцінки правового акту, а також його загальна оцінка.

При складенні акту негативної правотворчості суб'єкт її здійснення має перевірити дотримання правил, які висуваються до форми правових актів у досліджуваному об'єкті. Основними з них є: правила, що регулюють зміст правового акту (законність та обґрунтованість); структурні правила; правила логіки; мовленнєві правила; (формальні реквізитні) правила; процедурні правила [113, с. 225]. Акти негативної правотворчості мають чітко відповідати загальновизнаним стандартам як за суттю, так і за процедурою їх створення [17, с. 10], а тому, окрім перевірки на відповідність правового акту вищезазначеним правилам, при складенні висновку проведеної експертизи, суб'єкт її здійснення має сам дотримуватись встановленого порядку.

Таким чином, суб'єкт здійснення негативної правотворчості використовуючи технологію правової експертизи досліджує юридичний документ на наявність недоліків із використанням професійних знань у відповідній галузі, що завершується оформленням висновку (акту негативної правотворчості). Наявність такого акту можлива лише за умови невідповідності приписів юридичних документів із вимогами права. Акт негативної правотворчості в подальшому стає інструментом усунення суперечностей у системі правових актів. Погоджуємось з В. Корнієнко, яка зазначає, що вмотивований експертний висновок може виступати прецедентом у правотворчій діяльності для уникнення в майбутньому недоліків під час створення проєкту нормативно-правового акту в тій чи іншій сфері [87, с. 268]. Акт негативної правотворчості подібний до негативного висновку експерта, адже це юридичний документ, що містить у собі оцінку щодо невідповідності положень проаналізованого акту «духу» і

принципам права, результатом чого є фактичне скасування чинних правових актів або їхніх частин шляхом визнання їх неконституційними, або незаконними. Окрім того, у правовідносинах щодо проведення правової експертизи юридичних документів (яка може здійснюватися як у публічній, так і приватно-правовій сфері) беруть участь суб'єкти, які відрізняються за своїм правовим статусом (від міжнародних організацій до адвокатів та посадових осіб підприємств), кожен із яких виконує свою роль задля досягнення правовідповідності.

Тож, негативні юридичні технології застосовуються в публічно-правових та приватно-правових відносинах і поділяються в залежності від характеру діяльності суб'єкта здійснення негативної правотворчості. Прикладом, суб'єкти здійснення негативної правотворчості публічного права:

- Конституційний Суд України, як суб'єкт здійснення негативної правотворчості, застосовує юридичні технології встановлення відповідності нормативно-правового акту чи його положення Конституції України;

- при здійсненні негативної правотворчості ЄСПЛ застосовує юридичні технології встановлення відповідності національного закону загальним принципам, які сформульовані чи впливають із положень Конвенції.

Щодо суб'єктів негативної правотворчості приватного права:

- Наглядова рада підприємства, застосовує негативні юридичні технології задля встановлення відповідності досліджуваного документа внутрішнім актам підприємства;

- при здійсненні негативної правотворчості адвокатом, нотаріусом чи іншим суб'єктом юридичної діяльності — застосовуються негативні юридичні технології задля встановлення відповідності документа положенням діючого законодавства, тощо.

Враховуючи те, що метою негативних юридичних технологій є пошук помилок і аномалій у тексті правового акту беремо за класифікаційний критерій характер виявлених помилок у тексті правового акту:

- юридичні технології виявлення правотворчих помилок;
- юридичні технології виявлення правозастосовних помилок;
- юридичні технології виявлення правоінтерпретаційних помилок.

Юридична технологія конструювання акту негативної правотворчості передбачає формування висновків правової експертизи юридичного документу щодо виявлених недоліків. Задля цього «негативний правотворець» використовує технологічні прийоми: концептуальну, системно-юридичну, юридико-технічну та природно-правову оцінки правового акту.

Слід зазначити, що при застосуванні негативних юридичних технологій не можливо обійтись без творчого процесу. Як і практичне життя абсолютно не в змозі обійтись без доповнення тісних меж позитивного права новими положеннями. У випадку такого доповнення у праві надолужується те, чого не вистачає. З точки зору нижчої (позитивної) юриспруденції творчість у праві не можливо обґрунтувати. Навпаки, з точки зору вищої природно-історичної юриспруденції, творчість сама собою зрозуміла і необхідна. Така творчість привносить неабияку цінність для світу й для людства [52, с. 15].

У цьому зв'язку вищезазначені технологічні прийоми пропонується доповнити наступними техніко-технологічними методами, які Д. Г. Манько називає методами юридичної креативістики, що мають тісний зв'язок із правотворчістю [111, с. 34–35]:

Юридичний аналіз документа — це детальна перевірка документа на відповідність діючому законодавству України, його коректування (в разі необхідності), оцінка існуючих ризиків та прогнозування правових наслідків [207].

Юридико-логічну концентрацію, яка по суті є теоретичною моделлю порядку співставлення встановлених фактичних обставин юридичної справи з наявними нормами права [110, с. 6].

Юридичне конструювання. Головною властивістю юридичної конструкції, в якій найбільш повно проявлено її сутність, є пряме,

безпосереднє юридико-практичне значення, яке полягає в тому, що юридична конструкція завжди може бути виражена в системі правових норм, котрі визначають конкретний механізм правового регулювання чи його окремий елемент. Поєднання правотворчого і доктринального аспектів у природі юридичної конструкції, на думку О. В. Зінченка, дозволяє узагальнити на теоретичному рівні, закріпити на нормативному, а також виявити в правовому тексті й у реально існуючих правовідносинах закономірний, логічний взаємозв'язок (як вираз інформативно-логічної послідовності) структурних елементів різноманітних правових явищ [63, с. 59, с. 60]. Вважаємо, що даний прийом дозволить виявити і відсутність у тексті правових приписів логічного взаємозв'язку.

Тож, оскільки негативна правотворчість має свій прояв як у публічно-правових, так і в приватно-правових відносинах, технологічний прийом юридичних конструкцій здатен адаптуватися під кожен тип правовідносин. У контексті прояву юридичних конструкцій у публічному та в приватному праві А. О. Дутко зазначає наступне: «Особливості юридичних конструкцій публічного права зумовлені його предметом, яким є владні (вертикальні) відносини та імперативним методом правового регулювання. Основними юридичними конструкціями публічного права є конструкція владних правовідносин, конструкції актів правозастосування, конструкції процесуальних форм, конструкції складів відповідних правопорушень, конструкція охоронних правовідносин, використовуючи які законодавець у відповідних нормативно-правових приписах повно і детально визначає зміст кожного з елементів цих конструкцій. Особливості юридичних конструкцій приватного права, зумовлені його предметом, яким є рівносторонні (горизонтальні) відносини та диспозитивним методом правового регулювання. Основними юридичними конструкціями приватного права є конструкція рівносторонніх правовідносин, договірні конструкції, конструкція захисних правовідносин, зміст елементів яких при їх використанні визначається як законодавцем (у відповідних нормативно-

правових приписах), так і конкретними учасниками цих правовідносин і договорів (у відповідних правореалізаційних актах)» [54, с. 136].

У контексті вищевикладеного можна виснувати наступне:

- негативна правотворчість як процедура удосконалення законів, підзаконних актів, рішень суду, цивільно-правових договорів та інших юридичних документів шляхом встановлення їх правовідповідності постає складовою модернізації українського права;

- метою негативної правотворчості є встановлення правовідповідності юридичних документів та їх частин;

- здійснює таку діяльність особа, яка має відповідні повноваження (суб'єкт здійснення негативної правотворчості) використовуючи при цьому негативні юридичні технології, метою яких є пошук помилок і аномалій у тексті правового акту;

- юридичні технології негативної правотворчості представляють собою певну сукупність дій, знань та умінь щодо встановлення відповідності правових актів та їх частин «духу» і принципам права;

- при здійсненні негативної правотворчості пропонується використання технології правової експертизи юридичних документів, яка може здійснюватися як у публічній, так і приватно-правовій сфері;

- відповідно здійснюють негативну правотворчість суб'єкти, які відрізняються за своїм правовим статусом (від міжнародних організацій до адвокатів та посадових осіб підприємств), кожен із яких встановлює правовідповідність на своєму рівні;

- результатом використання технології правової експертизи є акт негативної правотворчості, який має містити у собі концептуальну, системно-юридичну, юридико-технічну та природно-правову оцінки правового акту;

- акт негативної правотворчості фактично є інструментом скасування неправовідповідних актів або їхніх частин, що значно підвищує ефективність правового регулювання.

2.2. Негативна правотворчість у діяльності Конституційного Суду України

Розвиваючи тему правовідповідності, слід зазначити, що науковці виокремлюють різні критерії, яким мають відповідати правові акти, одним із безспірних є відповідність положень нормам Основного Закону. Відтак, перевірка конституційності має складати центральну частину правової експертизи нормативно-правових актів. У рекомендаціях Федерального міністерства юстиції Німеччини з одноманітного оформлення законів і нормативних постанов подається перелік контрольних питань (перевірочний тест), який покликаний забезпечити своєчасне виявлення конституційно-правових проблем, допомогти у виборі точних формулювань... Звичайно, що будь-який перелік не в змозі охопити всі проблеми конституційно-правового характеру й тим більше, допомогти в їх вирішенні, оскільки суспільні відносини завжди мають динамічний характер розвитку проте, дає змогу зосередитись на ключових аспектах для проведення експертизи. У контексті даного дослідження особливий інтерес складає питання: «На яких нормах Основного закону чи на яких інших підставах (так звані неписані повноваження) базується законодавча компетенція Федерації у випадку конкретного проєкту нормативного акту?» [222, с. 18]. У даному питанні зауважується про неписані повноваження, що знову повертає нас до живого права та загальноправових принципів.

Ще ряд важливих питань, які свідчать про втілення на практиці принципу верховенства права: «Чи охоплює правовий акт права на свободи? Чи допустимим є таке вторгнення?», «Чи стосується нормативна постанова принципу рівноправності?», «Чи враховуються в запропонованому регулюванні встановлені основними правами об'єктивні ціннісні критерії, які не мають прямої дії на відносини між державами й громадянами (наприклад, в приватному праві чи в міжнародних договорах)?», «Чи виконує держава свій обов'язок по захисту громадян?» [222]. Саме за допомогою відповіді на

такого роду питань можливо знайти правотворчі помилки і зрозуміти, чи дотриманий принцип верховенства права в досліджуваних юридичних документах.

Продовжуючи європейський курс, незворотність якого закріплена на конституційному рівні, Україна має підтримувати стабільність інституту, який забезпечує верховенство права на відповідному рівні з точки зору членства в ЄС. Адже в рамках співпраці між Україною та ЄС у сфері правосуддя, свободи та безпеки, особливе значення надається зміцненню верховенства права та посиленню інститутів на всіх рівнях у сфері управління загалом та судової системи зокрема [242, с. 106]. П. А. Комар у контексті забезпечення верховенства права судом зазначає про відмінність верховенства права від законності, верховенства закону як «диктатури закону», яка звертала правників до букви закону, а не його духу; до букви закону, а не до якогось іншого його глузду, не до глибокого його правового змісту, який суд як правозастосувач кожен раз повинен виявляти, тому що він не має права застосовувати будь-який закон [83, с. 141].

А. А. Єзеров, цитуючи С. В. Різника вказує, що традиційна інтерпретація принципу «закон суворий, але він закон» не має більше стояти в основі національного праворозуміння, адже, за відомим класичним твердженням, ми й досі можемо спостерігати існування двох видів законів: одні — безумовної справедливості, інші ж — безглузді, зобов'язані своїм визнанням лише сліпоті людей чи силі обставин [59, с. 29].

Відповідно, правотворчість не можна зводити до законотворчості, адже законотворчість є виключною монополією представницьких вищих органів держави (в Україні — Верховної Ради). Законотворчість є одним із різновидів правотворчої діяльності, яку слід розглядати як діяльність уповноважених органів з прийняття, зміни, призупинення дії й скасування законів і підзаконних нормативно-правових актів. Отже, законотворчість є складовим елементом правотворчості [33, с. 57].

Конституційний Суд України (надалі — КСУ), хоча й не віднесений до числа правотворчих, у зв'язку з тим, що він не правомочний приймати нормативно-правові акти, але тим не менш, в результаті діяльності з конституційного контролю видаляє неконституційні акти із сфери правового регулювання. При такій діяльності правове регулювання відбувається зовсім по іншому, ніж здійснювалось до винесення рішення Конституційним Судом. Необхідно визнати те, що такі рішення значно впливають на систему джерел права й на регулювання суспільних відносин, усуваючи в ньому невідповідності.

Голова Верховного суду США Дж. Робертс зазначає, що правотворчість — це не повноваження, а функція з метою пристосування права до умов, які постійно змінюються. Таким чином, суди діють функціонально із застосуванням правотворчих методів [246]. Орган конституційного контролю виступає гарантом того, що вже діючі правові акти (які стали об'єктом конституційного провадження і визнано такими, що відповідають Основному Закону) відповідають закріпленим конституційним принципам та проникненні «духом» права. На сьогодні, КСУ є одним із найвпливовіших суб'єктів здійснення негативної правотворчості публічно-правової форми, поряд із іншими суб'єктами, які наділені державно-владними повноваженнями.

К. Трихліб зауважує, що наразі ряд відомих вчених-правознавців наполегливо підтримують думку про те, що КСУ виконує правотворчу функцію. Наприклад, Ю. Шемшученко, В. Шемшученко та В. Погорілко виділяють законодавчу (правотворчу) функцію серед інших функцій КСУ, вона складається з «негативної правотворчості» та тлумачення [247, с. 31].

Розглядаючи дискусійне питання перспективи впровадження судової правотворчості в Україні, В. Є. Мусієвський зазначає, що саме теза про те, що акти органів судової влади не містять правових норм, а лише їх тлумачення та індивідуальні правові приписи, обов'язкові тільки для сторін у справі, є головним аргументом противників ідеї визнання судової практики

джерелом вітчизняного права. Проте із цим аргументом не можна сьогодні погодитися хоча б з огляду на те, що Конституція України, а також деякі інші законодавчі акти, наділяють судову владу повноваженнями «негативних правотворців»: визнавати закони (чи їх окремі положення) неконституційними, а підзаконні нормативно-правові акти (чи їх окремі положення) — не тільки неконституційними, але й незаконними, що має наслідком втрату цими актами чинності [123, с. 28]. Правові положення (результат інтерпретації) Конституційного Суду, викладені в мотивувальній частині його рішення, набирають нормативного характеру не законодавчого акту, а судового прецеденту завдяки своїй казуальності та процесуальному режиму впровадження [163, с. 64]. Рішення і висновки негативного правотворця є допоміжними джерелами права, які не містять первинних правил поведінки, однак мають нормативний характер, оскільки можуть повністю або частково зупинити дію нормативно-правового акта [14, с. 132].

Т. О. Дідич зазначає, що незважаючи на масштабність законодавчих змін у питанні правового забезпечення судоустрою України, ні Верховний Суд, ні Конституційний Суд України, ні будь-яка інша судова інституція не визнаються українським законодавством суб'єктами правотворчості. Законодавство України чітко не закріплює їх статус суб'єкта правотворчості з правом прийняття обов'язкових актів правотворчості. Ця невизначеність значно послаблює правове забезпечення як судів, так і їх діяльності [215, с. 96].

Негативне ставлення до правотворчої функції судових органів, в основному, будується на принципі поділу влади, за яким до судової компетенції віднесено правозастосування, а не правотворчість. Створення Конституційним Судом України норми права є неможливим згідно з вимогами статті 6 Конституції України [12, с. 8]. КСУ за формальними характеристиками не є законодавчим органом влади, а також, як зазначає А. А. Марченко, не є судовим органом у звичайному його розумінні: 1) його діяльність не спрямована на безпосереднє регулювання тих чи інших

суспільних відносин; 2) він не займається розв'язанням індивідуальних правових спорів з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод і охоронюваних законом інтересів громадян та інших осіб; 3) його відносини з судами загальної юрисдикції носять виключно координативний характер; 4) він не є апеляційною чи касаційною інстанцією у відношенні до цих судів, де мають місце відносини субординаційного характеру. Конституційний Суд України є органом конституційного контролю за відповідністю Конституції та законів України, а також інших правових актів, перелічених у ст. 150 Конституції України. По суті, цей контроль означає офіційну діяльність даного органу за допомогою особливої процедури (конституційне судочинство) з метою забезпечення верховенства і прямої дії Конституції на всій території України [114].

В. М. Шаповал звертає увагу на те, що орієнтуючись на австрійську модель конституційного контролю запровадження подібної моделі в Україні були висунуті С. Дністрянським ще у 1920 р. [198, с. 128]. При дослідженні діяльності конституційних судів С. Гардбаум зазначає, що на тлі оптимістичного настрою щодо конституційних судів у нових демократіях недавні політичні нападки на них виглядають як шокуючі, ретроградні випадки. У цьому контексті й за повного прагматизму судовий контроль у слабкій формі слід розглядати як потенційно корисний новий варіант конституційного дизайну, який іноді може допомогти судам відігравати роль у підтримці курсу деяких демократичних перехідних процесів, а не сприяти їх сходу з рейок [220, с. 320].

Слід також зауважити про таке важливе значення негативної правотворчості як гарантування конституційності, справедливості та правомірності. Так, ще за Г. Кельзенем вважалось, що оскільки чинність норми є повинністю, а не буттям, чинність норми слід відрізняти від її дієвості, що є буттєвим фактом. На думку науковця, дієвість означає фактичне застосування і реалізацію норми — тобто, що фактично реалізується людська поведінка, яка цій нормі відповідає. Те, що норма є

чинною, означає дещо інше, ніж те, що вона фактично застосовується та реалізується — навіть, коли між чинністю та дієвістю існує певний зв'язок. З точки зору «чистої» теорії права, правова норма лише тоді вважається об'єктивно чинною, коли людська поведінка, яку вона регулює, фактично відповідає їй — хоча б до певної міри. Норма, яка ніде й ніколи не застосовується й не реалізується, не розглядається [77, с. 30]. Науковець вказував що, Основний Закон держави без справжніх гарантій захисту від неконституційних актів не цілком обов'язковий у технічному сенсі. Ситуація, за якої неконституційні акти або неконституційні закони залишаються чинними, тому що їх неконституційність не призводить до їх скасування, більш-менш еквівалентна, з юридичного погляду, бажанню без зобов'язальної сили [7, с. 132].

Тобто, Конституційний Суд у своїй діяльності захищає Основний Закон держави і є невід'ємним від неї, стоїть на сторожі конституційних прав і свобод людини і громадянина. Задля протидії правового нігілізму є обмежувачем влади, де присутня політична більшість і політичні мотиви. Як слушно зазначає С. В. Шевчук: «обмежена влада набагато сильніша, ніж необмежена, що доведено історичним досвідом» [172].

Отже, серед рішень органу конституційної юрисдикції виділяють рішення з визнання неконституційності нормативно-правових актів (негативна правотворчість) та з надання офіційного тлумачення. Таким чином, з однієї сторони, судді Конституційного Суду України здійснюють повноваження, яке закріплене ст. 150 Основного Закону держави, що є проявом функції позитивного правотворця. Така позитивна судова правотворчість пов'язана зі створенням певних правових вказівок судом. Створений таким чином новий правовий документ органічно впливається в процес впорядкування суспільних відносин і займає власне місце в системі діючого правового регулювання. До того ж в ході своєї інтерпретаційної діяльності, органи конституційної юрисдикції наповнюють узагальнені конституційні положення більш чітким змістом.

Окрім того, у процесі практичної діяльності Конституційного Суду України з'являється потреба звертатися до інтерпретаційних висновків, викладених у раніше прийнятих ним рішеннях, яка мала об'єктивний характер, оскільки, приймаючи рішення у новій справі, Конституційний Суд має враховувати вже вироблене ним розуміння норми чи положення закону. Тобто, Конституційний Суд стає «позитивним законодавцем» при здійсненні нормоконтролю, за якого розширено тлумачаться відповідні правові норми, що підлягають застосуванню, та надається додаткова аргументація [202].

Слід погодитися з П. М. Ткачуком, який результат інтерпретаційної діяльності Конституційного Суду розглядає як правову позицію у формі висновків, роз'яснень, правоположень, доктрин, у яких міститься тлумачення неявного смислу закону, правова оцінка або правове визначення, сукупність правових уявлень та знань щодо вирішення конкретної ситуації, які є обов'язковими для всіх суб'єктів правовідносин [179, с. 21].

Конституційний Суд України може розвивати й конкретизувати свою юридичну позицію у наступних актах, а також змінити свою юридичну позицію в разі суттєвої зміни нормативного регулювання, яким він керувався під час її висловлення, або за наявності об'єктивних підстав необхідності покращення захисту конституційних прав і свобод із урахуванням міжнародних зобов'язань України, проте така зміна має бути обґрунтована у відповідному його акті [168, с. 63]. Все це свідчить про те, що така діяльність органу конституційного контролю має динамічний характер і може завжди адаптуватися до актуальних життєвих обставин та змін задля належного дотримання конституційних гарантій.

З іншої сторони, суд, на підставі своїх повноважень у рамках процедури перегляду конституційності законів обмежується їх скасуванням, коли вони суперечать Конституції, що виключає їх із правової системи. Ця судова роль і є функцією «негативного правотворця» [15, с. 112]. К. Ю. Ісмайлов акцентує увагу на тому, що правоприпиняючі рішення Конституційного Суду про визнання закону неконституційним мають безпосередню дію: рішення про

визнання певного акту неконституційним одночасно визначає межі нових норм, тим самим фактично вносячи зміни в порядок регулювання суспільних відносин, тобто одночасно спрямоване на позитивну нормотворчість [68, с. 52].

Д. Ю. Хорошковська в цьому зв'язку зазначає, що в судочинстві з оскарження нормативних правових актів предметом судового розгляду є передусім правовідносини, що мають публічний характер, у результаті яких орган влади отримав реальне чи уявне право на прийняття оскаржуваного нормативного правового акту. Розгляд цих правовідносин має значно більше значення, ніж розгляд конкретних правовідносин, що склалися між органом влади і громадянином чи іншою зацікавленою особою, оскільки саме на підставі розгляду цих правовідносин судом будуть зроблені висновки про законність чи незаконність дій органу влади, виражені в прийнятті оскаржуваного нормативного правового акту [189, с. 94].

Таким чином, орган конституційної юрисдикції здійснює значний внесок у впорядкування правових актів, усуваючи наявні правотворчі помилки та встановлюючи правовідповідність. Безумовно відбувається привнесення новизни в процес правового регулювання, оскільки воно здійснюється іншим чином, ніж до винесення акту «негативної правотворчості».

Враховуючи те, що «негативний правотворець» здійснює контроль щодо конституційності нормативно-правових актів можна стверджувати те, що він в силу особливостей своєї юридичної природи безумовно повинен взаємодіяти з законодавчим органом влади задля забезпечення порядку в правовому регулюванні держави та належному виконанні своїх обов'язків. Така взаємодія має виражатися не в політичних дискусіях, а в якісному виконанні своїх професійних обов'язків, як законодавцем, так і «негативним правотворцем».

На практиці трапляються випадки, коли визнання неконституційними значної кількості положень нормативно-правового акту призводить до

порушення його логіки й структури, що стає підставою для порушення питання про необхідність вжиття додаткових заходів щодо забезпечення виконання прийнятого рішення «негативного правотворця». Таким чином, парламент зобов'язаний внести зміни до нормативно-правового акту у зв'язку з визнанням неконституційними його окремих положень для забезпечення належної реалізації такого акту.

Важливим також є те, що ці зміни мають відповідати конституційно встановленій законодавчій процедурі. Так, «негативним правотворцем» була визнана такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), Постанова Верховної Ради України «Про чинність Закону України «Про Рахункову палату» від 14 січня 1998 року № 18/98-ВР (18/98-ВР) саме через порушення законодавчої процедури. Суд у мотивувальній частині рішення зазначає: «Внесення змін до тексту Закону України «Про Рахункову палату Верховної Ради України» від 11 липня 1996 року на підставі Постанови Верховної Ради України та відповідних дій Голови Верховної Ради України щодо редакційних уточнень і опублікування Закону вступило в суперечність із базовими положеннями Конституції України про статус Закону України як акту вищої юридичної сили в системі нормативно-правових актів держави, а також з тими її положеннями, які вимагають, щоб прийняття законів, зокрема шляхом внесення до них змін, здійснювалося в порядку, визначеному Конституцією України (статті 8, 19, 94 та ін.) (абзац четвертий пункту 3 мотивувальної частини Рішення). З наведеного випливає, що Верховна Рада України може змінити закон виключно законом, а не шляхом прийняття підзаконного правового акту [154].

Наступним прикладом порушення відповідності конституційно встановленій законодавчій процедурі є рішення Конституційного Суду України від 28 серпня 2020 року у справі за конституційним поданням Верховного Суду України стосовно (не) конституційності положень актів Кабінету Міністрів України про встановлення карантинних обмежень. Так, «негативний правотворець» наголошує, що обмеження конституційних прав і

свобод людини й громадянина є можливим у випадках, визначених Конституцією України. Таке обмеження може встановлюватися виключно законом-актом, ухваленим Верховною Радою України як єдиним органом законодавчої влади в Україні. Встановлення такого обмеження підзаконним актом суперечить статтям 1, 3, 6, 8, 19, 64 Конституції України [155].

Доводиться також констатувати, що прогалини в законодавстві, що утворилися в результаті визнання правових норм неконституційними, протягом тривалого часу не усуваються органами, уповноваженими приймати закони й здійснювати правове регулювання в межах їх компетенції. І виходить, що в період між прийняттям судом рішення про невідповідність окремих положень нормативно-правового акту Конституції і моментом внесення законодавцем змін до нормативно-правового акту діють норми, що містяться в акті Конституційного Суду. За допомогою цього, негативна правотворчість, що здійснюється безпосередньо Конституційним Судом, серйозним чином підвищує рівень регулювання таких відносин, надаючи їм динамічний характер.

Р. Дворкін, як можна судити, зосереджував свою увагу на праві суддів оголошувати парламентські акти неконституційними. В тих випадках, коли не можна прийняти рішення шляхом застосування права, суддя, діючи «на власний розсуд», тобто звертаючись до інших, таких, які не відповідають праву стандартам, створює нову норму права. Відповідна посадова особа (суддя), вирішуючи певне питання на власний розсуд, не застосовує правову норму, а здійснює правотворчу діяльність. Судді повинні мати можливість розсуду, навіть у передбачуваній кодифікованій системі, оскільки кодекс не може передбачити все [36, с. 22]. Про правотворчу роль суду йдеться у разі, якщо суддя, керується технологією правотворця при прийнятті рішень та орієнтується на міркування стратегічного характеру, на правові та моральні принципи.

М. І. Козюбра слушно зазначає, що навіть у тих випадках, коли принципи права чітко сформульовані у Конституції і законах, «виведення» із

них рішень неминуче передбачає активну участь правосвідомості судді, за допомогою якої надається необхідна визначеність принципу, «заповнюється» його форма стосовно певної ситуації. Тим більше активна, творча роль суду має місце в разі необхідності залучення для їхнього пошуку додаткового нормативного матеріалу, який перебуває за межами національних законодавчих текстів [82, с. 44]. Тобто, при такій діяльності суд виконує свою безпосередню функцію конституційного контролю, адже положення конституцій різних держав у своїй більшості втілюють у собі саме норми природного права, ті права, які властиві кожній людині від народження і обов'язок держави — їх захищати.

Негативна правотворчість здійснюється суддями на основі наявних правових норм і принципів, оскільки для винесення відповідного рішення суд аналізує не тільки норми окремого нормативного акту на відповідність Основному Закону держави, але й багаторічну практику Європейського суду з прав людини, з якої й випливають принципи відродженого природного права. Принципи ж, входять в обсяг розуміння права й діють поряд із нормами, оскільки юридичні правила не можуть скласти всю повноту правового регулювання і потребують залучення моральних принципів, що застосовуються як при здійсненні позитивної, так і негативної правотворчості.

Відтак, Рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368² Кримінального кодексу України було визнано такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), статтю 368-2 Кримінального кодексу України [156]. Так, у рішенні були проаналізовані та використані наступні рішення із практики ЄСПЛ:

- Рішення ЄСПЛ у справі «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства N 1 (The Sunday Times v. the United Kingdom № 1) від 26 квітня 1979 року;

- Рішення ЄСПЛ у справі «Барбера, Мессеґе і Хабардо проти Іспанії» (Barber, Messegu and Jabardo v. Spain) від 6 грудня 1988 року;
- Рішення ЄСПЛ у справі «S.W. проти Сполученого Королівства» (S.W. v. the United Kingdom) від 22 листопада 1995 року;
- Рішення ЄСПЛ у справі «Сондерс проти Сполученого Королівства» (Saunders v. the United Kingdom) від 17 грудня 1996 року);
- Рішення ЄСПЛ у справі «Яношевич проти Швеції» (Janosevice v. Sweden) від 23 липня 2002 року);
- Рішення ЄСПЛ у справі «Яллоґ проти Німеччини» (Jalloh v. Germany) від 11 липня 2006 року;
- Рішення ЄСПЛ у справі «Солдатенко проти України» (Soldatenko v. Ukraine) від 23 жовтня 2008 року ;
- Рішення ЄСПЛ у справі «Олександр Зайченко проти Росії» (Aleksandr Zaichenko v. Russia) від 18 лютого 2010 року [11, с. 11].

Це свідчить про те, що маючи за основу Конституцію України, рішення КСУ також містять посилання на джерела міжнародного права. Внаслідок чого приймаються рішення, які не просто відповідають, але і в значній мірі ґрунтуються на європейській практиці.

Безумовно, що будь-які зміни, які застосовує Конституційний Суд у якості «негативного правотворця», повинні бути введені в певних правових рамках: наведені обґрунтовані мотиви такої зміни й посилання на відповідні конституційні та міжнародно-правові норми. Принципи права, безпосередньо сформульовані органом конституційної юрисдикції в його актах впливають із загального змісту конституційних положень і мають природний характер. Рішення органу конституційної юрисдикції є правотворчими не тому, що визнають правову норму такою, що не відповідає Конституції і виключають тим самим у майбутньому її застосування або ж при залишенні її статусу «конституційної» виключають подальше її оспорювання, а тому, що фактично містять тлумачення положення оспорюваного акту. І тільки в

межах такого тлумачення, яке привносить новий елемент у розуміння конституційних норм, рішення можуть вважатися правотворчими.

Слід зазначити, що механізм «сухого» застосування закону суддею є досить не простим завданням, більше того — майже нездійсненним. Адже при ухваленні судових рішень він має зважувати безліч не лише юридичних, але й політичних, моральних, психологічних та інших чинників, перебувати в постійному контакті з потребами правового життя. Тобто, судові рішення завдяки творчій роботі судді, є результатом не тільки діяльності законодавця, а й самого судді [82, с. 40].

Очевидним є те, що рішення Конституційного суду України виступають в якості джерел права. Так, відповідно ст. 151–2 Конституції України рішення та висновки, ухвалені Конституційним Судом України, є обов'язковими, остаточними і не можуть бути оскаржені. Окрім того, згідно зі ст. 17 Закону України «Про виконання рішень і застосування права Європейського суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права.

В. В. Дудченко зауважує, що джерела права охоплюють не лише волю законодавця, але також розум і совість суспільства, його звичаї і звички [45], які орган конституційного контролю має враховувати при винесенні рішень у процесі здійснення негативної правотворчості, таким чином встановлюючи правовідповідність і вдосконалюючи правове регулювання суспільних відносин. Прикладом, у червні 2016 року КСУ визнав неконституційним положення Закону України «Про психіатричну допомогу», згідно з яким визнана недієздатною людина може бути госпіталізована до психіатричної установи на прохання або за згодою її опікуна». При розгляді цієї справи була врахована стаття 5 Конвенції, яка разом із статтями 2, 3 та 4, посідає провідне місце серед основоположних прав, що гарантують фізичну безпеку особи, і тому її важливість є надзвичайною. Її основною метою є запобігання свавільного чи невинновданого позбавлення свободи» (пункт 30 рішення у справі «МакКей проти Сполученого Королівства» від 3 жовтня 2006 року).

Дана стаття кореспондується і з статтею 29 Конституції України [20]. Свобода є одним із фундаментальних засад, які покладено в розуміння принципу верховенства права, що свідчить, про високий авторитет ідеї верховенства права як ідеалу, спільного для європейських країн [83, с. 138]. Конституція України передбачає, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах. Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними (ст. 3, 21).

У контексті вищевикладеного постає логічне питання: чи існують у результаті здійснення негативної правотворчості, очевидні факти виходу судді за межі формалізованого правозастосування в межах тексту нормативно-правового акту? Так. Цим не варто нехтувати, але залишаючись виключно в рамках «правозастосувача» означає відсторонитися від сучасного права і його природних начал, де головне місце займає людина, як визначальний творець права.

Важливо зазначити, що намагання привласнити Конституційним Судом законодавчу функцію (нарівні з парламентом або вище за нього) є порушенням Конституції, котрої він повинен неухильно дотримуватися. Конституційний Суд, призначений доповнювати та збагачувати законодавчу функцію парламенту своєю діяльністю як провідного учасника правотворчості (законотворчості), передусім, з допомогою прецеденту тлумачення. Останній, щоб бути затвердженим парламентом має складатися без суб'єктивізму та ідеологічного тиску за усіма правилами інтерпретації. Адже судовим прецедентом Конституційний Суд має можливість нейтралізувати та заблокувати дію не правового закону [163, с. 67]. Тобто, застосувати свої повноваження «негативного правотворця».

Окрім того, негативна правотворчість базується на принципі практичної спрямованості правотворчої діяльності, а саме: має своїм завданням орієнтуватися на практику застосування правових актів, усувати існуючі прогалини в чинних нормативно-правових актах, здійснювати моніторинг

європейської практики, суспільних та політичних процесів. Позитивна судова правотворчість направлена на розвиток того, що закладено в нормативно-правовому акті суб'єктом його створення, залишаючи норму непорушною і не вступає в протиріччя із законодавцем стосовно її змісту (винятком є випадки, коли конкретизований зміст норми відрізняється від того, що мав на увазі суб'єкт її створення), негативна ж правотворчість може суперечити законодавцю задля збереження правовідповідності.

Так звана негативна правотворчість являє собою потужний фактор, який впливає на вдосконалення сучасного права. Саме при здійсненні конституційного судочинства виявляються дефекти діючих нормативно-правових актів, пов'язаних з існуванням юридичних колізій і прогалин у праві, виправлення яких може позитивно позначитися на розвитку й ефективності законодавства. Рішення про визнання того чи іншого акту неконституційним або незаконним несе за собою втрату юридичної сили таких актів, що у свою чергу впливає на суспільні відносини.

Погоджуємось з К. О. Трихліб, яка зазначає, що Конституційний Суд України відіграє надзвичайно важливу роль у розвитку правової системи України та має сприяти динамічному тлумаченню права. Щоб забезпечити верховенство Конституції України, КСУ має враховувати тенденції в розвитку суспільства та права. Нині ми можемо де-факто спостерігати застосування деяких елементів правотворчості на практиці КСУ. Авторка також додає, що в майбутньому одним із основних напрямків розвитку діяльності КСУ стане розширення його правотворчої діяльності, що є вкрай важливим у контексті зближення різних правових систем, культур та захисту прав і свобод людини [247, с. 69].

Отже, виходячи з вищевикладеного, можна зробити висновок, що особливим суб'єктом здійснення негативної правотворчості в Україні є Конституційний Суд. Орган спеціалізованого конституційного контролю, грає роль учасника системи стримувань і противаг. Здійснюючи негативну правотворчість, надає можливість оцінити ефективність і якість прийнятих

нормативно-правових актів. Надання інформації про необхідність їх вдосконалення або скасування цим органом може коригувати й покращувати роботу правотворчих органів.

Безумовно, при досконалому дотриманні юридичних технологій створення правових актів, застосування негативної правотворчості не доцільне. Проте, оскільки правотворча діяльність тісно пов'язана з людським фактором, помилки все ж таки трапляються, і встановлення правовідповідності є необхідним. У таких випадках, негативна правотворчість Конституційного Суду України є інструментом вдосконалення законодавчої бази, індикатором його змін та доповнень.

Скасовуючи неконституційну норму, суд встановлює правовідповідність, здійснює контроль за відповідністю Конституції законів України, а також інших правових актів, зазначених у ст. 150 Конституції України. Це його офіційна діяльність, яка здійснюється за допомогою особливої процедури (конституційне судочинство) з метою забезпечення верховенства права й прямої дії Конституції на всій території України. Таким чином, орган конституційної юрисдикції визначає тенденції правового розвитку, оскільки Конституція України містить у собі комплекс загальних принципів права, які мають бути пристосовані до сучасних правовідносин.

2.3. Неофіційна негативна правотворчість

Встановлення правовідповідності, ідея втілення верховенства права та застосування прав людини в приватному праві знаходиться поряд із ідеєю недержавного права. При розгляді становлення кричного аналізу правових приписів зазначалось, що саме «живе право» Є. Ерліха в сучасній інтерпретації сумірне з неофіційним (недержавним) правом. Проте, як

уявлення Є. Ерліха про живе право не відповідали догмам юридичної доктрини початку XX ст., так і концепція неофіційного права поки що не утвердилася в юридичній науці [205, с. 64, 65].

Право генерується самим суспільством, а не виключно державою. Як слушно відмічає Т. О. Дідич, аксіоматичним є твердження про те, що громадянське суспільство — це суб'єкт, без якого неможливе утворення права. Складність та багатоаспектність громадянського суспільства визначає його статус як суб'єкта утворення права на всіх етапах та стадіях такого утворення, від зародження факторів правоутворення та формування об'єктивної необхідності зміни правового регулювання до реалізації норм права [40, с. 27]. За М. Хертохом: «у «глобальній Буковині» XXI століття, яка швидко змінюється, заклик Є. Ерліха до відділення права від держави не втратив своєї актуальності, і «звільнення від кайданів» здається більш доречним, ніж будь-коли» [223]. Право це не просто абстрактний комплекс норм, а «жива» і «реальна» складова соціального й економічного устрою суспільства. У цьому устрої право не самодостатнє і не автономне, воно відображає традиційні суспільні цінності, які надають значення і сенс такому суспільству [49, с. 126]. Правотворчими, незалежними від держави факторами є звичаї, договори, правова доктрина, судова практика. Відповідно звичаєве, договірне, суддівське право і є таким «реальним», «живим», а не «писаним» правом [42, с. 100, с. 101].

Недержавне право визначають як сукупність норм, які створені та застосовуються недержавними суб'єктами. У міжнародній соціально-правовій літературі увага до недержавного права є частиною ширшої уваги до «правового плюралізму» [223]. Звертаючись до інтегративного праворозуміння, яке поєднує плюралістичні підходи до пізнання права, В. В. Дудченко зазначає, що право може бути не лише нормою, але й волею, не лише волею, але й інтересом, не тільки інтересом, але й свободою, не лише свободою, але й примусом і т. д. Право не зводиться до одного виміру. Воно має свою цілісність і його вичерпні характеристики можливі лише під

кутом зору цієї цілісності [42, с. 236]. Цілісністю права є джерела права в їх ієрархії, а доконечністю — справедливість [49, с. 109].

На думку Саллі Фальк Мур, між політичним тілом та індивідом існують різні дрібніші, організовані соціальні поля. Ці соціальні поля мають власні звичаї та правила, а також засоби примусу чи спонукання до їх дотримання. Вони мають те, що Вебер називав «правовим порядком» [234]. У цьому контексті А. Ф. Крижановський вказує, що сучасному суспільству відповідає й сучасний рівень правопорядку, який має ґрунтуватися на розумінні суспільною правосвідомістю ідеї права як міри свободи, справедливості та формальної рівності. Воно не сумісне з нормативістським праворозумінням, яке виходить з того, що рамки свободи й справедливості визначаються державою [95, с. 83].

Вважаємо, що у співіснуванні соціальних полів та політичного тіла, яке представляє публічна влада має бути дотриманий баланс у правовому регулюванні суспільних відносин. Основою такої рівноваги мають слугувати загальні принципи права. Л. О. Корчевна слушно відмічає, що основу всіх розвинених правових устроїв становлять універсальні, а не національні елементи, внаслідок чого й основні правові поняття та практика їх втілення більшою чи меншою мірою спільні в усіх сучасних правових системах [88, с. 5].

Глобалізація нагадує нам, що держава обмежується не лише іншими державами та наднаціональними організаціями, а й недержавними організаціями (наприклад, НУО), спільнотами (наприклад, релігійними групами) та потужними приватними гравцями (наприклад, транснаціональними корпораціями). Всі ці актори, так чи інакше, грають у світі, що глобалізується, ролі, які традиційно відводилися державі. Однією з таких ролей може бути роль законодавця [232].

Сьогодні юристи й бізнесмени, які працюють на міжнародному рівні, мають свої звичаї, норми, практики, щось на зразок торгового права, яким вони керуються безвідносно до законодавчих положень, для визначення

моделі своєї поведінки. Як і стара *lex mercatoria*, нова її версія вказує на автономний недержавний правовий порядок зі своїми особливими правилами й спеціальними органами для вирішення спорів. Мультинаціональні корпорації використовують стандартні форми контрактів і договірних умов, які визнано бізнес-організаціями й недержавними інституціями, такими як Асоціація міжнародного права (International Law Association), Міжнародна торгова палата (International Chamber of Commerce), Міжнародна морська комісія (International Maritime Commission Group) [183].

Не менш авторитетна, міжнародна структура нотаріату — Рада нотаріусів Європейського Союзу (Council of the Notaries of the European Union — CNEU), яка консультує щодо проєктів директив Європейського Союзу, які безпосередньо стосуються нотаріату (наприклад, це директиви про електронну торгівлю, електронний підпис, дистанційне укладення контрактів у фінансовій галузі). CNEU прийняла Етичний кодекс нотаріусів Європи (інколи в літературі зустрічається інша назва — Європейський кодекс професійного нотаріального права). Кодекс є «уніфікованим законом» нотаріальної діяльності в різних державах Європи — природно, він не повинен замінити собою національні законодавства цих держав, однак покликаний гармонізувати нотаріальну діяльність у тих випадках, коли правовідносини, що оформлюються, виходять за національні кордони [37, с. 118–119].

Як доводить вищезазначена практика, нові *lex mercatoria*, Інтернет-права і права прав людини зокрема, національна держава грає лише незначну роль чи взагалі зникла. Більше того, ці останні приклади недержавного права більше не пов'язані з маргінальними племінними товариствами, групами іммігрантів чи культурними меншинами, а з великим транснаціональним бізнесом та впливовими неурядовими організаціями [223]. Сьогодні, в більшості країн світу існує практика застосування альтернативних форм вирішення правових конфліктів (Alternative Dispute resolution, чи ADr) як

альтернатива стосовно офіційного правосуддя, судової системи держави [65, с. 173].

У Рекомендації Ради Європи № R(2002)2 «Про доступ до офіційних документів» від 21.02.2002 року зазначено що: «офіційні документи» — будь-яка інформація, яка є записаною в тому чи іншому вигляді, вироблена або отримана органами державної влади й пов'язана з будь-якою державною або адміністративною функцією, за винятком документів, які перебувають на стадії підготовки [144]. Відповідно можна зробити висновок, що документи, які не мають зв'язку з державною або адміністративною функцією мають неофіційний характер, тобто створені приватними особами в межах їх компетенції.

Відтак, у правотворчій діяльності недержавних суб'єктів, як і в законотворчості також трапляються помилки, норми з суперечливим змістом, ігнорування існуючої ієрархії правових актів, недотримання юридичної техніки при їх створенні тощо. Тому доцільним є звернення до неофіційної негативної правотворчості, яку здійснюють суб'єкти, наділені приватно-правовими повноваженнями (наприклад, Наглядова рада приватного підприємства, нотаріус, адвокат, арбітр і т.д.). Названі суб'єкти слідкують за дотримання правовідповідності в актах приватно-правового характеру, які як і акти публічного права не повинні суперечити Конституції, чинному законодавству, загальновизнаним принципам права, нормам міжнародного права, міжнародним договорам, тобто бути правовідповідними.

Встановлення правовідповідності передбачає еквівалентність письмового акту «духу» й принципам права. Письмові акти приватно-правового характеру служать підставою чи підтвердженням прав чи обов'язків учасників правовідносин, в яких відображені природні закони суспільного життя, а тому будь-який юридичний документ не має суперечити загально-соціальним та спеціально-юридичним вимогам його створення і дії.

Враховуючи зазначене, при висвітленні неофіційної негативної правотворчості доцільним бачиться використання «кейсів підприємств»,

«кейсів з нотаріату» та «адвокатських кейсів», в яких відображається негативна правотворчість як явище правової реальності, що існує в приватно-правовій формі.

При здійсненні неофіційної негативної правотворчості суб'єкти її здійснення мають орієнтуватися перш за все на загальні принципи права, які здатні відіграти вирішальну роль, коли в правовій системі мають місце випадки втручання публічної влади в усі сфери правової реальності [42, с. 264]. У зв'язку з цим, створюється велика кількість актів правового регулювання. Проте, спеціалізованим правовим актом не можна передбачити всього, тоді як загальні принципи можуть увібрати в себе велику кількість нових і непередбачених ситуацій.

Вважаємо, що модернізація права включає в себе й інтернаціоналізацію міжнародних принципів задля того, щоб протиріччя могли бути зменшені шляхом застосування загальних стандартів. Природні принципи права такі як: справедливість, рівність, свобода, гуманізм, верховенство права, добросовісність є достатньо суб'єктивними оціночними критеріями, що здійснюють як прямий, так і опосередкований вплив на договірні відносини.

Під час укладення договору неможливо абсолютно точно передбачити, буде та чи інша умова договору оспорюватися чи ні. На сьогодні, у більшості країнах світу формується широка практика з відмови в приведення до виконання таких умов, які суперечать загальноправовим принципам. Саме тому необхідно застосувати негативні юридичні технології якомога раніше, перевіряючи конкретні договірні умови на правовідповідність, спираючись при цьому на «живу» прецедентну практику.

Така оцінка юридичного документу буде мати проспективний характер і допоможе уникнути судових суперечок, в той час як встановлення правовідповідності судом є ретроспективним та передбачає відповідні юридичні наслідки. Офіційний негативний правотворець (суддя), в праві не визнавати юридичну силу договірних умов, якщо прийде до висновку, що воля сторін суперечить загальноправовим принципам.

У процесі застосування технології правової експертизи предметом якої є договір, суб'єкт здійснення негативної правотворчості перевіряє його умови на відповідність певним оціночним критеріям належного змісту договорів (справедливість, добросовісність, моральність тощо). Такий комплект інструментів у вигляді універсальних принципів дозволяє швидко реагувати на зміни в суспільному житті. З практичної точки зору, використання негативних юридичних технологій є раціональним для досягнення основоположної мети договору. Окрім того, правовий аналіз належного закріплення загальних принципів допоможе у випадку виникнення нових і непередбачених ситуацій.

Аналізуючи судову практику стосовно наявності помилок в договірних відносинах, можна прийти до висновку, що на перший погляд, ідеально виписаний договір завжди може мати недоліки, але питання стосовно їх вирішення виникає, як правило лише тоді, коли між контрагентами виникають судові спори й суперечки [4], вирішувати які допомагають фахівці, які спеціалізуються у відповідній сфері, оскільки при здійсненні негативної правотворчості та використанні юридичних технологій потрібно розуміти правову природу взаємовідносин сторін, а також механізми реалізації прав та їх захисту через призму актуальної судової практики, на що слушно звертають увагу практикуючі юристи.

При розгляді юридичних технологій підготовки та укладання договорів Д. Г. Манько згадує про оферту, акцепт, одночасний підпис та ін. Відтак, при укладенні договорів шляхом направлення письмових оферти й акцепту, зустрічаються випадки спотворення в телеграмах, телетайпних та інших письмових повідомленнях даних про умови договору, що укладається, які інша сторона вважає правильними, зважаючи на їх відповідність змісту зробленої оферти (акцепту). При виявленні в подальшому таких помилок зацікавлена сторона має право вимагати визнання договору недійсним, як укладеного під впливом суттєвої омані, а при виконанні договору на інших, ніж передбачалося, умовах, — відшкодування заподіяних збитків, якщо

існують передбачені законом загальні підстави для накладання такої відповідальності [111, с. 274–275].

Тут слід зазначити, що будь-яка юридична діяльність так чи інакше пов'язана з пошуком помилок. Прикладом, В. В. Грисюк при розгляді технології аналітичної підготовки судової промови адвокатом виділяє пошук «слабких» позицій опонента, виявлення наявності можливих помилок у зборі та заохоченні доказів по справі, виявлення чинності нормативно-правових актів, на які посилається опонент, тощо [30, с. 133]. Із зазначеного прикладу, бачиться, що адвокат, використовує негативні юридичні технології, з метою пошуку помилок у тексті правового припису. Правникам часто необхідно вдаватися до юридичних технологій, щоб вказати на потенційні недоліки в документах (клопотаннях, заявах, тощо) протилежної сторони у справі, і що головне — якісно здійснити перевірку актів, які суб'єкт правотворчості створив сам. Виявлення таких помилок і своєчасне їх усунення допоможе уникнути в подальшому непорозумінь відносно правовідповідності юридичних документів.

З наведеного прикладу випливає, що суб'єктом здійснення неофіційної негативної правотворчості виступає особа, яка має відповідні на те повноваження — адвокат; процедура здійснення регламентована відповідними правовими актами — ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», договір з клієнтом та ін.; така регламентація здійснена на рівні приватно-правових відносин; вказані документи, які можуть бути предметом негативної правотворчості — правові акти.

Усі організації та підприємства у своїй діяльності поряд із актами органів державної влади керуються положеннями, статутами, правилами й інструкціями. Коли виникають суперечки в таких організаціях, одразу звертаються до їх внутрішніх документів, найпоширеніших з яких є статут. О. П. Подцерковний, В. Г. Олюха акцентують увагу на тому, що статут є локальним правовим актом, який має відповідати закону. Співвідношення закону та статуту ґрунтується на подібних підставах, як і співвідношення

закону із нормативно-правовими актами нижчої юридичної сили [130, с. 90]. При створенні підприємства часто обирають типову форму статуту, не конкретизуючи його та не враховуючи актуального часу і особливостей тієї чи іншої організації. Погоджуємось із тим, що Статут має відповідати критерію реальності: його розроблення й експертиза мають бути абсолютно ретельними в аспекті відповідності його положень чинному законодавчому простору [34, с. 198].

При статутній нормотворчості, суб'єкти її здійснення мають враховувати, що оскільки статут має екстериторіальний характер, тобто обов'язковий для визнання за кордоном, цей документ не має суперечити загальновизнаним принципам права та юридичним технологіям його створення. Якщо ж статут буде прийнятий без дотримання вищезазначених правил, є ризик того, що в результаті негативної правотворчості неправовідповідний документ буде скасовано, що є вкрай несприятливим для ведення господарської діяльності.

Відповідно до позиції Верховного Суду України Статут є локальним нормативним актом юридичної особи (постанова Верховного Суду від 16.12.2020 у справі № 910/10463/19). Підставами для визнання такого акту недійсним є його невідповідність вимогам чинного законодавства та/або визначеній законом компетенції органу, який видав (затвердив) цей акт, а також порушення у зв'язку з його прийняттям прав та охоронюваних законом інтересів позивача [140].

За матеріалами судових справ з корпоративних відносин можна зробити висновок, що юристи, використовуючи негативні юридичні технології при аналізі установчих документів, часто звертаються до суду з позовами про визнання недійсними та скасування державної реєстрації установчих документів юридичних осіб, аргументувавши позов тим, що порушена процедура їх прийняття або ж, що вони порушують права учасників, засновників і т.д. Тобто, до того як справа потрапить до суду, адвокат (чи інша уповноважена особа) вже здійснює неофіційну негативну

правотворчість, встановивши, які існують недоліки в документах і зробивши висновок, що такі недоліки необхідно усунути задля встановлення правовідповідності.

Бачиться, що негативна правотворчість є достатньо розповсюдженою в корпоративних відносинах, відтак, в установчих документах підприємств закріплені відповідні повноваження. Прикладом, у Положеннях про Наглядову Раду зустрічаються приписи стосовно того, що «Наглядова рада може не тільки затверджувати рішення, що прийняті Правлінням та/або Головою Правління, затверджувати зміни до цих рішень, але й скасовувати ці рішення частково або повністю». Закріплення такого повноваження щодо негативної правотворчості органів управління компанії в уставних документах є вкрай обачливим кроком, інакше, при виникненні суперечок виникає необхідність виступати стороною в судовому спорі, витрачаючи кошти й час на доведення умов, які могли б вважатися безспірними.

Отже, в такому випадку, суб'єктом здійснення неофіційної негативної правотворчості виступає спеціальний орган, який має відповідні на те повноваження (Наглядова рада), процедура здійснення регламентована відповідними локальними актами (установчими документами), така регламентація здійснена на рівні корпоративних відносин, вказані документи, які можуть бути предметом негативної правотворчості — правові акти.

Окрім того, суб'єкти господарської діяльності при вирішенні суперечок щодо дійсності договорів, внутрішніх актів, тощо, звертаються до третейських судів, де суддя також може виступати в якості неофіційного негативного правотворця. У загальному доступі обмежена кількість таких рішень, оскільки однією з основних засад третейського розгляду є конфіденційність. Відтак, відповідно до законодавства третейський суд, суддя третейського суду не вправі розголошувати відомості та інформацію, що стали йому відомі під час третейського розгляду, без згоди сторін або їх правонаступників. Забороняється вимагати від третейського судді надання документів, відомостей та інформації, якими він володіє у зв'язку з

третейським розглядом справи, крім випадків, передбачених законами України (ст. 32 Закону України «Про третейські суди»).

Досліджуючи нотаріальні кейси, слід зазначити, що нотаріусу також часто доводиться приміряти роль «негативного правотворця», удосконалюючи юридичні акти шляхом встановлення їх правовідповідності. Іноді об'єктами такої діяльності стають документи, затверджені колегами. Прикладом, стаття 9 Закону України «Про нотаріат», містить обмеження у праві вчинення нотаріусом нотаріальних дій, зокрема, щодо своїх родичів, наслідком порушення цих правил передбачає недійсність вчиненої нотаріальної дії. За наявності зазначених порушень нотаріальні акти є недійсними з моменту їх постановляння, а для підтвердження їх недійсності не потрібне навіть звернення до суду.

Відтак, у разі видачі нотаріусом свідоцтва про право на спадщину своєму родичу, це свідоцтво, виходячи з положень статті Закону України «Про нотаріат», є недійсним. Мова йде про так звані нікчемні правочини, недійсність яких встановлена законом. Як слушно звертають увагу правники, у зв'язку з відсутністю відповідного рішення, яким би було підтверджено факт його недійсності, ніщо не забороняє особі, якій це свідоцтво видане, використовувати його у практиці. А постраждати за таких умов можуть насамперед інші суб'єкти правовідносин [184]. Проте, для того щоб зрозуміти, що акт є нікчемним необхідними є знання положень Закону України «Про нотаріат» або як мінімум розуміння того, що саме до цього нормативно-правового акту необхідно звернутися; за необхідності — доступ до державних реєстрів у сфері нотаріату та багато інших дій, які може здійснити фахівець, в даному випадку — нотаріус. Погоджуємось із О. Г. Дергільовою, яка зазначає, що для суб'єктів права важливо звернутися до нотаріуса, адже це набагато економніше й швидше, ніж надалі виступати стороною в судовому спорі, витрачаючи кошти й час на доведення фактів, які могли б вважатися безспірними [37, с. 117].

Таким чином, суб'єктом здійснення неофіційної негативної правотворчості виступає особа, яка має відповідні на те повноваження (в даному випадку — нотаріус), процедура здійснення регламентована відповідними нормативними актами (ЗУ «Про нотаріат», Наказ МЮУ «Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» і т. д.), така регламентація здійснена на рівні приватно-правових відносин, вказані документи, які можуть бути предметом негативної правотворчості — індивідуальні правові акти.

Врахування юридично-технологічних вимог до створення нотаріальних актів та використання негативних юридичних технологій при перевірці такого документу дозволяє уникнути допущення помилок, що в подальшому призводить до визнання недійсними таких актів. Прикладом, нотаріус не мав права засвідчувати справжність підпису на документах, які містять відомості, що порочать честь і гідність людини відповідно до частини першої статті 78 Закону України «Про нотаріат» у редакції, чинній на час засвідчення нотаріусом спірної заяви. Такий висновок зробив ВС України у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду в постанові №638/15576/16-ц [138]. В даному випадку, засвідчуючи підпис, нотаріусом не були задіяні негативні юридичні технології, за допомогою яких можна було б уникнути неправомірної (незаконної) нотаріальної дії.

Вищезазначене доводить, те, що:

1) для виявлення такого роду помилок необхідним є використання негативних юридичних технологій, спеціальних знань та умінь фахівців свої справи, наприклад нотаріуса, адвоката, тощо;

2) встановлення правовідповідності необхідне не тільки у публічно-правових відносинах, але й у приватній сфері.

Знання та вміння використання негативних юридичних технологій свідчить про майстерність та кваліфікованість юриста. І навпаки: велика кількість помилок у зв'язку з недотримання юридичних технологій при

правотворчості може свідчити про некомпетентність або недбалість, що в свою чергу призводить до втрати суб'єктом правотворчості репутації.

О. І. Міневич феномен правових помилок розглядає у їх взаємозв'язку з правовою свідомістю. Оскільки правосвідомість забезпечує «життя» права, то вона ж детермінує і правові помилки. Несформованість правових знань або їх недостатня глибина (правовий інфантилізм), гіперболізація значення правових приписів (правовий ідеалізм), нечіткість чи відсутність власних правових ціннісних орієнтацій (правовий конформізм), свідоме нехтування правом та заперечення його цінності (правовий нігілізм) — найбільш поширені різновиди деформацій правосвідомості, що нерідко породжують правові помилки. Погоджуємось із авторкою у тому, що правосвідомість правотворця, даючи змогу обрати адекватні суспільним реаліям форми правового регулювання тих чи інших суспільних відносин з використанням необхідних юридико-технічних засобів, суттєво впливає на зменшення кількості правових помилок у нормативно-правових актах. Правосвідомість суб'єктів правозастосування через системне бачення права та практики його реалізації, досконале володіння способами тлумачення норм права забезпечує безпомилкове втілення їх у життя. Своєю чергою, це сприяє формуванню у суспільній правосвідомості поваги до права й пов'язаних з ним явищ, відповідно поведінка суб'єктів, які безпосередньо реалізують право, мінімально відхиляється від тих взірців, які закріплені нормами права [120, с. 187, 189, 190].

Задля швидкого пошуку помилок досить популярними стають технології з використанням штучного інтелекту. Наприклад: Westlaw Edge Quick Check — допомагає знайти дуже релевантні цитати, які традиційне дослідження могло пропустити; Quick Check Judicial завантажувати кілька документів з однієї справи та створює звіт, який показує посилання сторін у справі, а також цитати значущих авторитетів, які не включила жодна з цих сторін.

Прогрес у таких технологіях, як штучний інтелект, дозволяє сучасному програмному забезпеченню сканувати юридичні документи, спрощувати

комунікацію та знаходити відповідні справи для юристів. За оцінками McKinsey, 23% роботи, яку виконують юристи, можна автоматизувати за допомогою існуючих технологій [218]. Однак, більшість правотворчих помилок автоматично виявити не можливо. При виявленні помилок пов'язаних з неправильним ходом думки в міркуванні, неправильним тлумаченням, тих помилок, які порушують загальні принципи, необхідна інтелектуальна вправність людини, спеціаліста певної галузі. Виявлення правотворчої помилки потребує наявності в суб'єкта здійснення негативної правотворчості надвисокого рівня правосвідомості та безумовне володіння юридико-технологічними засобами складання правових текстів.

Розглядаючи неофіційну негативну правотворчість, можна зазначити, що йдеться не про регулювання в класичному юридичному розумінні третейського розгляду, досудового вирішення спорів, нотаріальної діяльності тощо, а про роль принципів та функцій права в процесі здійснення зазначених форм задля встановлення правовідповідності.

РОЗДІЛ 3. НЕГАТИВНА ПРАВОТВОРЧІСТЬ У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ СУЧАСНОСТІ

3.1. «Негативна» правотворчість в англосаксонській правовій сім'ї

Правову систему визначають як сформовану під впливом об'єктивних закономірностей розвитку певного суспільства сукупність всіх його правових явищ, які перебувають у стійких зв'язках між собою та з іншими соціальними системами [104, с. 33]. Правова система кожної держави має свої характерні риси й особливості, не дивлячись на те, що певна кількість країн може належати до однієї правової сім'ї. Саме тому розгляд такого правового феномену як негативна правотворчість потребує безпосередньо аналізу з позицій порівняльного правознавства. Необхідно пізнати ідею цього явища (дух правового феномену), і відповідно, юридичні факти, які віддзеркалюють таку ідею як універсальну сутність. Аналіз негативної правотворчості не може бути продуктивним без порівняльно-правового дослідження, без зіставлення того як змінюється положення і роль негативної правотворчості у найяскравіших правових системах сучасності, та яке значення вона має для кожної з них.

В. В. Дудченко зазначає, що сутність порівняння полягає в тому, щоб поглянути на різні рішення під новим кутом зору, який дозволяв би виявити насамперед їхню подібність або схожість. При порівнянні кожне досліджуване рішення буде розглядатися й оцінюватися у взаємозв'язку з усіма іншими, а не з точки зору власного правового устрою дослідника. Ця точка зору й характеризує порівняння у справжньому змісті цього слова. Це має сприяти тому, що рішення певної національної юридичної проблеми буде прийматися лише після критичної оцінки того, як вирішується ця проблема в інших країнах з високою правовою культурою [43, с. 23–24].

Д. В. Лук'янов відмічає, що правова система хоча й завжди асоціюється з певним простором, але цей простір не обов'язково є певною фіксованою

територію і необов'язково має контролюватися державою. Визначальним стає усвідомлення акторів відповідної соціальної системи своєї належності до неї, своєї ідентичності [104, с. 33]. Саме тому, «негативний правотворець» кожної країни є свого роду актором, який, усвідомлюючи таку належність до відповідної системи, не займаючись безпосередньо прямим регулюванням суспільних відносин, все ж здійснює вплив на формування та розвиток національної правової системи. Безперечно, вивчення особливостей негативної правотворчості у країнах, де воно історично формувалось та досягнуло свого розвитку, дозволяє виявити позитивний досвід і шляхи його реалізації в тих державах, де воно історично не визнавалось, але фактично мало місце. У зв'язку з цим, зупинимося на дослідженні негативної правотворчості в рамках англосаксонської, романо-германської та невіддиференційованої правових системах.

Англосаксонська правова сім'я є однією з найрозповсюдженішою, ґрунтується на правовому розвитку Великобританії та США, хоча звичайно включає в себе правові системи не тільки цих країн (Канада, Австралія, Нова Зеландія, тощо), що частково пояснюється колоніальним минулим Великобританії. Право тут не поділяється на приватне й публічне, оскільки кодексів європейського типу не існує. Галузі права визначені не так чітко, як у континентальних правових системах. У цьому зв'язку, встановлення правовідповідності в публічно-правовій та приватно-правовій негативній правотворчості також не має чіткого розмежування.

Одним із найвпливовіших представників здійснення негативної правотворчості в публічно-правових відносинах є орган з конституційного контролю. Н. Тарасенко зазначає, що ідея конституційного контролю вперше зародилася на початку XVII ст. у Великобританії і була втілена в діяльності Таємної ради, що визнавала закони легіслатур (законодавчих зборів) колоній недійсними, якщо вони суперечили законам англійського парламенту й загальному праву [174]. Здавалося б у XXI ст. розвиток негативної правотворчості у цій державі повинен мати неабиякий вплив на всю правову

систему, але консервативність британців і відсутність писаного Основного Закону і тут відіграла свою роль.

Як відомо, у Великій Британії Конституція не існує у вигляді єдиного тексту, значна частина конституційних положень міститься здебільшого в законах, прийнятих парламентом — відомих як статутне право. Тому Конституцію Великобританії часто називають «частково написаною та повністю некодифікованою». Одним із основних принципів Конституції Великої Британії є парламентський суверенітет і тільки парламент може створити або скасувати будь-який закон.

Говорячи про джерела права, зазначимо, що основною є судова практика на відміну від законодавства, звичай також має другорядне значення. Розглядаючи судову практику як джерело права в англо-американській правовій сім'ї, Н. Д. Слотвінська зосереджує увагу на характерних рисах розвитку англійського загального права, зокрема: домінування права процесуального над правом матеріальним, який виник історично; це «суддівське право» за своєю суттю; незалежність і самостійність судової влади, як прояв одного з аспектів теорії, а разом з ним і практики поділу влади [165, с. 76–80]. Хотілося б доповнити цей перелік наявністю переважно казуального характеру права цих країн. Ці ознаки мають свій прояв й при здійсненні негативної правотворчості.

Не дивлячись на те, що загальному праву завжди притаманне було домінування прецедентного права над статутним, роль закону з часом підвищується. Більш того, все частіше порушується питання необхідності Великій Британії писаної конституції, в особливості на тлі конституційної кризи щодо Brexit. Так, під час судового розгляду, в якому переплелися повноваження уряду, парламенту й британського монарха, Верховний Суд Великої Британії визначив, що пророгація парламенту є об'єктом судового розгляду та, здійснюючи правотворчу діяльність, фактично скасував рішення прем'єра. Сам діючий Верховний Суд Великобританії є достатньо «молодим» порівняно, наприклад, з американським, оскільки Рішення про

його створення було винесено у 2009 році, до речі, воно ж і поклало край функції Палати лордів як останньої апеляційної інстанції Великобританії [237]. Тобто, як можна судити, теоретично парламент уособлює в собі роль «позитивного» та «негативного» правотворця у Сполученому Королівстві Великої Британії та Північної Ірландії, встановлюючи правовідповідність у статутному праві. На практиці ж Верховний Суд Великої Британії також грає вагомому роль, здійснюючи законодавчий контроль.

Жоден законодавчий акт не захищений від скасування. Акти про скасування та внесення поправок не мають законодавчої сили, але призначені для редакційного виправлення, маючи на меті лише виключити мертву матерію із зведення законів та скоротити його обсяг. В основному вони виключають акти про поправки, тому що після внесення поправок до основних актів, ці акти виконали своє завдання і не мають більше причин для свого існування. Іноді шляхом скасування та внесення поправок до законів усуваються невідповідності. Єдиною метою таких законів, які в Англії називаються законами про перегляд статутного права, є законодавча «весняна чистка», і вони не призначені для внесення будь-яких змін до закону [239].

У Великобританії Уряд відповідає за набрання чинності новими законами після їх прийняття парламентом. Хоча парламент не несе відповідальності за реалізацію законодавства, його комітети можуть вивчити, наскільки добре закон реалізується урядом і який вплив має новий закон. Це відомо як постзаконодавчий контроль. Майбутні зміни в законі відбуваються шляхом ухвалення іншого закону чи делегованого законодавства. Закон також може бути скасований, щоб його положення більше не застосовувалися. Парламентські комітети вивчають закони Великобританії та рекомендують скасувати застаріле законодавство [248]. Тобто, в такому випадку парламентські комітети виступають суб'єктом здійснення негативної правотворчості.

Окрім того, під час реформування законодавства, Законодавча комісія також пропонує скасувати застарілі закони. Мета роботи зі скасування законів — модернізувати та спростити зведення законів, зменшити його розмір та заощадити час юристів та інших осіб, які його використовують. Це, своєю чергою, допомагає уникнути непотрібних витрат, а також дозволяє уникнути введення людей в оману застарілими законами, які маскуються під чинне законодавство. Якщо закон все ще перебуває у зведенні законів і згадується в підручниках, люди обґрунтовано вважають, що він має щось означати [243].

Є. Вічуріна зауважує, що у Великобританії донині діють дуже старі та дивні закони, наприклад: «всі спіймані кити та осетри повинні бути передані правлячому монарху» або про заборону на перебування в Парламенті в обладунках с 1313 року. Також, із цікавих законів є наступні: в Парламенті заборонено вмирати, адже державі доведеться оплатити похорони. В Англії жінкам заборонено їсти шоколад у громадському транспорті. А з 1839 року діє закон, який забороняє перебувати п'яним в пабі. У тому ж році в Лондоні було заборонено кататися на льоду. Мабуть, 1839 рік був самим креативним за всю історію Парламенту. Але це все закони з минулого, які стали частиною історії й сучасній людині їх складно сприймати серйозно. Крім них, наприклад, є закон, згідно з яким ви будете оштрафовані за оплату телефоном, якщо перебуваєте за кермом і мотор машини не вимкнений, наприклад оплачуючи їжу на Мак-Драйві [25].

Отже, основною причиною реформування законодавства є зміни, які приходять у наш світ із розвитком технологій і зміною світової ситуації. Надзвичайні ситуації, на зразок загрози тероризму, тиску на уряд з метою оновити старі закони та прецедентне право в судах, тлумачення, роз'яснення та повторне застосування встановлених принципів статутного права — все це сприяє необхідності прийняття нових законів [25]. Враховуючи актуальні зміни у світі, негативну правотворчість у статутному праві здійснюють

експерти, які наділені відповідними повноваженнями державою: Парламентські комітети, Законодавча комісія, тощо.

У державах англо-американського типу правової сім'ї контроль якості законодавства, поряд із діяльністю експертів, покладено на судову систему. Саме судді в ініціативному порядку здійснюють перевірку відповідності законів певним вимогам під час їх застосування та тлумачення, на відміну від держав романо-германської правової сім'ї, в яких якість законодавства контролюється експертами, починаючи зі стадії правотворчості [112, с. 155].

Щодо суддівської правотворчості як такої Лорд Ходж зазначає: «Міф про те, що судді відкривають закон, а не творять його, давно визнаний». Лорд Ніколлс, видатний член Палати Лордів, яка була попередницею Верховного суду, відмітив: «Спільне право — це закон, створений суддями. Протягом століть на суддів покладалася відповідальність за підтримання цього закону відповідно до поточних соціальних умов та очікувань. Ця позиція зберігається й досі. Розвиток загального права продовжується, хоча й обмежено і є невід'ємною частиною конституційної функції судової влади [228, с. 3]. Фактом є також і те, що закон, створений суддями, є незалежним джерелом права та сприяє його гнучкості. Судді продовжують адаптувати загальне право до змін у комерційній практиці та соціальних цінностей [228, с. 18]. Судова гілка влади в Англії настільки ж потужна, як і законодавча та виконавча. Суди можуть визнавати рішення органів державної влади незаконними, здійснюючи так званий судовий перегляд. За словами Р. Хогарта у Великій Британії існують три основні підстави для судового перегляду: незаконність, процедурна несправедливість та нерациональність. Крім того, рішення може бути скасоване, якщо державний орган діяв несумісно із правами людини [224].

Раніше у Великобританії, як і в країнах континентальної правової сім'ї, була необхідність забезпечення відповідності національного законодавства праву Європейського Союзу, але в 2020 році ситуація змінилась після виходу країни з ЄС.

Щодо делегованого законодавства у Великій Британії: прості виконавчі акти також можуть бути офіційно скасовані як парламентом, так і судом. Акт делегованого законодавства, виданий урядом, має бути відправлений до парламенту. Іноді подання (передача клеркові палати копії акта, що був прийнятий урядом) відбувається вже після набуття ним чинності. Такий акт може бути анульований упродовж 40 днів за негативною резолюцією парламенту [132, с. 19]. Таким чином як зам законотворець — парламент, так і суд можуть виступати суб'єктами здійснення негативної правотворчості щодо актів органів державної влади.

Негативна правотворчість має місце й у приватно-правових відносинах. Юридичні компанії активно надають послуги з перевірки документів задля встановлення їх правовідповідності, використовуючи при цьому як людську діяльність, так і штучний інтелект. Прикладом, послуги Global BPO з перевірки документів здійснюються кваліфікованими соліситорами з Великобританії (Лондон). Команди експертів, які складаються з помічників юристів, юристів та кваліфікованих юристів, які працюють на цифровій платформі, здійснюють перевірку юридичних документів [216]. Така діяльність є достатньо розповсюдженою особливо для суб'єктів підприємницької діяльності, оскільки превентивна негативна правотворчість допомагає уникнути судових суперечок та визнання тих чи інших документів недійсними в судовому порядку.

Структура права США схожа загалом на англійську, проте має досить велику кількість специфічних особливостей. Однією з найсуттєвіших є відмінна адміністративна структура, результатом якої є існування федерального закону та права окремих штатів у правовій системі США. Американська правова система має певну самостійність і опосередкований зв'язок із англійським загальним правом, але, на відміну від англійської правової системи, має писану Конституцію та відповідно характеризується принципом судового контролю за конституційністю законів, у цьому аспекті судова негативна правотворчість США представляє особливий інтерес.

Суддя Верховного Суду США Л. Д. Брендіс (1916–1939 рр.), як автор одного з рішень, систематизував у ньому принципи, якими повинні керуватися суди, розглядаючи питання конституційного значення. Один із цих принципів сформульований так: «якщо виникає питання про чинність федерального закону, суди повинні спочатку здійснити тлумачення його положень, щоб уникнути визначення його конституційності» [18, с. 80]. Тобто, позитивна судова правотворчість передуює «негативній» у діяльності Верховного Суду США.

Як і у Великобританії суб'єктом здійснення негативної правотворчості у публічно-правових відносинах є орган з конституційного контролю, який скасовує неконституційні правові акти. М. В. Кравчук цитуючи Давида Р., ЖофFRE-Спинозі К. зазначає: «Неконституційний закон позбавляється судового захисту. Тобто, формально діючи, він по суті втрачає юридичну силу. Судові рішення, визнані невідповідними конституційній нормі, анулюються. Судові органи федерації і штатів здійснюють також контроль за конституційністю актів застосування загального права. Будь-яке судове рішення може бути анульоване у випадку визнання його таким, що суперечить конституційній нормі. Цей правовий інститут дуже важливий як спосіб змусити всі судові інстанції поважати основні принципи права і забезпечити тим самим єдність правової системи США [92].

Зазвичай вважається, що конституційний судовий контроль розпочався із твердження Джона Маршалла, четвертого головного судді Сполучених Штатів (1801–35), у справі «Марбері проти Медісона» (1803), що Верховний Суд Сполучених Штатів має право визнавати недійсним законодавство, прийняте Конгресом. Однак немає жодної явної підстави для затвердження Маршаллом права на судовий перегляд у самому тексті Конституції Сполучених Штатів; його успіх залежить зрештою від рішення самого Верховного суду, а також відсутності ефективної політичної протидії цьому. [235]. Поняття верховенства права досить абстрактне, воно не дає основи скасовувати закони штатів, суддям необхідно шукати тільки конкретні

підґрунтя, протиріччя законів штатів Конституції. Суд Маршала спробував дати відповідь і стверджував, що невідповідність Конституції необхідно визначати у звичайному юридичному порядку, тобто шляхом застосування способу інтерпретації і зіставлення тексту і закону штата, який суперечить Конституції.

Конституція США містить у собі наступні положення: «Судді в кожному штаті зобов'язані дотримуватися вищого права країни, навіть якщо в Конституції окремо взятого штату говориться інше». Окрім того, право конституційного контролю Верховного Суду США передбачено статтею 25 Судового акта 1789 р., відповідно до якої кожен частину конституції штату або його закон, хартію міста чи ордонанс, які суперечили положенням Конституції, законам й договорам США, Верховний Суд міг визнати неконституційними [245]. Тобто, «дух» Конституції цього потребує і суддівське зобов'язання забезпечити відповідність законів Конституції США.

Проаналізувавши роботи зарубіжних та вітчизняних вчених над подібними питаннями, погоджуємося з висновками З. Добош, а саме з тим, що підґрунтям особливої ролі та специфічного механізму формування влади Верховного Суду США є повноваження конституційного контролю, які він розвинув за допомогою судового тлумачення положень Конституції 1787 р. США. Повноваження конституційного контролю не створено Верховним Судом США в рішенні у справі «Мербюрі проти Медисона» 1803 р., а передбачено у федеральному законі. Отож, Конгрес, надавши Верховному Судові США право здійснювати конституційний контроль, відповідно до статті 25 Судового акту 1789 р., забезпечив його подальший розвиток як найважливішої інституційної умови функціонування судової гілки влади [41], тим самим закріпивши його фактичні повноваження як «негативного правотворця». Виходить, що правотворчі повноваження зі скасування нормативно-правових актів присвоєні судовим інститутом не самостійно, в Конституції є певна правова невизначеність стосовно цього питання, яку регулюють інші законодавчі положення та загальноправові принципи.

А. Гамільтон у есе «The Federalist # 78» пояснював, що якщо будь-який закон, прийнятий Конгресом, суперечить Конституції, то «Конституція має більшу перевагу ніж закон, намір народу — наміру його представників». Що вкрай важливо, зауважується: «Цей висновок у жодному разі не передбачає переваги судової влади над законодавчою. Він лише передбачає, що влада народу перевершує обидві; і що там, де воля законодавчої влади, оголошена в її статутах, протистоїть волі народу, оголошеній в Конституції, судді повинні керуватися останньою. Вони мають регулювати свої рішення основними законами, а не тими, які такими не є» [236].

Об'єктами ж конституційного контролю, зокрема судового, є всі закони, доповнення до конституції, регламенти та інші нормативні акти парламенту; органів виконавчої влади й місцевого самоврядування; внутрішньодержавні договори (поширені у федераціях); правові акти судів, акти та дії громадських об'єднань; індивідуальні правозастосовні акти органів державної влади й місцевого самоврядування; міжнародні договори; рішення у справах про розмежування компетенції вищих органів держави, федерації та її суб'єктів, центральної влади, автономій та органів місцевої влади; дії посадових осіб у порядку конституційної відповідальності; організація та проведення, підтвердження підсумків референдумів і виборів; створення і діяльність політичних партій, інших громадських об'єднань тощо [41]. Як бачиться, навіть діючі судові рішення можуть бути анульовані у разі виявлення їх невідповідності Конституції США. До об'єктів конституційного контролю також відносяться акти Конгресу та укази Президента, які Верховний Суд може визнавати неконституційними.

Здійснення судової негативної правотворчості прямо пов'язане зі специфікою конституційного контролю. В США виділяють наступні особливості здійснення такого контролю: по-перше, питання про неконституційність закону або іншого акту, якщо ці акти вже опубліковані і набули чинності. По-друге, Верховний суд вирішує питання про конституційність акту не взагалі, не в окремому провадженні, а лише у

зв'язку із слуханням якої-небудь судової справи, вирішуючи таким чином «долю закону на основі справи». По-третє, у випадку, якщо акт буде визнаний неконституційним, то він втрачає юридичну силу. За 190 років Верховний суд США визнав неконституційними більше 122 положень федеральних законів (повністю або частково). Конституційний контроль у США породжений принципом верховенства права і служить реалізації системи стримувань і противаг у державному механізмі країни [135, с. 43]. Слід зазначити, що Верховний суд США і Верховні суди штатів не зобов'язані дотримуватися власних рішень і можуть змінювати свою практику. До того ж, правило прецеденту відноситься до компетенції штатів і діє в межах судової системи відповідного штату [92]. Що не скажеш про практику країн романо-германської правової системи.

Верховний Суд США, вирішуючи питання про відповідність акту Конституції, виходить перш за все із власної інтерпретації її положень. Ерік Дж. Сігал, цитуючи американського суддю Р. Познера, зазначає, що дотримання Конституції означає не дотримання її тексту, а повагу до його інтерпретації Верховним Судом. Конституційне право, створюване суддями, набагато більшою мірою спрямоване на створення правил, які мають сенс сьогодні, ніж на тлумачення старого та часто застарілого документа [217]. У той же час судді відмічають, що сама Конституція обмежує судовий розсуд, визначаючи Конгрес, а не суди, як законотворчу гілку влади [244]. У цьому зв'язку в науковій літературі США відмічається, що оскільки мають місце різні погляди на те, як судді можуть якнайкраще діяти для просування волі законодавчої влади, вони виступають за різні способи тлумачення і звертаються до різних інструментів для отримання доказів об'єктивного наміру Конгресу [244].

Як при інтерпретаційній діяльності, так і при доцільності вирішення Верховним Судом США питань політичного значення існують різні концепції. Основні й прямо протилежні: концепція «судової стриманості», відповідно якій негативний правотворець повинен утримуватися від

вирішення «політичних» питань та «судового активізму», при якій вирішення таких питань допомагає суддям бачити межі своїх повноважень.

У правовій доктрині зазначається, що ці види втручання повністю сумісні з участю «негативного законодавця», коли судовий орган не має творчих повноважень щодо розробки політики. Але в разі мажоритарного перегляду цей «негативний законодавець» є дуже активним; не тому, що суд уповноважений нав'язувати власні політичні переваги обраному законодавчому органу, а тому, що Конституція вимагає від нього скасовувати звичайне законодавство, яке не відповідає мажоритарним перевагам, закріпленим у самій Конституції [219].

Виходячи з вищевикладеного, можна зробити висновок, що негативний правотворець при встановленні конституційності правових актів за англо-американською правовою системою не може обмежитися роллю негативного законодавця і ніколи не обмежувався нею. Більш того, Верховний Суд США, виконуючи роль «негативного правотворця», модернізує право, враховуючи як конституційні принципи, так і сучасний стан правової реальності.

Здійсненням негативної правотворчості в приватно-правових відносинах, як і у Великій Британії активно займаються юридичні фірми, здійснюючи правову експертизу. Така діяльність може здійснюватися як при підготовці до судового розгляду, так і як надання окремої послуги, метою якої є встановлення правовідповідності документів актам вищої юридичної сили. Така діяльність відповідно потребує застосування юридичної технології правової експертизи.

Експертизою документів тут вважається процес ретельного аналізу документів, пов'язаних із будь-якою юридичною справою, та успішного виявлення документів, що належать до справи, також відповідних, привілейованих та конфіденційних документів, які необхідно відредагувати, та документів, які можуть допомогти у вирішальному успіху справи: ключові чи гарячі документи. Інші документи, які не мають відношення до справи, мають бути віднесені до категорії невідповідних. Весь цей процес

класифікації, ретельного вивчення, перевірки та систематизації кожного документа, пов'язаного з юриспруденцією, складає процес аналізу документів [240].

Адвоката, який займається лише перевіркою документів, часто називають адвокатом із перевірки документів. Цей адвокат не займається юридичною практикою в якомусь значущому сенсі, і він не бере участі у справі, не обмежуючись переглядом документів та позначкою тих, які можуть стосуватися справи. Він не взаємодіє з клієнтами і не вносить нічого оригінального у процес. У деяких фірмах є відділи аналізу документів, що складаються з постійних юристів, єдиним завданням яких є аналіз документів, але найчастіше таких юристів наймають на неповний робочий день, на контрактній основі, а то й зовсім віддають на аутсорсинг. Коли перевірку документів закінчено, то, як правило, і їхня робота теж [233].

Американські «негативні правотворці» приватного права, серед яких присутня велика конкуренція розуміють, задля встановлення правовідповідності юридичних актів необхідно мати «пильне око», щоб шукати і знаходити те, що потрібно знайти або навіть не знайти. Саме тому, юридичні компанії створюють команди з природними талантами та особливим інтересом до процесу перевірки документів, використовують найкращі інструменти для автоматизації або штучний інтелект з правильними правилами для пошуку правотворчих та правозастосовних помилок.

Отже, негативна правотворчість в англосаксонській правовій сім'ї породжена принципом верховенства права. Щодо країн із загальною системою права також відмічається, що ключовим суб'єктом правотворчості є суддя, відповідно при встановленні правовідповідності суддя також грає ключову роль. Підтвердженням цього є правові аксіоми, що характеризують систему загального права, зокрема: «право є лише там, де існує судовий захист», «закон — це те, що говорять судді» та ін. [100, с. 170].

Негативний правотворець загального права вирішує питання правовідповідності юридичного документу не в окремому провадженні, а у зв'язку із слуханням якої-небудь судової справи, що не скажеш про практику країн романо-германської правової системи. Проте, негативна правотворчість здійснюється й іншими суб'єктами, які будучи експертами у своїй галузі також встановлюють правовідповідність: чи то органи, що діють при парламенті, чи експерти юридичних фірм, що використовують негативні юридичні технології задля встановлення правовідповідності в корпоративних відносинах.

3.2. «Негативна» правотворчість у романо-германській правовій сім'ї

Одними з найхарактерніших рис романо-германської правової сім'ї є наявність писаної Конституції, норми якої вважаються найбільш авторитетними, кодифікація законодавства, а також відсутність правотворчої функції в судової гілки влади на законодавчому рівні. Саме ці ознаки обумовлюють специфіку здійснення негативної правотворчості в країнах романо-германської правової системи.

Із загальнотеоретичної точки зору особливо актуальним є дослідження негативної правотворчості в країнах континентального права, оскільки в контексті євроінтеграції України кількість правових актів зростає і питання їх якості вимагає посиленої уваги. Відтак, Загальнодержавна програма адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу передбачає, що проекти законів і інших нормативних актів, які за предметом правового регулювання належать до сфер, правовідносини в яких регулюються правом Європейського Союзу, підлягають обов'язковій експертизі на відповідність *acquis communautaire* (правова система Європейського Союзу) [204].

Концепція, яка розроблена в правових системах романо-германського типу, полягає в тому, що правові норми можуть бути виведені не тільки з нормативно-правових актів, а й із загальних принципів права, що дає можливість судам та іншим суб'єктам права застосовувати право навіть в умовах відсутності відповідних правових приписів [182, с. 70].

У праві Європейського Союзу існує своя власна, властива йому сукупність принципів. Деякі з них схожі з принципами інших правових систем (внутрішньодержавного і міжнародного права), а деякі мають особливу юридичну природу. Усі принципи права Європейського Союзу поділяють на декілька груп, які різняться за своїм призначенням і сферою дії:

- принципи верховенства й прямої дії права Європейського Союзу, що визначають його співвідношення з правовими системами держав-учасниць;
- загальні принципи права — початкові засади правового регулювання, які діють в усіх сферах відання Союзу і властиві також іншим демократичним правовим системам;
- спеціальні принципи права Європейського Союзу, що мають силу в рамках окремих галузей або сфер його правового регулювання;
- принципи діяльності Європейського Союзу, які визначають порядок реалізації Євросоюзом наявної у нього компетенції [141].

О. В. Стрельцова приходять до висновку, що дійсність нормативно-правових актів ЄС у вирішальній мірі визначається тим, наскільки ці акти відповідають за своїм змістом не тільки установчим договорам, але й загальним принципам права. Наявність невідповідності у випадку порушення справи про анулювання нормативно-правових актів, прийнятих інститутами ЄС, в Суді ЄС буде слугувати безперечною підставою для їх скасування. Це дозволяє говорити про загальні принципи права як про вище, «надпозитивне джерело права ЄС», яке є критерієм легітимності законодавства, що приймається інститутами ЄС і застосовується у випадку прогалин у ньому [170, с. 268–269].

Одним із найавторитетніших суб'єктів здійснення негативної правотворчості в континентальній правовій сім'ї є орган конституційної юрисдикції, який встановлює правовідповідність серед юридичних актів та їх частин шляхом визнання їх (не) конституційності. Тож, на відміну від американської моделі конституційного контролю, який здійснюють як звичайні суди, так і найвищі судові інстанції в континентальній правій сім'ї цю функцію виконує спеціалізований орган.

Здійснення негативної правотворчості органом конституційного контролю дозволяє розв'язати справжній дискурс щодо креативності права, співвідносності закону зі справедливістю, а також неправотворчих за своєю природою органів у процесі його застосування. Як відзначає український правознавець А. А. Козловський: «... увесь правотворчий і правозастосовчий процес здійснюється через розв'язання низки пізнавальних проблем герменевтичного плану: необхідність розуміння соціальної ситуації, з'ясування форм її правової регламентації, роз'яснення основних положень законодавчого проекту, офіційне тлумачення прийнятого закону, неофіційні інтерпретації окремих його приписів у процесі реалізації та застосування права тощо» [80, с. 39].

«Негативний правотворець» повинен пізнати право в його цілісності й доконечності, підтримувати ієрархію нормативно-правових актів. Дане твердження відповідає позиції вітчизняних вчених одеської школи права В. В. Дудченко, М. Р. Аракеяна, В. В. Завальнюка, які наголошують: «... цілісністю права є джерела права в їх ієрархії, а доконечністю — справедливість. Термінами «ідея» або «дух» права й позначають зазначену цілісність і доконечність. В ідеї права укорінені його першоджерело, субстанційна сутність, істина, смисл, цінність, значення і мета. Для юриста ідея права є передумовою пізнання феномена права [49, с. 106].

Тлумачення, що дається негативними правотворцями при розгляді справи про відповідність законодавчих актів Основному Закону є свого роду «добудовою права». Більше того, Ю. В. Мелякова зазначає, що рішення

Конституційного Суду, якими скасовуються закони шляхом визнання їх «такими, що не відповідають Конституції», вочевидь, не є судовими рішеннями, до того ж вони, на відміну від прецедентів та інших форм судової правотворчості, не мають зворотної сили в часі. Проте, ці конституційно-правові рішення несуть офіційний, об'єктивний і обов'язковий зміст та являють собою справжній зразок продукту герменевтичної практики в галузі права [116, с. 128].

Виконуючи свою місію по забезпеченню конституційного правосуддя і гарантування верховенства Конституції в правовій системі, конституційні суди виконують особливі функції, визнаючи закони та підзаконні акти як такі, що суперечать Основному закону і, таким чином, виконують обов'язки по усуненню незаконних положень із правової системи. Виступаючи в якості негативних правотворців, Конституційні суди засновують свою роль на двох стовпах: принцип верховенства права й вимога нейтральності (Угорщина). У цьому контексті слід згадати позицію Іспанії, яка підкреслює, що ліберальний принцип верховенства права вимагає, щоб Конституційні суди були якомога більш нейтральними у своїй діяльності [221].

Дослідження та порівняння діяльності «негативних правотворців» у провідних системах континентального права є також важливим для вітчизняної юридичної практики. Зарубіжний досвід у поєднанні з особливостями національної правової системи є запорукою успішного розвитку даного правового феномену. Виходячи з цього, пропонується розпочати аналіз негативної правотворчості на прикладі країни, правова система якої має достатньо суттєве значення для країн континентального права — Федеративної Республіки Німеччини.

Погоджуємось із тим, що в Конституційного Суду ФРН простежуються правотворчі повноваження в частині скасування нормативних приписів. Так як, згідно зі ст. 78 Закону про Федеральний Конституційний Суд, якщо Федеральний Конституційний Суд зробить висновок, що федеральний закон не відповідає Основному закону або що закон землі не відповідає Основному

закону чи іншому федеральному закону, то він оголошує закон таким, що не має сили. Так само, відповідно до відсилочного припису ст. 82 до ст. 78 цього ж Закону, при розгляді питання щодо відповідності закону землі чи іншого правового акту землі федеральному закону суд визнає такі акти недійсними [169, с. 124].

Більше того, Ральф Бюнгер звертає увагу на особливості історичного розвитку та сучасного стану правотворчості у Федеративній Республіці Німеччині та інформує, що відповідно до законодавства ФРН правотворчість є одним з головних завдань суддів, але лише після перевірки закону за чотирма основними критеріями: відповідність існуючому законодавству, а також історичне, теологічне та системне тлумачення. Лише після виявлення прогалин у законах судді можуть користуватись правом на правотворчість [173].

Серед країн романо-германської правової сім'ї слід також виділити Французьку Республіку, в якій контроль за відповідністю правовим актам Конституції Франції здійснює Конституційна рада. Існування цього органу конституційного контролю в Конституції чи інших законах не передбачено з точки зору інстанцій і процедур розслідування правових прогалин, викликаних законодавцем. При виконанні своїх конституційних функцій Конституційна рада застосовує механізм запобігання правових прогалин.

Діяльність Конституційної ради спрямована на здійснення відповідної експертної оцінки конституційності законодавчих актів і поширюється на законопроекти, що обговорюються у парламенті, та закони, що вже ним прийняті, до промугації [190].

Функції Конституційної ради нагадують функції конституційного суду в інших країнах, проте в ряді пунктів вони істотно відрізняються. Рішення цього «негативного правотворця» має відмінності від інших, хоча б з тієї причини, що воно не є судовим за своєю сутністю і формою. Однією з особливостей також є те, що окремі думки суддів, не згодних із думкою більшості, не публікуються. Тут можна спостерігати за різницею між цими

інститутами в правових системах, адже, наприклад в США, окремі думки публікуються одразу, навіть перед рішенням більшості. Основною функцією Конституційної ради залишається попередній конституційний контроль нормативно-правових актів, тобто всі такі акти розглядаються Конституційною радою до їх офіційного опублікування. Нагадаємо, що функція наступного контролю, почала діяти після конституційної реформи 2008 р. Процедура попереднього розгляду законопроектів була по суті складником законотворчості.

А. І. Ірклієнко зазначає, що рішення Конституційної ради відрізняються формальністю і стислістю. Рішення може займати буквально кілька абзаців. Найчастіше Конституційна рада просто посилається на конституційну норму або обмежується фразою «дані положення не суперечать Конституції», мінімально роз'яснюючи і обґрунтовуючи свою позицію [67, с. 139]. Конституційна рада може змінювати момент набрання рішенням чинності, відкладаючи його або встановлюючи для нього особливий порядок. Таким чином, діяльність французького органу конституційного контролю розкривається у якості «негативного правотворця» як на стадії попереднього контролю, так і під час наступного.

Встановлення правовідповідності є основною метою органу конституційного контролю у Франції. Такий висновок випливає з того, що: «сучасне доктринальне тлумачення принципу законності у французькій правовій доктрині пропонує визначати даний принцип як частину більш загального принципу, яким встановлюються вимоги щодо дотримання всієї сукупності правових норм. Таким загальним принципом, який має засадниче, основоположне значення, визнається принцип верховенства права. Обрання саме такого засадничого принципу відповідає вимогам щодо визнання, утвердження та забезпечення реалізації принципу верховенства права, що знайшли своє відображення в основних джерелах європейського та міжнародного права» [58].

Австрійська Республіка при здійсненні негативної правотворчості відшукала дорогу, яка не забезпечує ще змісту законів, однак дає гарантії того, що право буде шануватись. Так, суддя Федерального адміністративного суду Австрії, відділення у Граці Ева Вендлер, з огляду на досвід Австрії, зазначила, що Конституційний суд може визнати закон неконституційним і таким, що не має юридичної сили. Таке судове рішення зазвичай набирає чинності за принципом «ex nunc» (починаючи з цього моменту) і дійсне тільки на майбутнє, а всі колишні наслідки дії неконституційної норми або акту залишаються в силі. Однак Суд може відкласти таке набуття чинності на строк до 18 місяців, щоб надати законодавцеві можливість виправити дефективний закон. Протягом певного періоду часу закон, який був визнаний неконституційним, залишається чинним. Якщо Конституційний суд не ухвалює іншого рішення, скасування чинності закону не має зворотної сили, за винятком тієї справи, яка перебувала в процесі судового розгляду [208].

Щодо виконання рішень «негативних правотворців» І. К. Полховська та В. А. Пахомова зазначають, що Австрійська Республіка є однією з небагатьох країн, де визначаються особи, на яких покладається виконання рішень конституційних судів. Так, приміром, Конституція Австрії покладає виконання рішень Конституційного Суду на Федерального Президента. Виконання здійснюється уповноваженими за його вказівкою і на його розсуд органами Федерації чи земель у тому числі федеральною армією [131, с. 215–216].

Привертають увагу й наслідки здійснення негативної правотворчості в Литві. Так, якщо закон скасовується як неконституційний, то з дня набрання сили цим рішенням, якщо в ньому не встановлено іншого, знову набувають чинності положення, які були змінені законом, визнаним неконституційним. Голова Конституційного Суду України (2007–2010 р.р.) А. А. Стрижак відмічає, що основний аргумент на користь рішення про поновлення правових норм, які втратили законну силу через визнання їх неконституційними, полягає в тому, що «маються на увазі не повноваження

конституційних судів щодо поновлення юридичної сили норми, яка була скасована або змінена неконституційним правовим актом, а поновлення таких норм як юридичний наслідок рішення, яким констатується неконституційність правового акту, що скасував або змінив попереднє правове регулювання, прямо передбачене в конституції (законах) держави [171].

Підіймається також питання співвідношення негативної правотворчості з позитивною на різних рівнях у країнах з романо-германською правовою системою. Наприклад, розглядаються взаємини між Конституційним Судом Республіки Хорватії в якості негативного законодавчого органу й парламентом Хорватії в якості позитивного законодавчого органу по так званій моделі конституційної юриспруденції Кельзена. Зазначається, що, виконуючи свої функції, визначені в межах його юрисдикції, Конституційний суд Республіки Хорватія повинен дати відповідь не лише на питання про відповідність закону та Конституції, але й на більш складне питання стосовно того, що є відповідним до закону та відповідним до Конституції, виходячи з їх співвідношення, яке спирається на найвищі цінності конституційного ладу. Для того, щоб знайти такі відповіді за характером речей, Конституційний Суд повинен застосовувати активний підхід при тлумаченні Конституції Республіки Хорватія, застосовуючи еволюційний принцип із застосуванням насамперед системного та телеологічного методу. Природно, це призводить до постійного виходу в більшій чи меншій мірі повноважень Конституційного Суду як негативного законодавця в поле дії позитивного законодавця [230].

Рішення Конституційного суду Хорватії загалом є обов'язковими, однак були випадки, коли суди повторювали свою правову позицію, спираючись на норми так, як вони виписані, не перевіряючи, чи ці рішення можуть порушувати права людини, чи не є вони незаконними або неконституційними з інших причин. Тоді Конституційному суду Хорватії доводилося знову

скасовувати такі ухвали в конституційних провадженнях на підставі конституційних скарг [208].

Слід відмітити, що і в судовій практиці негативного правотворця, і законодавчій практиці парламенту Хорватії існують різні форми їх взаємовідносин. На думку М. Арловича, це не просто наслідок бажання позитивного та негативного законодавця поводитись таким чином, а насамперед наслідок їх діяльності щодо здійснення своїх повноважень з метою виконання поставлених їм завдань в умовах перехідних процесів, які Республіка Хорватія переживає, з одного боку, і розвивальну роль, яку конституційно-правовий порядок передбачає для цих процесів та інститутів [230].

Іншим прикладом, де простежується розвиток негативної правотворчості є Конституційний Суд Румунії, що належить до європейської моделі й відходить від своєї традиційної ролі «негативного законодавця», — що стосується ефекту його актів, який полягає у вилученні з правової системи цих норм, що суперечать Основному Закону, — стаючи певною мірою «позитивним законодавцем». Офіційні тлумачі Конституції, беруть на себе іноді роль співзаконодавців, створюючи положення, які вони виводять із Конституції, контролюючи відсутність законодавства чи законодавчі пропуски, і розкриваючи зміст конституційних і навіть неконституційних норм відповідно до Конституції в їхній судовій практиці, наслідками якої є не що інше, як конкретні форми «імпульсу» чи «примусу» законодавця діяти в певному сенсі, і постійний розвиток яких спрямовує еволюцію всієї правової системи. Обрана прецедентна практика представляє шляхи, по яких Конституційний Суд Румунії асоціюється з законотворчою діяльністю. Не зводячи жодним чином до мінімізації своєї традиційної ролі «негативного законодавця» [229].

Вже наголошувалось на тому, що негативна правотворчість має вагоме значення при наявності прогалин та колізій у законодавчій базі будь-якої країни. Як правило, виявлення прогалин у законодавстві пов'язане з

відсутністю певних положень, які повинні були б бути прийняті, або наявністю суперечливих норм. Відсутність такого правового регулювання (з недовіками) звичайно ставить під сумнів його відповідність Основному Закону держави. При виявленні таких випадків негативні правотворці застосовують свого роду «методологію розслідування», тобто використовують різні методи тлумачення законів або їх комбінації [9, с. 29–31]. Загалом, конституційні суди країн континентального права виходять із того, якщо норма визнана судом такою, що не суперечить Конституції, то вона зберігає юридичну силу і діє саме в межах даній їй конституційно-правовій інтерпретації. Така норма може діяти і застосовуватися тільки в нормативній єдності з рішенням конституційного суду, яким підтвердили її конституційність.

Визнаючи закони або окремі законодавчі норми неконституційними, органи конституційної юрисдикції можуть тим самим інколи створювати прогалину в правовому регулюванні, оскільки неконституційні положення вилучаються з правової системи. Проте, аналіз діяльності негативних правотворців країн романо-германської правової системи свідчить про існування різних засобів юридичної техніки, що використовується ними для уникнення прогалин у праві, які можуть виникнути в разі прийняття ними рішення про визнання закону або іншого правового акту (його окремого положення) таким, що суперечить конституції держави [22, с. 73].

Тільки за умови застосування всіх інструментів правової техніки розкривається зміст і сутність правового регулювання, закріпленого в нормативно-правових актах. Розкриваються його специфічні особливості та недоліки, а також відзначається відсутність правового регулювання, коли така відсутність суперечить Конституції.

С. Л. Вдовіченко серед правових засобів, що використовують зарубіжні конституційні суди задля уникнення прогалин, які можуть виникнути внаслідок прийнятих ними рішень, виокремлює такі:

- відтермінування офіційного опублікування рішення (Литва, Польща);

- встановлення рішенням пізнішої дати набрання ним законної сили (Вірменія, Естонія, Туреччина, Чеська Республіка);
- констатація конституційним судом того, що оспорюваний правовий акт тимчасово відповідає конституції, і вказівка на те, що цей акт суперечитиме конституції, якщо не буде змінений до визначеного терміну (Латвія, Словенія, Хорватія, Угорщина);
- визнання правового акта таким, що суперечить конституції внаслідок законодавчого упушення, без виключення його з правової системи, або оголошення акта недійсним (ця техніка застосовується, зокрема, конституційними судами Естонії, Іспанії, Німеччини, Хорватії);
- поновлення раніше чинного правового регулювання (Австрія, Болгарія, Латвія, Литва, Німеччина) тощо [22, с. 76].

Противники існування негативної правотворчості, в рамках континентальних правових систем (в силу їх типологічних особливостей, закономірностей їх формування і розвитку і т. д.) зазначають про відсутність судової правотворчості як джерела права, що навпроти характерно для системи загального права. Стверджується, що акти Конституційного суду є актами правозастосовними. Проте, якщо вважати, що рішення суду про скасування того чи іншого нормативного акта породжує нові права й обов'язки учасників суспільних відносин, то можна прийти до висновку, що таке рішення виявляється нормотворчим. Більш того, рішення Конституційного Суду є джерелами права особливого роду. В сучасній теорії джерела права, своєрідність кожного джерела права, не впливає на опис їх загальної атрибутики як форми, в якій втілюються (легітимізуються і фіксуються) юридичні норми, тим паче, що система національних джерел права не є одномірною.

У контексті того, чи є рішення Конституційного суду джерелом права, необхідно виявити способи впливу рішень негативної правотворчості на правову систему й форму його прояву. Адже саме повноваження зі скасування неправовідповідних юридичних актів і відіграють головну роль у

діяльності органу конституційного правосуддя у здійсненні контролю за конституційністю нормативно-правових актів [10, с. 191]. У цьому зв'язку А. М. Івановська зауважує, що визначальним фактором для характеристики поняття конституційного контролю є загальна ідея, що обґрунтовує необхідність існування інституту конституційного контролю і специфіку його завдань. Одним із таких завдань авторка виділяє забезпечення верховенства Конституції у внутрішній правовій системі, — в рамках цього завдання відбувається утвердження Конституції як головного джерела права, що володіє вищою юридичною силою. Діяльність органів конституційного контролю дозволяє дискваліфікувати будь-який нормативний правовий акт, щодо якого встановлено його невідповідність основному закону [64, с. 132–133].

Щодо конституційного контролю, слід зазначити, що по часу застосування він може бути попереднім і наступним. Визначальним у даному випадку є момент контролю. При попередньому конституційний контролі перевірка акта здійснюється до його вступу в силу, до промугації главою держави, якщо мова йде про перевірку конституційності й законів. Наступний конституційний контроль — контроль після набрання актом чинності. Прикладом попереднього конституційного контролю може служити контроль у Франції, прикладом подальшого — контроль у Німеччині. Негативна правотворчість може мати свій прояв і на стадії попереднього контролю, але, звичайно, її результат матиме лише рекомендаційний характер, на відміну від рішень, що приймаються на стадії подальшого конституційного контролю.

З точки зору юридичної техніки, перевірка конституційності нормативно-правових актів полягає у співставленні тексту акту, який підлягає перевірці з текстом Основного Закону держави. Відповідно, така процедура може проводитися за різними напрямками. В даному випадку такий контроль як і саме поняття може бути зовнішнім (коли порядок видання (прийняття) нормативно-правового акту не відповідає порядку

встановленому Конституцією) та внутрішнім — має місце, якщо сам зміст нормативно-правового акту суперечить Конституційним нормам. Вважається, що в обох випадках досягається одна мета — юридичними засобами встановлюється відповідність чи невідповідність правових норм Основному Закону держави.

Конституційний контроль може мати консультативний або обов'язковий характер. Відповідно в першому випадку рішення не володіють юридичною силою, і як правило, чітко регламентовані. Щодо консультативного можна відмітити наступні риси:

- консультативний конституційний контроль не пов'язує ініціаторів запиту;
- висновок органу контролю в такому разі не має юридичної сили;
- рішення такого роду можуть служити приводом для протестів з боку противників акту (що властиве і обов'язковому контролю).

Контроль такого характеру може здійснюється державними радами в Бельгії і у Франції, вони мають право висловлюватися по запропонованим їм на розгляд актам з точки зору їх відповідності Основному Закону.

Д. С. Терлецький, Ю. Д. Батан, В. І. Запорожець у цьому зв'язку підкреслюють, що обов'язковий конституційний контроль є виправданим лише, якщо він здійснюється в попередньому порядку (превентивно) і за умов концентрованої моделі. Факультативний конституційний контроль означає, що конституційний розгляд не має обов'язкового характеру й може бути ініційований повноважним на те суб'єктом, якщо останній вбачатиме необхідність у цьому. Факультативний конституційний контроль виступає основною формою діяльності органів конституційного контролю, застосовується в переважній більшості країн, виникає виключно з необхідності і цілком залежить від волі суб'єкта, наділеного правом ініціативи конституційного розгляду. Водночас факультативний контроль може бути попереднім і наступним і здійснюється в умовах концентрованої та дифузної моделей [177].

Саме обов'язковий конституційний контроль властивий *ex-ante*, тобто для попереднього перегляду актів (Вірменія, Румунія, Мексика, Франція). Зазвичай ідеться про перевірку конституційності змін до конституції, ухвалення органічних (конституційних) законів або ратифікацію міжнародних договорів. Проте в більшості випадків домінує все ж факультативний (ініціативний) конституційний контроль, коли конституція тільки гарантує право й підстави для звернення, а питання звернення є виявленням волі самого суб'єкта [84, с. 500–501]. В Азербайджані, наприклад, віддано перевагу факультативному контролю, оскільки інститут обов'язкового контролю не передбачений Конституцією. В Угорщині здійснюється факультативний контроль за законами, які вносять зміни до самого Основного Закону, до підписання їх президентом.

Досліджуючи негативну правотворчість Республіки Польща, можна сказати, що тут діяльність «негативних правотворців» досить стабільна й регламентована. До прикладу, Конституція Республіки Польща також передбачила два види конституційного контролю, а саме попередній (превентивний; *a priori* — ст. 122 Конституції [199, с. 44]) та наступний (репресивний; *a posteriori* — ст. 193 Конституції [199, с. 65]) конституційний контроль.

Аналізуючи норми Основного Закону Республіки Польщі, слід констатувати, що польські негативні правотворці (судді Конституційного Трибуналу Польської Республіки) наділені компетенцією здійснювати контроль конституційності міжнародних договорів, а також приписів права, виданих центральними державними органами в рамках процедури попереднього та наступного, абстрактного та конкретного конституційного контролю. Більше того, суб'єкти здійснення негативної правотворчості користуються суттєвою підтримкою серед населення. Так, польські громадяни, розуміючи, що в країні є політичний тиск на Конституційний трибунал Республіки Польща, здійснюють протести на захист і підтримку органу конституційного контролю [66].

Виходячи з вищевикладеного щодо негативної правотворчості публічного права, а саме встановлення (не) конституційності правових актів у різних правових системах, бачиться, що однією з основних відмінних рис, — є здійснення цієї функції різними органами: спеціалізованим органом конституційного правосуддя в європейських країнах (Конституційний Суд, Конституційна Рада) і всіма судами загальної юрисдикції разом із найвищим судом — Верховним Судом у країнах англо-американської правової сім'ї.

Наступною відмінністю є те, що американській системі властивий вид наступного контролю, а не попереднього судового контролю (на відміну, до прикладу, від правової системи Французької Республіки), що посилює роль інституту судового контролю і роль Верховного Суду США у правовій системі до «фінального» рішення і чи не до так званого «судового вето». Вид наступного судового контролю відповідає прецедентному методу англосаксонського загального права, який має ретроспективну направленість. Тобто норма виробляється на основі вже скоєного порушення [231].

Так, Є. Ю. Терюкова зазначає, що орган конституційного правосуддя проводить дослідження відповідності норм акта, який перевіряється нормам Конституції і, в разі виявлення протиріччя, акт, що перевірявся скасовується, втрачає силу повністю або в частині, визнаною неконституційною. Таким чином, наслідки рішення органу конституційного правосуддя в разі визнання акта неконституційним, є неминуча зміна в системі норм, тобто в праві держави. А оскільки правотворчістю є створення будь-якої нової сукупності норм-нового права (в тому числі скасування частини норм), то очевидно, що органи конституційного правосуддя, при здійсненні подібної діяльності (контролю за конституційністю актів), одночасно є правотворцями [178].

Формально рішення «негативної правотворчості» позбавлені самої суті нормативно правового акту, а тому їх часто не включають до переліку повноцінних джерел правового регулювання. Звичайно, якщо враховувати, що правотворчість — це не тільки видання нових норм права, їх зміна й доповнення, але і їх скасування, то можна прийти до висновку, що

Конституційний Суд в цій своїй якості виступає своєрідним правотворчим органом із негативною (такою, що скасовує) функцією, і його постанови про визнання нормативних юридичних актів неконституційними є джерелами права. Така позиція просліджується серед вчених і практиків у більшості країн з романо-германською правовою системою [16, с. 63].

Негативна правотворчість приватного права також достатньо популярна в країнах континентального права. У більшості країн ЄС процедура відкриття компанії взаємопов'язана зі здійсненням процедури негативної правотворчості. У цьому зв'язку, технологію правової експертизи юридичних документів застосовують навіть при незалежній оцінці установчих документів перед їх підписанням і реєстрації компаній. Відтак, якщо після перевірки на відповідність праву ЄС виявиться, що установчі документи містять порушення — це може призвести до відмови у реєстрації.

На сьогодні користується попитом відкриття компаній та ведення бізнесу в Німеччині, оскільки країна відрізняється високим рівнем стабільності у сфері економіки та розвитку підприємництва. GmbH є найбільш популярною правовою формою підприємств у 2022 році [210]. Задля внесення GmbH в Торговий реєстр однією з вимог є правильність та правовідповідність установчих документів компанії, перевірку яких здійснює суддя Торговельного реєстру. Також нотаріус може направити документи в реєстраційний суд. Отже, як нотаріус (попередньо), так і реєстраційний суддя може здійснювати негативну правотворчість, встановлюючи правовідповідність установчих документів компанії, використовуючи при цьому технологію правової експертизи документів.

У Литовській Республіці, при реєстрації компаній перед підписанням статуту, здійснюється його оцінка незалежним оцінювачем [147], що також свідчить про негативну правотворчість.

Негативна правотворчість має місце й у договірних відносинах. По-перше, при укладенні договорів, як правило, здійснюється їх правова експертиза юридичними відділами компаній, або ж юристами за договорами

аутсорсингу тощо. Якщо результатом такої перевірки є негативний висновок експерта, що має перелік тих чи інших невідповідностей договору нормам права, має місце негативна правотворчість превентивного характеру, оскільки це лише рекомендаційний висновок задля усунення недоліків, після чого договір може бути укладений і, відповідно, мати юридичну силу.

По-друге, якщо договір укладено й після цього в ньому знайдено недоліки, оспорювання, як правило, здійснюється в судовому порядку. Відповідно, якщо під час розгляду справи, суд встановить невідповідності в договорі, якими порушуються норми актів вищої юридичної сили, такий правочин буде визнано недійсним. У такому випадку, має місце судова негативна правотворчість, яка вже набуває публічного характеру так, як суд є державним органом (виключення становить комерційний арбітраж).

У цьому аспекті варто звернути увагу на механізм позасудового оспорювання правочинів відомий праву багатьох європейських держав. Р. І. Таш'ян, розглядаючи питання позасудового оспорювання недійсних правочинів, звертає увагу на досвід таких європейських країн як: Німеччина, Нідерланди та країни Скандинавії.

Відтак, автор зазначає: «Найбільш повно модель позасудового оспорювання правочинів реалізована в Німеччині. Оспорювання правочинів може здійснюватися у випадках, передбачених Цивільним кодексом Німеччини (BGB), а також Законом про оспорювання (Anfechtungsgesetz) та Положенням про неплатоспроможність (Insolvenzordnung). І далі, для визнання правочину недійсним, обов'язковим є доведення заяви про оспорювання до відома другої сторони або іншого суб'єкта. Наприклад, за Принципами європейського договірного права (Розділ IV), оспорювання має бути доведено до відома іншої сторони, і до одержання іншою стороною правовий результат оспорювання не настає. Таке повідомлення має бути здійснено протягом розумного строку, залежно від обставин, після яких сторона дізналася або мала дізнатися про відповідні факти або для неї стало можливо заявити про оспорювання. Якщо ж сторона, яка має право на

оспорювання, підтвердила договір, вона позбавляється цього права (ст.ст. 4:112–4:114)» [175, с. 82].

Таким чином, можна прийти до висновку, що негативна правотворчість (фактичне скасування неправовідповідного акту) у таких випадках має місце у разі, якщо оспорювання, яке почала одна сторона договору підтвердить опонент. Виходить, що суб'єктом її здійснення є сторона договору, яка після аналізу правових приписів і фактичних обставин справи виявила в акті недоліки.

Повертаючись до відповідності правових приписів загальноправовим принципам, варто зазначити, що така необхідність їх дотримання існує не тільки в актах публічного права, але й в приватно-правових відносинах також. Спеціальні принципи права Європейського Союзу, що мають силу в рамках окремих галузей або сфер його правового регулювання втілюються в договірних відносинах. Невідповідність умовам контракту вищезазначеним принципам, може призвести до визнання договору недійсним. У цьому зв'язку для контрагентів важливим є проведення превентивної негативної правотворчості задля встановлення правовідповідності приписів контракту. При застосуванні технології правової експертизи особливу увагу слід приділити пошуку недоліків, які можуть бути пов'язані з порушенням принципів міжнародної торгівлі.

Президент Асоціації торгово-промислових палат Європи (Європалати) А. Барберіс зазначає, що усунення невідповідності між національними законодавствами країн, що регулюють договірні відносини сторін, є головною метою прихильників європейської інтеграції. Суб'єкти господарювання, що здійснюють міжнародні комерційні трансакції, дуже часто зазнають значних судових витрат через невідповідність законодавства контрагентів. Втрати міжнародної торгівлі через неоднакові норми договірного права в різних країнах важко підрахувати, натомість таку перешкоду не слід недооцінювати, особливо для розвитку єдиного ринку [143, с. 3].

Як правило, суб'єкти господарювання свої домовленості адаптують під міжнародні норми, й, у випадку непорозумінь, орієнтуються на загальновизнані правила та принципи міжнародної торгівлі: Принципи міжнародних комерційних контрактів (Принципи УНІДРУА) тощо. Відповідно контрагенти зацікавлені у встановленні правовідповідності їх контрактів, у тому, щоб договірні положення пройшли через правову експертизу й не суперечили зазначеним правилам. Інакше, негативну правотворчість будуть здійснювати арбітражні установи.

Враховуючи зазначене, доцільним бачиться узагальнення та систематизація типових недоліків у підготовці проєктів договорів. Причини недоліків можуть критися в процесі підготовки проєкту договору або його редагуванні. Навіть суто технічні помилки знижують рівень якості, спотворюють зміст та форму правових приписів договору. У таких випадках, окремим завданням технології правової експертизи договорів повинно бути не тільки виявлення помилок, а й їх узагальнення та систематизація, задля створення шляхів усунення недоліків і недопущення таких у подальшому.

Отже, для того, щоб мати повне уявлення про зміст права в країнах романо-германської правової сім'ї, недостатньо наявності лише знань про норми права, що містяться в офіційних джерелах, перш за все, у нормативно-правових актах. Право в країнах романо-германської сім'ї складається не тільки із законодавчих норм; воно включає також так звані «вторинні правові норми», що створюються в судовій практиці завдяки тлумаченню суддями законодавчих норм, уточнюють та доповнюють останні й містяться в судових актах. Норма, створена законодавцем, — це лише ядро, навколо якого обертаються «вторинні правові норми» [129, с. 96].

Окрім того, правові норми можуть бути виведені не тільки з нормативно-правових актів, а й із загальних принципів права, що дає можливість суб'єктам здійснення негативної правотворчості застосовувати право навіть в умовах відсутності відповідних правових приписів. Тлумачення, що дається негативними правотворцями при розгляді справи

про відповідність юридичних актів нормам вищої юридичної сили є свого роду «добудовою права». Таким чином, можна стверджувати, що акти негативної правотворчості є такими, що мають вторинний характер і доповнюють та вдосконалюють нормативно-правову базу країн з континентальною системою права.

Здійснення негативної правотворчості органом конституційного контролю в кожній державі має свої особливості. Очевидною рисою є відсутність на законодавчому рівні правотворчої функції в судовій гілці влади відповідно до принципу розподілу влади, а також окреме провадження для розгляду (не)відповідності правовим актам Основному закону. Рішення органів конституційного контролю за своєю сутністю не є судовими рішеннями у звичайному розумінні і являють собою зразок продукту герменевтичної практики в галузі права. Так, у процесі реалізації негативної правотворчості зникають одні правила та видозмінюються інші з метою врегулювання суспільних відносин та вдосконалення наявної системи права. Функція зі здійснення негативної правотворчості є додатковою, що нібито доповнює правозастосовну чи інтерпретаційну діяльність, компенсує недоліки формально-юридичних джерел права.

Негативна правотворчість приватного права також достатньо популярна в країнах континентального права. При здійсненні негативної правотворчості встановлюється правовідповідність, важливу роль при цьому відіграють загальноправові принципи. Всі ті природні критерії, яким мали відповідати юридичні акти в найкращі часи правового розвитку втілились у поняття «правовідповідність», а також в інші природні принципи, які активно застосовуються у правотворчості країн континентальної правової сім'ї.

3.3. Негативна правотворчість у невіддиференційованих правових системах

Як відомо, у віддиференційованих правових системах, право існує як відокремлене, порівняно самостійне явище по відношенню до релігії, моралі, звичаю, політики. У невіддиференційованих правових системах протилежна ситуація, тут право нерозривно пов'язане з іншими регуляторами і цінностями. І. Жаровська цитує Ю. М. Оборотова зазначає, що у складі останніх правових систем: релігійна правова сім'я; традиційна (звичаєво-правова) сім'я; євразійська (ідеологізована) правова сім'я; далекосхідна правова сім'я [60]. Х. Бехруз у цьому контексті додає, що порівняльне правознавство відображає також новий «шар» структури правової культури, покликаний сприяти цивілізованому співіснуванню різних правових систем, визнанню рівного статусу диференційованих і невіддиференційованих правових систем, подолання упередженого ставлення до різних правових проявів і коректного дослідження різних правових реалій у рамках правової карти світу [6, с. 49].

Варто зазначити, що існування невіддиференційованих та диференційованих правових систем — це два найважливіші напрямки правового розвитку, які багато в чому відображають відмінності в світосприйманні, ставленні до Бога, інших людей, традицій пращурів, які виражені в особливостях правового менталітету та сприйнятті інших правових культур [203].

Особливістю невіддиференційованого типу правових систем є те, що правові елементи тут тісно пов'язані релігійними та звичаєвими общинними нормами, а тому правові системи, що належать до цього типу, постають як догматизовані та традиційні системи. У масовому праворозумінні вони сприймаються як системи, в яких головною регулюючою силою є догмат віри, релігійне вчення, традиція. Л. А. Луць, у цьому зв'язку зазначає, що в релігійно-звичаєвому (традиційному) типі низький рівень нормативності пояснюється тим, що загальні правові засоби (а часто й позаправові засоби) мають перевагу перед спеціальними. Свою роль у зниженні рівня відіграє і недиференційований характер норми (нерозділеність нормативного та

індивідуального розпорядження, правових, моральних, релігійних, звичайних, традиційних правил), а звідси й специфічні способи об'єктивації (традиції, звичаї, релігійні джерела тощо) [105, с. 11].

Кількісний склад релігійно-общинних правових систем не може бути точно визначений в умовах сучасного сприйняття багатьох релігійно-правових компонентів правовими системами, чи то у зв'язку з відокремленням від інших правових утворень, як у випадку з диференціацією сім'ї соціалістичного права, чи з причин появи нових систем, зокрема, у межах африканського регіону під час переходу племінних відносин у нормативно регульовані традиційними для релігійно-общинного права нормами [55, с. 5].

В умовах розвитку всієї множини правових систем, що групуються в сім'ї права, особливий інтерес становить вивчення негативної правотворчості у невіддиференційованих правових системах. Яка роль традиції і звичаїв у контексті визнання тих чи інших правових актів недійсними та як бути у ситуації, коли норма права не створена конкретно історичним законодавцем, а адресована Богом? Виходить, що таке правило поведінки містить у своїй основі релігійні догми, віру, а не логічні, раціональні рішення і не може бути змінена, тим паче скасована. Така норма абсолютна, не може ж звичайна людина визнати Божу волю недійсною. З такої позиції, негативній правотворчості здавалося б не має місце в невіддиференційованих правових системах, особливо там, де релігія має значний вплив на регулювання суспільних відносин.

У цьому контексті особливу увагу привертає ісламське право, яке регулює суспільні відносини, що охоплюють понад 800 мільйонів людей у різних країнах. Законодавство багатьох держав світу містить положення стосовно того, що вони дотримуються принципів ісламу (Пакистан, Іран, Об'єднані Арабські Емірати і т.д.). Поряд із цим, правлячі кола країн ісламського світу використовують нову техніку та нові принципи організації громадсько-політичного життя, необхідність чого більш менш визнається

всім суспільством, для зміцнення своєї влади та звільнення себе від традиційних обмежень, перш за все обмежень з боку шаріату [98, с. 136].

Шаріатом називають систему норм та звичаїв, на яких будується ісламське право. Це зведення правових, морально-етичних і релігійних норм ісламу, яке містить норми державного, спадкового, кримінального і шлюбно-сімейного права, а також культових розпоряджень, що регламентують усе суспільне й особисте життя мусульман. Іншими словами, це звід правил поведінки мусульман на всі випадки життя [99, с. 206–207]. Вона заснована на Священних книгах мусульман — Корані та Суні, в яких зібрані правила, за якими мають жити мусульмани всього світу.

О. В. Маніліч слушно зазначає, що, всупереч традиційно-релігійній думці, світський законодавець не може змінити релігійні акти чи окремі релігійні норми, бо не є суб'єктом релігійної нормотворчості. Єдине, що в цьому випадку він може вчинити, — рекомендувати утриматися від застосування тієї чи іншої релігійної норми. З метою подолання таких суперечностей можуть прийматися нормативно-правові акти, що містять пряме чи опосередковане посилання на релігійні норми, з метою врегулювання суспільних відносин [109, с. 45–46]. Коли релігійна норма втілена в нормативно-правовий акт, прийнятий законодавчим органом влади, вона може втратити чинність чи бути зміненою, адже в цьому випадку скасованою буде не «воля Божа», а документ, створений людиною. Отже, визнати недійсними чи незаконними правила шаріату не в змозі навіть обраний правитель, а от поступово змістити шаріат шляхом звуження його дії, тлумаченням релігійних норм у світлі світової модернізації та заміною новим законодавством виявляється цілком можливим.

Поряд із релігійними нормами, застосовується «сучасне право» західного зразка і його роль поступово зростає. Більш того, негативному правотворцю не обов'язково в рішенні визнати ту чи іншу норму незаконною, достатньо просто її не використовувати у правозастосовній діяльності, і згодом така «застаріла» норма фактично втрачає свою юридичну

силу. Важливим при цьому є те, що модернізація ісламського права не значить, що воно втрачає свої первісні риси. Це, швидше, означає, що воно інтегрує правові принципи, виражені в категоріях і концепціях, з інтерпретацією традиційних методів і підходів.

Особливий інтерес становить інститут негативної правотворчості в Ізраїлі, де правова система об'єднала риси загального, континентального та характерні особливості національного права. Окрім того, там діють дві системи релігійного права — єврейська і мусульманська, які застосовуються до представників відповідних конфесій. Іудейському праву притаманний цілий ряд неповторних рис, які визначають його самобутність і які відрізняють його від інших релігійних систем. Людина не здатна змінювати або ж скасовувати релігійні норми, проте така необхідність пристосування релігійних та світських норм у життя викликала зростання значення інтерпретацій і тлумачення. Слід зазначити, що термін «законодавство» вживається в єврейському праві не в класичному розумінні як нормативно-правові акти уповноважених державних органів. Під ним мають на увазі акти, які прийняті авторитетними релігійними діячами — мудрецами, що встановлювали нові правила для віруючих [134, с. 76].

Не дивлячись на те, що Конституція у цій країні офіційно не прийнята (П'ятикнижжя, назване «Торою», що можна перекласти і як Закон перетворилося на конституцію єврейського народу), негативна правотворчість тут набула особливого розквіту. І якщо у країнах континентальної правової сім'ї негативна правотворчість публічного права, перш за все, пов'язана з функцією конституційного контролю і визнання нормативно-правових актів не конституційними, то в Ізраїлі цей правовий феномен має зовсім інші начала.

Так, Згідно із Законом про основні права 1980 р., правова система Ізраїлю стала повністю незалежною від англійської правової системи. Цей закон складається з двох статей. Перша — закріплює положення, згідно з яким рішення британської адміністрації про привілейований статус

англійського законодавства скасовуються. Друга — указує, чим повинен керуватися ізраїльський суддя у вирішенні спірних питань, а саме: якщо він не знаходить норму, що дозволяє вирішити спір, у писаному законі, судовій практиці, то він повинен ґрунтуватися на принципах свободи, справедливості, миру і спиратися на єврейські традиції [159, с. 91]. Тобто, законодавство Ізраїлю закріплює суддівський розсуд та судову правотворчість як таку. У випадку здійснення судової негативної правотворчості суддя має спиратися як на загальноправові принципи, так і на традиції свого народу.

На сьогодні, в Ізраїлі діють світські та релігійні суди. Н. Слотвінська відмічає, що особливого значення набуває судова практика Верховного Суду Ізраїлю. Юридична норма, прийнята цією судовою інституцією, є обов'язковою для виконання всіма іншими судами, крім самого Верховного суду [165, с. 110]. Верховний Суд Ізраїлю офіційно діє як правотворчий орган, виступає як Вищий суд справедливості (БАГАЦ), а також виконує функцію негативного правотворця, так як тільки він правомочний скасовувати рішення рабинатських (релігійних) судів. Яскравим прикладом здійснення негативної правотворчості є рішення ізраїльського Вищого суду справедливості від 3 липня 2022 року, який визнав неправомірним рішення міністра внутрішніх справ Айєлет Шакед щодо позбавлення українських громадян права на безвізовий в'їзд до країни під час війни.

На прохання посольства України в Ізраїлі до Суду було подано позов адвокатською конторою у зв'язку з тим, що голова МВС Айєлет Шакед встановила квоту на прийом в Ізраїлі громадян України, тим самим порушивши безвізову угоду між країнами. Натомість Верховний суд справедливості, діючи як негативний правотворець, у своїй ухвалі зазначив, що рішення про позбавлення українців можливості в'їжджати до Ізраїлю без віз на період війни не є законним. Таке рішення набуло чинності негайно, і вже з дня його прийняття громадяни України не зобов'язані подавати онлайн-прохання для отримання дозволу на в'їзд. За словами адвоката

Томера Варші, єдиний спосіб не виконати рішення Суду — це внести відповідні зміни до законодавчого акту [23]. Отже, допоки ті чи інші зміни не будуть внесені, акт негативної правотворчості (рішення Верховного Суду Ізраїлю) буде актуальним джерелом права.

Релігійні суди Ізраїлю також здатні визнавати ті чи інші правові акти недійсними. Наведений далі приклад пов'язаний із застосуванням принципу гендерної рівності до спільності майна подружжя (режим, що визначає право власності на спільне майно подружжя). Відповідно до прецеденту Верховного Суду Ізраїлю, релігійні суди, як і цивільні суди, повинні застосовувати положення Закону про рівні права жінок 1951 року. Рішення Верховного Суду у справі «Бавлі проти Великого рабинського суду», щодо застосування Закону про рівні права жінок до релігійних судів, зобов'язало релігійні суди дотримуватися принципу спільності майна, який не існує в єврейському праві. Рабинські суди на практиці не прийняли це рішення, що призвело до лобового зіткнення між релігійними судами та Верховним Судом. Релігійні суди вважають себе не вправі відступати від релігійного права, тому рішення Верховного суду Ізраїлю не було виконано Великим (апеляційним) рабинським судом. Конференція суддів Рабинського суду оголосила, що вони й надалі відмовлятимуться керуватися вказівкою Верховного суду про спільність майна й посилатимуться лише на іудейське право. Дійсно, навіть у самій справі Бавлі місцевий рабинський суд, до якого було повернуто справу, проігнорував вказівку Верховного Суду [212].

Тобто, в даному випадку, судове рішення не було скасоване, але було проігнороване, воно недійсне для суб'єктів іудейського права не тому, що рішення Верховного Суду не поважаються, а тому, що його положення не відповідають релігійним нормам, якими вони керуються. З позиції релігійного суду, в даному випадку встановлена правовідповідність, а отже здійснення негативна правотворчість.

У таких країнах як Саудівська Аравія, Об'єднані Арабські Емірати, Іран, Кувейт, Бахрейн, Катар, Афганістан, Пакистан та ін. іслам є державною

релігією, а мусульманське право становить підґрунтя правової системи держави. Усі джерела національного права повинні відповідати приписам шаріату [26, с. 106]. Звичай також є джерелом права, хоча й не офіційно. Формально мусульманські юристи не вважають звичай джерелом права, але іноді його використовують для доповнення чи уточнення застосовуваного принципу права чи правової норми [26, с. 103], суди в своїй діяльності можуть керуватися звичаєм, якщо він не суперечить шаріату. Але й у цих правових системах глобалізаційні процеси вносять свої зміни, прикладом в листопаді 2020 року в Об'єднаних Арабських Еміратах завдяки негативній правотворчості була здійснена найбільша модернізація правової системи країни за останні роки. В сучасних ОАЕ відбувається пом'якшення «жорстких норм» шаріату, що багато в чому визначає соціальну повсякденність, а також має значний вплив на культуру та правову систему країни.

Слід зазначити, що деякі природні принципи, які закріплені в джерелах права більшості правових систем, мають свою специфіку застосування в недиференційованих правових системах. Наприклад, щодо принципу рівності, який у свою чергу лежить в основі принципу справедливості. Відтак, поняття таких категорій як: «справедливість», «рівність», «свобода» в різних правових культурах, різних правових свідомостях є достатньо мінливим і різноманітним. Відповідно, те що є справедливим за європейськими принципами, може бути недопустимим за положеннями шаріату. Прикладом, принцип рівності фактично поширюється на мусульманське населення, але щодо іновірних використовуються правила, які регулюють відносини між мусульманами та немусульманами.

Країни релігійних правових систем ухвалюють правові акти, в яких проголошують закріплення прав та свобод людини та дотримання природніх принципів права державами-членами (Загальна ісламська декларація прав людини, Каїрська декларація тощо), проте, як зазначає Т. О. Чепульченко, проголошені права та свободи за своїм змістом та можливостями тлумачення

«прив'язані» до шариату, що надає цим документам традиційного характеру та підкреслює його невідповідність юридичній практиці у сфері прав людини в ряді країн-членів руху «ісламської солідарності» [194].

Що стосується невіддиференційованих правових систем з мусульманським правом — основоположними принципами при здійсненні негативної правотворчості є принципи шариату, на відміну від негативних правотворців континентальної правової сім'ї, де при встановленні правовідповідності основоположними є природні принципи права, які втіленні в міжнародному законодавстві та правових актах ЄС зокрема.

З точки зору загальноправових цінностей, деякі приписи Корану обов'язково стали б об'єктом негативної правотворчості в країнах континентальної правової сім'ї, будучи правовими актами. Прикладом Коран (4:34) приписує: «А тих жінок, у вірності яких ви не впевнені, умовляйте (спочатку), (потім) уникайте їх на ложі подружньому і (нарешті) побивайте їх» [194]. Погоджуємось із тим, що дане положення явно суперечить принципам рівності та справедливості, більш того тут наявні заклики до насилля відносно слабкої статті. Такі приписи є неправовідповідними. Проте, фактично з позицій шариату, це не зовсім так.

Слід відмітити, що більшість країн з невіддиференційованими правовими системами все ж на шляху до втілення демократичних цінностей. Враховуючи зазначене, відношення таких країн до питань прав особи визначається різними чинниками. Ян Коваленко у цьому зв'язку зазначає, що в деяких країнах невіддиференційованих правових систем (Йорданія, Сирія, Ліван, Ірак, Єгипет, Ємен, Судан, Туніс, Алжир, Марокко тощо) авторитет мусульманського фактору є незначним. Згадані держави стали учасницями основних міжнародно-правових актів відносно прав особи та пактів про права людини. Країни відзначили лише занепокоєння стосовно певних приписів міжнародно-правових актів, які містять протиріччя відносно положень наявного в даних державах мусульманського шариату, в тому числі ст. 18 міжнародного Пакту про громадянські і політичні права, яка окреслює

свободу віросповідання. Цю норму та норму ст. 18 Загальної декларації прав людини визнано такими, що протирічать положенням шаріату та, як наслідок, тягнуть за собою (з позиції великої кількості мусульманських правників) віроломство як особливо тяжкий злочин (відповідальність за який — страта). «Хто змінює свою релігію, буде вбитий», — пророк Мухаммад [76]. Отже, в даному випадку, наявні ознаки негативної правотворчості, адже, якщо норму права визнано такою, що протирічить положенням шаріату, вона є «мертвою» для суб'єктів правовідносин, а, отже, не дійсною.

Бачиться, якщо в країнах континентальної правової сім'ї держави приводять правові акти публічного та приватного права у відповідність до міжнародних норм, у мусульманських країнах навпаки, міжнародні норми адаптують під положення шаріату. Ще один цікавий момент: якщо процедура здійснення негативної правотворчості достатньо регламентована в країнах континентальної правової сім'ї, то в невіддиференційованих правових системах надається певна свобода дій правникам, які встановлюють правовідповідність. Такий висновок зроблено на підставі наступних даних:

У Корані й Сунні є норми, що регулюють порядок виконання мусульманами релігійних обов'язків (*ібадат*) та мало конкретних й очевидних правил поведінки, що визначають взаємини мусульман (*муамалат*). Швидше за все, це пов'язано з тим, що конкретні життєві ситуації, які можуть виникнути в майбутньому не можуть бути передбачені вичерпним чином у Корані і Сунні й не піддаються обліку. Тому з даних питань шаріат встановлює загальні орієнтири і принципи (*аль-каваїд аль-амма*, або *аль-куллія*), тлумачення й раціональне осмислення яких дозволяє знаходити рішення в кожній конкретній ситуації. За допомогою *іджтихада* правознавці можуть, не виходячи за рамки загальних цілей шаріату, вводити конкретні правила поведінки, і в разі необхідності, гнучко замінювати ці правила новими. Таким чином, шаріат містить у собі не тільки чіткі положення Корану й сунни, але й положення, які формулюють лише загальні орієнтири [200].

Специфічним є здійснення негативної правотворчості в групі далекосхідних правових систем, адже в основі їх формування лежать звичаї, традиції та норми моралі (китайське право, японське право). В юридичній літературі відмічається, що глибокі морально-релігійні витоки виявились настільки стійкими, що навіть «європеїзація» та «американізація» правової сім'ї далекосхідних країн не змогла докорінно змінити їх природу. Як і раніше, внутрішні етичні цінності й традиційна саморегуляція діють, як ніби-то всередині, в оболонці правових норм [180].

Загалом правові системи Китаю та Японії характеризуються істотним применшенням ролі закону, а тим більше ролі судового прецеденту. Жителі цих держав воліють вирішувати свої суперечки на досудовій стадії. Судовий прецедент — формально не вважається джерелом права. Однак постанови Верховного суду Японії сприймаються судами (і нерідко державними установами) як нормативні акти, що мають неухильно виконуватися. Традиційне зневажливе ставлення до загального права й заперечення судових рішень змінилися їх сприйняттям [134, с. 83]. Станом на сьогодні, Верховний Суд Японії має широкі повноваження і виступає в якості вищої судової інстанції, органу конституційного контролю (нагляду) та органу керівництва нижчестоящими судами [19, с. 5]. Можна зробити висновок, що Верховний суд здійснює і правотворчу діяльність, адже, як звертає увагу В. В. Рожко, він встановлює правила для роботи не тільки судів, а й адвокатів. Крім того, його правила обов'язкові для виконання і прокуратурою. Основною функцією Верховного суду Японії є конституційний контроль, а крім того, він є судом останньої інстанції під час розгляду будь-яких справ [159, с. 67].

Японці й сьогодні у праві вбачають засіб примусу. Німецькі вчені К. Цвайґерт і Х. Кетц відзначають, що «... освячене конфуціанської традицією негативне ставлення до вирішення суперечок публічно в державних судах, в усіх прошарках суспільства, і особливо серед селян, призводить до того, що мало хто з громадян користується правами, наданими новими законами. Провідну роль, як і колись, продовжують грати традиційні

форми примирливого посередництва і взаємного вирішення суперечок» [71, с. 30].

Щодо негативної правотворчості слід зазначити, що вона є не досить розповсюдженою тут, і переважно пов'язана зі здійсненням конституційного контролю. Судді досить узагальнено мотивують свої рішення, вважаючи марним обґрунтовувати їх для зацікавлених осіб. Конституційний контроль здійснюється Верховним судом дуже обережно, якщо не обмежено; акти скасування ним законів та інших нормативних актів поодинокі [160, с. 67]. Проте, не тільки Верховний суд може здійснювати конституційний контроль, але й суди загальної юрисдикції, що схоже на модель конституційного контролю в США. Прикладом, 3 серпня 2021 року Окружний суд Кобе визнав неконституційним закон щодо стерилізації людей з обмеженими можливостями, який було спрямовано на «запобігання народження неповноцінного потомства», окрім того, цей процес проводився у відношенні людей з різними порушеннями. Суд зауважив, що такий нормативно-правовий акт лишає позивачів можливості приймати рішення щодо батьківства, незаконною є і багатовікова неспроможність парламенту Японії переглянути цей нормативно-правовий акт. Суддя підкреслив, що мета закону суперечила ідеалам Конституції. Суд також виразив сподівання, що будуть прийняті певні заходи з ліквідації дискримінації щодо людей з обмеженими можливостями, які глибоко вкоренилися в суспільстві через цей нормативно-правовий акт [241].

Наступним прикладом здійснення негативної правотворчості в Японії є рішення Окружного суду у місті Саппоро. 17 березня 2021 року ним ухвалено рішення, стосовно того, що відмова держави щодо визнання одностатевих шлюбів суперечить Конституції Японії. Це перший у державі випадок, коли суд виніс рішення щодо того, чи є невизнання шлюбу для всіх порушенням закріпленого в конституції країни принципу свободи та рівноправності [225].

Хоча слід звернути увагу, що такий прецедент не став «взірцем» в подальшому. У 2022 році окружний суд Осаки у своєму рішенні постановив, що заборона на одностатеві шлюби в Японії не порушує Конституцію. Таким чином, Японія залишається єдиною країною в групі G7 розвинених країн, яка не визнає одностатеві союзи. Опитування громадської думки показують, що більшість широкої громадськості виступає за дозвіл одностатевих шлюбів у Японії. Кілька областей, включаючи Токіо, почали видавати сертифікати партнерства, щоб допомогти одностатевим парам орендувати нерухомість і отримати право відвідувати лікарню [249].

Як можна простежити на цих прикладах, специфіка національної ментальності створює праворозуміння, яке важко змінити під впливом іноземного права, споконвічні традиції відіграють вагому роль. Японське право хоча й орієнтується на загальносвітові принципи та цінності, проте не повністю вписується у диференційовані типи правових систем. За змістом і технікою виконання закони Японії не поступаються європейським, однак їхнє практичне застосування значно слабше. Як і раніше, в силі залишаються традиції, правові норми та інститути національно-історичного походження. Особливу роль відіграють правила зовнішньо пристойної поведінки — поступливість, примирення, доброзичливість, які виключають зовнішній тиск на особу. З сучасними кодексами й процесуальними нормами уживаються традиції позасудового вирішення спорів [134, с. 84].

Р. Бенхалім у дослідженні «Релігійні суди у світських юрисдикціях: Як іудейські та ісламські суди адаптуються до суспільних та правових норм» припускає, що як мінімум, культурна та політична позиція релігійного органу впливає на його готовність враховувати контекст та середовище при застосуванні релігійного права [238]. Автор також зазначає, що мусульманські та іудейські судові органи, що обслуговують меншини, демонструють готовність до пристосування світських норм матеріального та процесуального правосуддя держави. Як зазначають інші дослідники, приймаючи аспекти світського права, ці релігійні суди рідко визнають, що

вони запозичують домінуючу правову систему, а скоріше здійснюють процес внутрішньої контекстуалізації, таким чином, що принципи встановлюються як такі, що існують у самій релігії [238].

Це вкотре засвідчує, що суб'єкт здійснення негативної правотворчості здатен встановлювати правовідповідність, використовуючи при цьому юридичні технології, які перш за все передбачають інтелектуальну вправність та сферу мислимого. Негативна правотворчість породжена принципом верховенства права. Саме за допомогою негативної правотворчості, правові норми отримують «друге дихання», а право є живим інструментом, яке здатне змінюватися під впливом життєвих сучасних потреб, розвиватися і вдосконалюватися в процесі тих суспільних відносин, які воно ж і регулює.

Будь-який суб'єкт здійснення негативної правотворчості при встановленні відповідності юридичних актів, перш за все, має орієнтуватися на загальні орієнтири (чи то принципи шариату, чи традиції, чи загальноправові начала), проте в кожній правовій системі є певні особливості такої діяльності:

- У країнах романо-германської правової сім'ї правотворчість є безперервним процесом на різних рівнях (чи то законотворчість чи створення актів індивідуальної дії), природні принципи втілюються в правові акти вищої юридичної сили та адаптуються з часом до певних економічних, соціальних та політичних змін. Відповідно суб'єкти негативної правотворчості мають актуальні динамічні орієнтири для своєї діяльності, які також зафіксовані в правових актах;

- У країнах англосаксонської правової сім'ї право справедливості та загальне право, в яких втілені природні принципи підтримуються судовою правотворчістю. Завдяки судовому прецеденту, що має динамічний характер, є міцна формальна основа для негативного правотворця;

- У невіддиференційованих правових системах релігійні джерела, звичаї, традиції, тощо (які, як правило, прирівнюються до правових) містять у собі

принципи, що є основою для негативної правотворчості, але вони не мають такого динамічного характеру, їх пристосованість до сучасних реалій залежить від правознавців (наприклад, суддів шаріату), які здійснюють тлумачення релігійних положень і можуть визначити, які акти є чинними й справедливими, а які — ні.

Отже, негативна правотворчість поширена і в невіддиференційованих правових системах, де право нерозривно пов'язане з іншими регуляторами й цінностями. Кожна країна має свої особливості здійснення такої діяльності, в одних набуває розвитку, в інших існує в обмеженій мірі, в залежності від ставлення до правових норм і рівня довіри до суб'єктів правотворчої діяльності. Тобто, погляд про те, що негативна правотворчість поширена тільки в диференційованих правових сім'ях є стереотипом. У невіддиференційованих правових системах законодавство не обмежує негативних правотворців, оскільки тут поряд із релігійними та традиційними нормами, суб'єкти її здійснення можуть застосовувати й «сучасне право» західного зразка.

ВИСНОВКИ

У дисертації здійснено загальнотеоретичне дослідження такого правового феномену як «негативна правотворчість», запропоновані підходи до його поняття та ролі в удосконаленні сучасного права. У результаті проведеного дослідження сформовані наступні висновки теоретичного та практичного характеру, зокрема:

1. Визначено, що для перетворення правового феномену «негативна правотворчість» у пізнаний, методологічними засадами дослідження стали принципи наукової об'єктивності, плюралізму, аргументованості теоретичних положень, міждисциплінарності, а також принцип додатковості, яким характеризується постнекласична парадигма юриспруденції. Для розкриття предмету дослідження застосовувались антропологічний, герменевтичний, аксіологічний та діяльнісний підходи. Використовувались філософські, загальнонаукові та спеціальні методи, які виступили конкретизацією зазначених підходів до вивчення предмета дослідження. Такі методологічні засади дали змогу отримати всебічну інформацію щодо правової природи негативної правотворчості та досягти інших поставлених задач у роботі.

2. Проаналізовано генезу критичного аналізу текстів правових приписів. Визначено, що з давніх часів формувались юридичні критерії, яким мають відповідати правові акти, без визначення яких формування негативної правотворчості на сучасному етапі було б неможливим. Критичний аналіз тексту правових приписів є суттєвою умовою покращення якості правових актів.

3. Встановлено, що ієрархізація правових норм має позитивне значення для правової системи. Окрім того, будь – який правовий припис не має суперечити, перш за все, природнім началам права. Всі ті критерії, яким мали відповідати юридичні акти в найкращі часи правового розвитку, сьогодні втілились у поняття «правовідповідність». Саме завдяки

встановленню правовідповідності негативна правотворчість відіграє важливу роль в удосконаленні правового регулювання.

4. Удосконалено техніку – технологічний інструментарій правотворчої діяльності. Відтак, негативна правотворчість є одним із засобів усунення правотворчих помилок, адже своєчасне виявлення норм, які не відповідають «духу» права є одним із основних напрямів забезпечення ефективності правотворчої діяльності. Негативна правотворчість є інструментом відновлення панування принципу верховенства права та встановлення правовідповідності в тих актах, де її було втрачено.

5. Визначено, що правовідповідність як правова категорія, передбачає еквівалентність письмового акту духу й принципам права. Вона охоплює питання щодо форми й змісту права, питання розбудови його структури, пошук ціннісних орієнтирів та навіть співвідношення легістського та юридичного підходу до розуміння права. Встановлює правовідповідність особа, яка має відповідні повноваження (суб'єкт здійснення негативної правотворчості), використовуючи при цьому негативні юридичні технології, метою яких є пошук помилок і аномалій у тексті правового акту.

6. Розкрито правову природу «негативної» правотворчості. Встановлено, що правотворчість включає в себе створення, зміну та скасування правових актів або їх частин. Відповідно, негативна правотворчість є самостійним видом правотворчості, який передбачає останній етап цього процесу – скасування. Враховуючи зазначене, запропоновано внести пропозиції до ч. 1 ст. 2 Проекту Закону «Про правотворчу діяльність» за № 5707, а саме: «Правотворча діяльність – це діяльність із планування, розробки проєкту нормативно-правового акта (його концепції) та прийняття (видання) нормативно-правового акта, а також зміни та скасування чинного нормативно – правового акта метою якої є правове врегулювання та/або охорона суспільних відносин».

7. Розглянуто негативну правотворчість як загальнотеоретичну категорію, яка поєднує приватну та публічну сферу суспільних відносин та

запропоновано поняття негативної правотворчості, а саме: «негативна правотворчість» – це процедура удосконалення законів, підзаконних актів, рішень суду, цивільно – правових договорів та інших юридичних документів шляхом встановлення їх правовідповідності.

8. Здійснено класифікацію негативної правотворчості:

- за суб'єктним складом (публічно-правова — негативна правотворчість, яку здійснюють суб'єкти, наділені державно-владними повноваженнями та приватно-правова – негативна правотворчість, яку здійснюють суб'єкти, наділені приватно-правовими повноваженнями);

- за способом встановлення правовідповідності (негативна правотворчість зі встановлення неконституційності, негативна правотворчість з визнання незаконності, негативна правотворчість зі встановлення порушення норм міжнародного права, тощо);

- за галузевою належністю (негативна правотворчість матеріального права (конституційного, адміністративного, митного права, трудового права і т. д.) та негативна правотворчість процесуального права (цивільно-процесуального, кримінально-процесуального, господарсько-процесуального права і т. д.);

- окремо виділено судову негативну правотворчість, яка здійснюється судами різного рівня: від національних судів до міжнародних судових інстанцій. Фактично, скасовуючи правові акти, судова гілка влади є одним із основних суб'єктів здійснення негативної правотворчості, проте не є єдиним органом, який може виступати в якості «негативного правотворця». Судова негативна правотворчість, як один із видів негативної правотворчості, може бути предметом окремого дослідження.

9. Встановлено співвідношення позитивної та негативної правотворчості. Відтак, метою позитивної правотворчості є формування такої системи правових актів, яка б відповідала сучасній системі цінностей, втілювала у собі природні начала. Принцип верховенства права має бути основоположним при здійсненні правотворчості, інакше відбудеться

створення невідповідних «духу права» актів, які не мають бути джерелом правового регулювання в жодній країні світу.

Метою негативної правотворчості є встановлення правовідповідності юридичних документів та їх частин. Вона не тягне за собою створення правових актів, а лише скасовує ті, які не відповідають духу й принципам права, чим відіграє важливу роль в удосконаленні права. Чим вища якість діючих правових актів, тим менша необхідність застосування негативної правотворчості, що свідчить про високий рівень правової культури суб'єктів правотворчої діяльності.

10. Розкрито юридичну технологію конструювання акту негативної правотворчості. Зокрема, запропоновано визначати юридичні технології негативної правотворчості як певну сукупність дій, знань та умінь щодо встановлення відповідності правових актів та їх частин духу і принципам права. При здійсненні негативної правотворчості пропонується використання технології правової експертизи юридичних документів, яка може здійснюватися як у публічній, так і приватно-правовій сфері.

11. Визначено, що акт негативної правотворчості представляє собою юридичний документ, який містить у собі оцінку щодо невідповідності положень проаналізованого акту духу і принципам права, результатом чого є фактичне скасування чинних правових актів або їхніх частин шляхом визнання їх неконституційними, або незаконними.

12. Охарактеризовано негативну правотворчість публічного та приватного права в Україні, зокрема, здійснення негативної правотворчості в діяльності Конституційного Суду України та неофіційної негативної правотворчості. Відтак, орган конституційної юрисдикції встановлює правовідповідність та визначає тенденції правового розвитку, оскільки Конституція України містить у собі комплекс загальних принципів права, які мають бути пристосовані до сучасних правовідносин. На сьогодні, КСУ є одним з найвпливовіших суб'єктів здійснення негативної правотворчості

публічно-правової форми, поряд із іншими суб'єктами, які наділені державно-владними повноваженнями.

13. Щодо неофіційної негативної правотворчості визначено, що встановлення правовідповідності, ідея втілення верховенства права та застосування прав людини в приватному праві знаходиться поряд із ідеєю недержавного права. Письмові акти приватно-правового характеру служать підставою чи підтвердженням прав та обов'язків учасників правовідносин, в яких відображені природні закони суспільного життя, а тому будь-який юридичний документ не має суперечити загально-соціальним та спеціально-юридичним вимогам його створення і дії. Таким чином, набули подальшого розвитку положення стосовно концепції неофіційного (недержавного) права.

14. Проаналізовано здійснення негативної правотворчості в англосаксонській, романо-германській та невіддиференційованих правових системах. Визначено, що в країнах англосаксонської правової сім'ї право справедливості та загальне право, в яких втілені природні принципи підтримуються судовою правотворчістю. Завдяки судовому прецеденту, що має динамічний характер, є міцна формальна основа для негативного правотворця. Відтак, при здійсненні негативної правотворчості публічно-правової форми питання відповідності юридичного документу актам вищої юридичної сили вирішується не в окремому провадженні, а у зв'язку із слуханням якої-небудь судової справи, що не скажеш про практику країн континентального права.

У країнах романо-германської правової сім'ї природні принципи втілюються в правові акти вищої юридичної сили та адаптуються з часом до певних економічних, соціальних та політичних змін. Відповідно суб'єкти негативної правотворчості мають актуальні динамічні орієнтири для своєї діяльності, які зафіксовані в правових актах. Окрім того, правові норми можуть бути виведені не тільки з нормативно-правових актів, а й із загальних принципів права, що дає можливість суб'єктам здійснення негативної

правотворчості застосовувати право навіть в умовах відсутності відповідних правових приписів.

Негативна правотворчість поширена і в невіддиференційованих правових системах, де право нерозривно пов'язане з іншими регуляторами й цінностями. Кожна країна має свої особливості здійснення такої діяльності, в одних набуває розвитку, в інших існує в обмеженій мірі, в залежності від ставлення до правових норм і рівня довіри до законодавчого органу влади. Тобто, погляд про те, що негативна правотворчість поширена тільки в диференційованих правових сім'ях є стереотипом. В невіддиференційованих правових системах законодавство не обмежує негативних правотворців, оскільки тут поряд із релігійними та традиційними нормами, суб'єкти її здійснення можуть застосовувати й «сучасне право» західного зразка. У невіддиференційованих правових системах релігійні джерела (які, як правило, є і правовими) містять у собі принципи, що є основою для негативної правотворчості, але вони не мають достатньо динамічного характеру, їх пристосованість до сучасних реалій залежить від правознавців (наприклад, суддів шаріату), які здійснюють тлумачення релігійних положень і можуть визначити, які акти є чинними і справедливими, а які – ні.

Аналіз процесу формування негативної правотворчості в різних правових системах свідчить про сталу тенденцію абсолютно вираженого і адаптованого в часі регламентування суспільних відносин, що є вкрай важливим у контексті зближення різних правових систем, культур та захисту прав і свобод людини в контексті сучасних євроінтеграційних процесів. Негативна правотворчість компенсує недоліки формально-юридичних джерел та постає складовою модернізації права. Це особливий вид юридичної практики в процесі реалізації якої зникають одні правила та видозмінюються інші з метою врегулювання суспільних відносин та вдосконалення наявної системи права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Андрусак Т. Історія політичних та правових вчень. *Студентська бібліотека* : вебсат. URL: <https://buklib.net/books/21871/>
2. Антошкіна В. К. Проблеми реалізації вимог юридичної техніки та їх вплив на процес тлумачення. *Часопис Київського університету права*. 2019. №4. С. 22–28
3. Батан Ю. Д. Превентивний механізм сучасного права : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.01. Одеса, 2021. 287 с.
4. Бенько І. Помилки в договорах із контрагентами: аналіз судової практики. *Liga Zakon* : вебсат. URL: https://biz.ligazakon.net/aktualno/8977_pomilki-v-dogovorakh-z-kontragentami
5. Бехруз Х. Н. Аксиологический подход в структуре сравнительно-правовых исследований. *Актуальні проблеми держави і права*. 2008. С. 25 – 29
6. Бехруз Х. Эволюция исламского права: теоретико-компаративистское исследование : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2006. 359 с.
7. Бичков І. Г. Кельзенівська модель конституційної юрисдикції як теоретична основа європейської системи конституційного правосуддя. *Часопис Київського університету права*. 2020. №1. С. 131 – 136.
8. Бичковський Є. Л. Науково-практичний коментар в правовій системі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2018. 224 с.
9. Боброва Т. А. Здійснення «негативної правотворчості» в країнах романо-германської правової системи. *Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки*. Випуск 88. Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2020. С. 26–35
10. Боброва Т. А. Здійснення «негативної правотворчості» в країнах романо-германської правової системи. *Юриспруденція сьогодні: між*

апологією і креативністю. Пам'яті професора Ю. М. Оборотова : (до 75-річчя від дня народження доктора юридичних наук, професора Ю. М. Оборотова) : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., м. Одеса, 17 вересня 2021 р. / Нац. ун-т «Одеська юрид. академія» ; за заг. ред. А. Ф. Крижановського. – Одеса : Фенікс, 2021. С. 189–192

11. Боброва Т. А. «Негативна» правотворчість: вітчизняні реалії та зарубіжний досвід. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. №1. Випуск 1(26). С. 9–13

12. Боброва Т. А. «Негативна» правотворчість: її сутність та значення. *Теоретичний аналіз та наукові дослідження юридичної науки у XXI столітті : матеріали Міжнар. наук. – практ. конф., м. Запоріжжя, 26 – 27 квітня 2019 р. – Запоріжжя: Класичний приватний університет, 2019. С. 6 – 10*

13. Боброва Т. А. «Негативна правотворчість» як засіб вдосконалення правового регулювання. *Українське суспільство в умовах воєнного стану: сучасні виклики та напрямки розвитку : матеріали Всеукр. наук. конф. молодих вчених (м. Одеса, 6 червня 2022 р.) / уклад.: Ю. Д. Батан, В. С. Кучерявенко, Л. С. Бондарчук та ін. ; за ред. М. Р. Аракеляна, К. І. Спасової. — Одеса : Фенікс, 2022. — С. 23–26*

14. Боброва Т. А. Негативна правотворчість як явище правової реальності. *Правове життя сучасної України : у 3 т. : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., (м. Одеса, 15 трав. 2020 р.) / відп. ред. М. Р. Аракелян. – Одеса : Гельветика, 2020. — Т. 1. — С. 130–133.*

15. Боброва Т. А. Позитивна та негативна правотворчість у сучасних реаліях. *Наука та суспільне життя України в епоху глобальних викликів людства у цифрову еру (з нагоди 30-річчя проголошення незалежності України та 25-річчя прийняття Конституції України): матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., за заг. ред. С. В. Ківалова, м. Одеса, 21 травня 2021 року НУ «ОЮА», 2021. С. 110–113*

16. Боброва Т. А. Щодо статусу актів «негативної правотворчості». *Розвиток наукової думки постіндустріального суспільства: сучасний дискурс*: матеріали II Міжнар. наук. – практ. конф., (Т.1), м. Дніпро, 8 жовтня, 2021 р. // Міжнародний центр наукових досліджень. Вінниця: Європейська наукова платформа, 2021. С. 61–63.
17. Боброва Т. А. Юридичні технології створення актів негативної правотворчості. *Право і суспільство*. Науковий журнал № 2. 2022. С. 9–15
18. Бостан Л. М., Бостан С. К. Історія держави і права зарубіжних країн : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. 2-ге вид., перер. і доп. К. : Центр учбової літератури, 2008. 730 с
19. Бугайчук К. Л., Чишко К. О. Судові та правоохоронні органи Японії : інформаційний довідник, Харків : ХНУВС. 2017. 35 с.
20. Буряковська К. Витяги з рішень Конституційного Суду України, в яких застосовано Європейську конвенцію з прав людини та практику Європейського суду з прав людини. URL: <https://rm.coe.int/constitutional-court-and-ecthr-case-law-ukr/1680a0c5de>
21. Бутенко В. О. Феноменологічні, методологічні та практичні основи правової експертизи юридичних документів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2011. 25 с.
22. Вдовіченко С. Л. Відновлення дії попередньої редакції нормативно-правового акта внаслідок визнання Конституційним Судом України внесених до нього змін неконституційними. *Вісник Конституційного Суду України*. 2011. № 2. С. 73–81
23. Верховний суд Ізраїлю скасував обмеження на в'їзд для громадян України. URL: <https://espresso.tv/verkhovniy-sud-izrailyu-skasuvav-obmezhennya-na-vizd-do-izrailyu-dlya-gromadyan-ukraini> (дата звернення 06.07.2022)
24. Визнання недійсним та скасування державного акту на право власності на земельну ділянку. URL: <https://wiki.legalaid.gov.ua/index.php/> (дата звернення 14. 08. 2022)

25. Вічуріна Є. Як приймаються закони: Великобританія vs Україна.
URL: <https://loyer.com.ua/uk/yak-prijmayutsya-zakony-velykobrytaniya-vs-ukrayina/>
26. Гапотій В. Д. Основні правові системи світу : навчальний посібник / В. Д. Гапотій, О. Л. Жильцов, Г. І. Воржевітіна. Мелітополь : ФОП Однорог Т. В., 2019. 279 с.
27. Гладкий С. Методологія та організація наукових досліджень : навчально-методичний посібник. Полтава, 2016. 240 с.
28. Головач Г. Валідність та дія м'якого права : дис. ... докт. філософії : 081 «Право». Одеса, 2021. 215 с.
29. Горобець К. В. Аксиосфера права та її компоненти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12. Одеса, 2012. 17 с.
30. Грисюк В. В. Теоретичні засади юридичних технологій здійснення адвокатської діяльності : дис. ... докт. філософії : 081 – Право. Одеса, 2021. 202 с.
31. Гусарев С. Д. Діяльнісний підхід у структурі методології сучасного правознавства. Url: <http://dspace.nbuiv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/62880/05-Gusarev.pdf?sequence=1>
32. Гусарев С. Д., Тихомиров О. Д. Юридична деонтологія (Основи юридичної діяльності). URL: <http://www.info-library.com.ua/books-text-7994.html> (дата звернення 18. 12. 2021)
33. Гусаров С. М. Поняття та сутність правотворчості в Україні. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2015. № 2. С. 55 – 59.
34. Гусяк М. П. Статути як джерела права: теоретико – правовий аналіз. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2018. № 4 (109). С. 192–202
35. Данильян О. Г., Дзьобань О. П. Методи правового дослідження. URL:

https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/16738/1/Danilyan_Dzeban_456-459.pdf (дата звернення 14. 01. 2022)

36. Дворкін Р. Верховенство права: проблеми теорії та практики. *Філософія права і загальна теорія права*. 2013. №1. С. 15 – 23.

37. Дергільова О. Г. Нотаріальні акти в системі правових актів сучасного права: загальнотеоретичне дослідження : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.01. Одеса, 2017. 183 с.

38. Дергільова О. Г. Правові акти: поняття, класифікація та соціальне призначення. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2016. № 3. С. 3–8.

39. Дигести Юстиніана. URL: <https://scicenter.online/pravo-rimskoe-kniga-scicenter/rimske-pravo-tekst-nav-posib-kalashnikov-rvv.html> (дата звернення 27.08.2022)

40. Дідич Т. О. Місце громадянського суспільства в механізмі сучасного правоутворення. *Науковий вісник УжНУ. Серія Право*. 2021. № 67. С. 25–28

41. Добош З. Конституційний контроль Верховного Суду США : види правотворчості URL : <https://science.lpnu.ua/law/all-volumes-and-issues/volume-6-number-22-2019/constitutional-control-us-supreme-court-types>

42. Дудченко В. В. Традиція правового розвитку: плюралізм правових вчень : монографія. Одеса : Юридична література, 2006. 304 с.

43. Дудченко В. В. Багатофункціональні властивості порівняльного правознавства. *Актуальні проблеми держави і права*. 2006. Вип. 29. С. 18–24.

44. Дудченко В. В. Концептуальні засади основної норми в українському праві. *Публічне право*. 2017. № 3 (27). С. 49–55.

45. Дудченко В. В. Плюралістична теорія джерел права : нові можливості в осягненні права. URL: <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/46798/%C2#chapter> (дата звернення: 14.02. 2022)

46. Дудченко В. В. Про герменевтичний підхід до права. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 45. С. 11–16
47. Дудченко В. В. Традиція правового плюралізму: західна та східна інтерпретація : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2007. 35 с.
48. Дудченко В. В. Ціннісний вимір юридичної техніки. *Наука та суспільне життя України в епоху глобальних викликів людства у цифрову еру (з нагоди 30-річчяпроголошення незалежності України та 25-річчя прийняття Конституції України)* : у 2 т. : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 21 трав. 2021 р.) / за загальною редакцією С. В. Ківалова. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. Т. 1. С. 44–46.
49. Дудченко В. В., Аракелян М. Р., Завальнюк В. В. Герменевтика права: розвиток юриспруденції : навч. посіб. Одеса : Фенікс, 2014. 184 с.
50. Дудченко В. В., Капустіна Н. Б., Горобець К. В. Сучасні філософсько-правові доктрини : навчально-методичний посібник. Одеса : Фенікс, 2018. 76 с.
51. Дудченко В. В., Манько Д. Г. Роль методології юридичної науки у становленні новаційного науково-правового мислення. *Актуальні проблеми держави і права*. 2003. Вип. 21. С. 13–17.
52. Дудченко В. В., Русавська О. О. Юридична техніка (за вченням Р. Ієрінга). *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2018. № 3. С. 12 – 17.
53. Дудченко В. В. Концепт позитивізму в юриспруденції: генезис та обґрунтування. *Актуальні проблеми держави і права*. Одеса : Юридична література, 2005. С. 6–14.
54. Дутко А. О. Юридичні конструкції та їх використання в законотворчій практиці України : монографія. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. 176 с.
55. Егоров А. В. Белорусская правовая система на современной юридической карте мира : открытая лекция. *Серия научно-методических*

изданий «Академия сравнительного правоведения». Выпуск 25. Киев-Львов: ЗУКЦ, 2012. 24 с.

56. Ерліх Е. Соціологія і юриспруденція. *Проблеми філософії права*. 2005. Т. III. № 1–2. С. 185–195.

57. Євграфова Є. П. Практика виправлення законотворчих помилок. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2016. № 2 (29). С. 107–120.

58. Європейські погляди на принцип верховенства права. URL: <http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=120556>

59. Єзеров А. Застосування Конституції при здійсненні правосуддя: вихідні принципи. *Слово національної школи суддів України*. 2020. № 3 (32). С. 19–36.

60. Жаровська І. Субстанція національного у правовій природі державної влади. URL: <https://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2017/may/2072/vnulpurn201478223.pdf>

61. Жидецька В. В. Проблемні питання в оскарженні нормативно-правових актів. *Часопис Київського університету права*. 2014. №4. С. 99 – 105.

62. Завальнюк В. В. Роль юридичної антропології у сучасному правовому розвитку. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 47. С. 309–312. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2009_47_58 (дата звернення 20.01.2022)

63. Зінченко О. В. Функції юридичних конструкцій: теоретико-правовий аналіз. *Часопис Київського університету права*. 2012. Вип. 2. С. 58 – 62.

64. Івановська А. М. Конституційний контроль в системі державного контролю : теоретико-правові та праксеологічні засади : дис. ... докт. юр. наук : 12.00.02. Київ, 2021. 511 с.

65. Іванюта Н. В. Позасудові форми захисту прав та вирішення господарських спорів. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО*. 2018. Випуск 49. Том 1. С. 172 – 175.

66. Інформація Судово – юридичної газети. URL: <http://www.ccu.gov.ua/publikaciya/intervyu-golovy-konstytuciynogo-sudu-ukrayiny-stanislava-shevchuka-sudovo-yurydychniy> (дата звернення: 03.06.2022)
67. Ірклієнко А. І. Конституційно-правовий статус Конституційної Ради Франції. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 2. С. 138 – 141.
68. Ісмайлов К. Ю. Акти судової влади в системі джерел національного права України. *Донецький юридичний інститут МВС України*. 2014. 180 с.
69. Каламбет С. В. Методологія наукових досліджень : навч. посіб. / С. В. Каламбет, С. І. Іванов, Ю. В. Півняк – Дн-вськ : Вид-во Маковецький, 2015. 191 с.
70. Калюжний Р. А., Вовк В. М. Римське приватне право : підруч. для вищ. навч. закл. К. : «МП Леся», 2014. 240 с.
71. Карпенко Р. Історичні передумови впровадження медіації в Україні та інших державах. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 4. С. 28–36.
72. Кельман М. С. Методологія сучасного правознавства: становлення та основні напрями розвитку. *Психологія і суспільство*. 2015. № 4. С. 33–46.
73. Кельман М. С. Співвідношення методу і методологічного підходу. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2009. №3. С. 1–12.
74. Кириченко В. М. Теорія держави і права URL: https://pidru4niki.com/1584072021816/pravo/teoriya_derzhavi_i_prava (дата звернення 20.01.2022)
75. Кметик-Подубінська Х. Правове моделювання як метод сучасних конституційно-правових досліджень. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. Вип. 7. С. 211–215.

76. Коваленко Я. Джерела прав людини у країнах ісламського регіону. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/dzherela-prav-lyudini-u-krayinah-islamskogo-regionu.html>
77. Ковтонюк А. М. Ганс Кельзен і його чиста теорія прав. *Університетські наукові записки*. 2007. № 1 (21). С. 28–32.
78. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06.07.2005 № 2747-IV . URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>
79. Кодекс адміністративного судочинства України : науково-практичний коментар / за ред. С. В. Ківалова, О. І. Харитонової; Ківалов С. В., Харитонova О. І., Пасенюк О. М., Аракелян М. Р. та ін. Харків, 2005. 552 с.
80. Козловський А. А. Гнесеологічні принципи права. *Проблеми філософії права*, 2005. – Том III. – № 1–2. С. 32–44.
81. Козюбра М. Верховенство права в Україні. URL: <https://npu.edu.ua/media/kunena/attachments/legacy/files/03.pdf>
82. Козюбра М. Судова правотворчість : аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Право України*. 2016. № 10. С. 38–48.
83. Комар П. А. Роль судової правотворчості в утвердженні принципу верховенства права : дис. ... докт. філософії : 081 «Право». Вінниця, 2021. 237 с.
84. Конституційне право : підручник / за загальною редакцією М. І. Козюбри. / Ю. Г. Барабаш, О. М. Бориславська, В. М. Венгер, М. І. Козюбра, О. М. Лисенко, А. А. Мелешевич. К. : ВАІТЕ, 2021. 528 с.
85. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text> (дата звернення 14.08.2022).
86. Коритко Л. Я., Юрчишин В. Д. Вплив «негативної» правотворчості Європейського Суду з прав людини та Конституційного Суду

України на трудове законодавство. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2012. Вип. 2. С. 105–113.

87. Корнієнко В. Висновок правової експертизи: теоретико-правові аспекти. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. №7. С. 265–269.

88. Корчевна Л. О. Проблема різноджерельного права: Дослід порівняльного правознавства : монографія. Київ : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. 360 с.

89. Косович В. М. Загальнотеоретичні аспекти удосконалення нормативно-правових актів : дис. ... докт. юр. наук : 12.00.01. Львів, 2015. 446 с.

90. Косцова І. П. Герменевтичний метод тлумачення норм права: історична та юридична дивергенція URL: <https://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2017/jun/4835/kostsova.pdf> (дата звернення 17.07.2021)

91. Кравченко С. П. Інформаційно-комунікативна цінність мови права / С. П. Кравченко // Правове життя сучасної України : матер. Міжнар. наук.-практичної конф. (м. Одеса, 17 трав. 2019 р.) : у 2 т. Т.1 / відп. ред. Г.О. Ульянова. — Одеса : Видавничийдім «Гельветика», 2019. — С. 65–68.

92. Кравчук М. В. Правова система США : наукове видання для студ. вищ. навч. зал. URL: <http://dspace.tneu.edu.ua/bitstream/316497/575/1/book%20%D0%9F%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D0%B2%D0%B0%20%D1%81%D0%B8%D1%81%D1%82%D0%B5%D0%BC%D0%B0%20%D0%A1%D0%A8%D0%90.PDF>: (дата звернення 03.07.2020)

93. Крестовська Н. М., Матвеева Л. Г. Теорія держави і права: Елементарний курс. Видання друге. Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. 432 с. URL: <https://studies.in.ua/krestovska-nm-teorja-derzhavi-prava.html>

94. Крижановський А. Ф. Міждисциплінарність: шлях з двостороннім рухом. *Наука та суспільне життя України в епоху глобальних викликів людства у цифрову еру (з нагоди 30-річчяпроголошення*

незалежності України та 25-річчя прийняття Конституції України) : у 2 т. : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 21 трав. 2021 р.) / за загальною редакцією С. В. Ківалова. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. Т. 1. С. 40–43.

95. Крижановський А. Ф. Образ правопорядку. *Наукові праці Одеської національної юридичної академії*. Том VI. Одеса : Юридична література, 2007. С. 82–86.

96. Крижановський А. Ф. Феноменологія правопорядку : поняття, виміри, типологія : монографія. О. : Фенікс, 2006. 193 с.

97. Кузнєцов В. І. Філософія права. Історія та сучасність : навчальний посібник. К. : ВД «Стилос»: ПЦ «Фоліант», 2003. 382 с.

98. Кушніренко В. Ісламське суспільство та його вестернізація. *Політичний менеджмент*. 2003. №1. С. 136–141.

99. Латигіна Н. А. Іслам: шлях крізь століття : монографія. Київ : Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2016. 360 с.

100. Левенець Б. Модель судового правозастосування Великобританії та США. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. №1. С. 170–175.

101. Лелеко В. В. Застосування герменевтичного підходу до вивчення тексту. URL: <http://moodle.ndu.edu.ua/file.php/1/NaykZap2010N11/mnv/mnv6.pdf> (дата звернення 18.01.2022)

102. Лепех Ю. Питання про співвідношення понять «правотворчість» та «нормотворчість». *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія : Юридичні науки. 2016. № 855. С. 225–231. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2016_855_37.

103. Лозинська І. В. Правотворчість у правовій державі : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.01. Львів, 2012. 20 с.

104. Лук'янов Д. В. Правова система як предмет порівняльно-правових досліджень: характеристика за теорією систем. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2015. № 2 (81). С. 27–35.

105. Луць Л. А. Методологічні можливості типологізації правових систем. URL : https://elib.bsu.by/bitstream/123456789/20799/1/4_луць.pdf
106. Мазур М. В. Акти органів судової влади як джерело конституційного права України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Харків, 2009. 233 с.
107. Максимов С. Лекція професора С. Максимова : вступ до курсу «Філософія права». *Право України*. 2011. № 8. С. 373–386
108. Мангайм К. Ідеологія та утопія. пер. з нім. В. Швед. К.: ДУХ І ЛІТЕРА, 2008. 370 с.
109. Маніліч О. В. Місце релігійних норм у правовій системі держави. *Право і суспільство*. 2012. № 4. С. 43–47.
110. Манько Д. Г. Спеціальні методи юридичної діяльності щодо створення правових актів. URL: <http://sci-notes.mgu.od.ua/archive/v29/3.pdf>
111. Манько Д. Г. Технології та алгоритми юридичної діяльності : дис. ... докт. юр. наук : 12.00.01. Одеса, 2020. 460 с.
112. Манько Д. Г. Технологія проведення правової експертизи юридичних документів. URL: <http://www.sci-notes.mgu.od.ua/archive/v25/22.pdf> (дата звернення 01. 05. 2022)
113. Манько Д. Г. Юридичні технології та алгоритми формалізації права у вимірі юридичної діяльності : монографія. Одеса : Фенікс, 2019. 320 с.
114. Марченко А. А. Прецедентний характер рішень Конституційного Суду України. URL: <https://6aas.gov.ua/ua/proekty/articles/m/2215-pretседentnij-karakter-rishen-konstitutsijnogo-sudu-ukrajini.html>
115. Мельничук І. М. Нормативно-правові акти міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, правові аспекти їх виконання та застосування URL: <https://minjust.gov.ua/m/normativno-pravovi-akti-ministerstv-inshih-tsentralnih-organiv-vikonavchoi-vladi-pravovi-aspekti-ih-vikonannya-ta-zastosuvannya> (дата звернення 21. 02.2022)

116. Мелякова Ю. В. Правотворчість у прецедентному і континентальному праві: герменевтичний аналіз. *Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого*. 2012. № 2 (12). С.126–143.

117. Методичні рекомендації щодо проведення правової експертизи проектів нормативно-правових актів: схвалено Постановою колегії Міністерства юстиції України від 21 листопада 2000 р. № 41. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va041323-00#Text>

118. Методологія та організація наукових досліджень. URL: <http://www.uk.x-pdf.ru/6tehnicieskie/282467-18-metodologiya-organizaciya-naukovih-doslidzhen-navchalno-metodichniy-posibnik-dlya-samostiynogo-vivchennya-navchalnoi.php> (дата звернення 18. 12. 2021)

119. Миронюк Р. В. Особливості судового розгляду окремих категорій адміністративних справ : навч. посібник. Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2019. 352 с.

120. Міневич О. І. Поняття та види правових помилок: загальнотеоретичне дослідження : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.01. Одеса, 2021. 236 с.

121. Мінченко О. В. Юридіко – лінгвістична теорія правознавства : дис. ... докт. юр. наук : 12.00.01. Київ, 2020. 452 с.

122. Мочульська М. Є. Правова доктрина та наукова експертиза: взаємодія в сучасних умовах. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2012. № 4. С.55–64.

123. Мусієвський В. Є. Правотворчість судової влади: перспективи впровадження в Україні. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2012. Вип. 8. С. 25–29. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzlubp_2012_8_9

124. Оболенський О. Ю., Корольок Ю. Г. До питань методології системного пізнання складних систем. *Науковий вісник академії муніципального управління*. 2010. № 3. С. 175–181.

125. Оборотов Ю. М. Філософія права і методологія юриспруденції. *Проблеми філософії права*. 2003. Том 1, С.41–43.
126. Орач Є. М. Історія політичних і правових вчень. URL: http://megalib.com.ua/book/25_Istoriya_politichnih_i_pravovih_vchen.html
127. Основи наукових досліджень : навч. посіб. для студ. спеціальності 141 «Електроенергетика, електротехніка та електромеханіка» / КПІ ім. Ігоря Сікорського; уклад.: Г. Г. Стрелкова, М. М. Федосенко, А. І. Замулко, О. С. Іщенко. Електронні текстові дані (1 файл: 500 Кбайт). Київ : КПІ ім. Ігоря Сікорського, 2019. 120 с.
128. Пархоменко П. Норми негативного впливу. *Закон і бізнес*. 2015. URL : https://zib.com.ua/ua/print/117735-zastosuvannya_neyakisnogo_zakonodavstva_stae_prichinoyu_por.html
129. Погребняк С. Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/4963/1/Pogrebnak_92.pdf (дата звернення 09.09.2020).
130. Подцерковний О., Олюха В. Щодо правового значення статуту у сфері господарювання. *Юридичний вісник*. 2018. № 1. С. 87–91.
131. Полховська І. К., Пахомова В. А. Проблемні аспекти виконання рішень Конституційного Суду України. 2016. № 3. С. 213–218.
132. Пономарьова Г. П., Бондаревич М. П. Історія становлення й розвитку делегованого законодавства : досвід Великої Британії, Франції, США. *Юридичний науковий журнал*. 2017. № 6. С. 16–20.
133. Попов Ю. Ю. Прецедентне право у контексті загальнообов'язковості судових рішень та українські перспективи. URL : http://popov-yuyu.narod.ru/27_Precedent.htm. (дата звернення 14. 01. 2022).
134. Порівняльне правознавство: комплекс навчально-методичного забезпечення навчальної дисципліни : навч. посіб. для студ. спеціальності 081 «Право», спеціалізацій: «Господарське та адміністративне право і процес», «Інформаційне право та право інтелектуальної власності» / КПІ ім.

Ігоря Сікорського; уклад. : Костенко І. В. Електронні текстові дані (1 файл: 325 Кбайт). Київ : КПІ ім. Ігоря Сікорського, 2018. 112 с.

135. Порівняльне судове право: навч. посіб. / І. Є. Марочкін, Л. М. Москвич, Н. В. Сібільова, В. С. Бабкова, Ю. І. Крючко; за ред. І. Є. Марочкіна та Л. М. Москвич. Х. : Право, 2008. 112 с.

136. Порядок скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів : затверджений Наказом Міністерства юстиції України від 31 липня 2000 № 32/5. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0458-00#Text> (дата звернення 05.06.2022).

137. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11 вересня 2019 р. у справі № 520/12022/17. URL : <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/85412892>

138. Постанова Верховного Суду України від 13 січня 2021 року у справі № 638/15576/16-ц. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94129960>

139. Постанова Верховного Суду України від 14 липня 2021 у справі №260/20/19. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=98306580&red=100003e5976901556b5286d735f59adaa3325d&d=5>

140. Постанова Верховного Суду України від 28 квітня 2021 року у справі № 905/279/20 URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=96668849&red=100003af9215e277e6eedd16ae6fd7cb49e3b5&d=5>

141. Право Європейського Союзу : загальнотеоретичні аспекти. URL : <https://arm.naiaiu.kiev.ua/books/eulaw/info/lec1.html>

142. Правозастосовні помилки: визначення поняття, види, причини появи, методи усунення. URL: https://arm.naiaiu.kiev.ua/books/legal_documentation/info/lec5.html

143. Принципи європейського договірнього права. Коментарі та рекомендації / пер. з англійської ТОВ «Асоціація експортерів і імпортерів «ЗЕД». К. : Асоціація «ЗЕД», 2013. 304 с.

144. Про доступ до офіційних документів : Рекомендації Ради Європи № R (2002)2 від 21 лютого 2002 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/994_a33

145. Про Регламент Верховної Ради України. Закон України від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/1861-17>

146. Радбрух Г. Законне неправо та надзаконне право. *Проблеми філософії права*. 2004. Том II. С. 83–94.

147. Реєстрація компаній в Литовській Республіці. URL : <https://lithuania.mfa.gov.ua/spivrobitnictvo/3542-stan-torgovelyno-jekonomichnih-vidnosin/reystraciya-kompanij-v-litovskij-respublici>

148. Рибікова Г. В. Правова експертиза нормативно-правових актів як правова категорія та наукова доктрина. *Юридичний вісник*. 2013. 4 (29). С. 28–32.

149. Рибікова Г. В. Деякі питання методології наукових досліджень правової експертизи нормативно-правових актів. *Юридичний вісник*. 2020. 4 (57). С. 47–51.

150. Рибікова Г. В. Правова експертиза нормативно-правових актів в Україні : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.01. Київ, 2017. 215 с.

151. Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду 13 березня 2019 року у справі № 160/492/19. URL : <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/80503650>

152. Рішення Європейського Суду з прав людини від 24 жовтня 1979 р. Вінтерверп (Winterwerp) проти URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_155.

153. Рішення Житомирського районного суду № 278/1258/16-ц у справі № 278/1258/16-ц від 25 січня 2022 року. URL : <https://reyststr.court.gov.ua/Review/103503880> (дата звернення 14. 08. 2022).

154. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради України «Про чинність Закону України «Про Рахункову палату», офіційного тлумачення положень частини другої статті 150 Конституції України, а також частини другої статті 70 Закону України «Про Конституційний Суд України» стосовно порядку виконання рішень Конституційного Суду України (справа про порядок виконання рішень Конституційного Суду України) від 14 грудня 2000 року № 15-рп/2000

155. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень постанови Кабінету Міністрів України «Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів», положень частин першої, третьої статті 29 Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік», абзацу дев'ятого пункту 2 розділу II «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік» від 28 серпня 2020 року № 10-р/2020

156. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368² Кримінального кодексу України від 26. 02. 2019 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19>

157. Рішення Конституційного Суду України у справі про призначення судом більш м'якого покарання від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04#Text>

158. Рішення Окружного адміністративного суду м. Києва від 28 квітня 2021 року № 640/17424/19. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1742805-21#Text>

159. Рожко В. В. Особливості іудейського (єврейського) права. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2014. Вип. 4. С. 84–97.

160. Рожко В. В. Проблема суддівського розсуду в правових системах Японії та Китаю. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2015. Вип.1. С. 56–71.

161. Ряшко О. В. Закон і законність у концепціях мислителів Західної Європи (філософсько – правовий аспект). *Науковий вісник*. 2008. № 2. С. 1–12.

162. Сердюк І. В. Взаємозв'язок права і моралі як регулятор суспільних відносин. *Юридична психологія*. 2016. №1. С. 48–57.

163. Скакун О. Ф. Законотворча (правотворча) функція Конституційного суду України. *Актуальні проблеми політики*. 2003. Вип. 16. С. 60–68.

164. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : навч. посіб. Харків : Консум, 2001. 656 с. URL: <http://politics.ellib.org.ua/pages-cat-51.html>

165. Слотвінська Н. Д. Судова практика як джерело права : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.01. Львів, 2016. 198 с.

166. Слотвінська Н. Судова практика як джерело єврейського та ізраїльського права. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. Вип. 5. С. 108-111

167. Спіноза Б. Етика. URL: http://loveread.ec/read_book.php?id=90717&p=63

168. Спінчевська О. М. Юридичні позиції Конституційного Суду України як джерело правового регулювання конституційного юрисдикційного процесу. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2020. № 3 (116). С. 57–67.

169. Стецик Н. В. Судова правотворчість у правовій системі Федеративної Республіки Німеччини. *Науковий вісник Львівського державного університету Внутрішніх справ*. 2010. № 4. С. 124–128.

170. Стрельцова О. В. Загальні принципи права як джерело права Європейського Союзу URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/63930/5-Streltsov.pdf?sequence=1>

171. Стрижак А. Порушення процедури внесення змін до Основного Закону знову може мати наслідком визнання їх нелегітимними. *Закон і Бізнес*. URL: https://zib.com.ua/ua/129256-golova_ksu_20072010_rr_andriy_strizhak_porushennya_proceduri.html (дата звернення 10.09.2020 р.)

172. Судова влада України. Голова Конституційного Суду України Станіслав Шевчук: «Конституція – це не лише текст, а й цінності та дух» (11.05.2018). URL: <https://court.gov.ua/press/news/481840/> (дата звернення 10.02.2022) .

173. Судова правотворчість у механізмі забезпечення принципу верховенства права в умовах реформування правосуддя. URL: <https://court.gov.ua/sud0590/pres-centr/news/310283/> (дата звернення 03.08.2020)

174. Тарасенко Н. Конституційний Суд України: реформувати не можна ліквідувати. *Конституційна Асамблея електронна бібліотека НБУВ* : вебсайт. URL : http://nbuviap.gov.ua/asambleya/Konst_sud_ukr_ref_ne_mogna_likvid.php (дата звернення 10.03.2022)

175. Таш'ян Р. І. Позасудове оспорювання недійсних правочинів: зарубіжний досвід. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2017. Вип. 46. Том 1. С. 81–83.

176. Теорія природного права Гуго Гроція. URL: <https://textbooks.net.ua/content/view/2453/32/>

177. Терлецький Д. С., Батан Ю. Д., Запорожець В. І. Конституційна юстиція : навч.- метод. посібник / за заг. ред. Д. С. Терлецького. Одеса, 2021. 154с.
178. Терюкова Є. Ю. Правові акти у процесі здійснення конституційного правосуддя. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=86296> (дата звернення 09.08.2022)
179. Ткачук П. М. Правові позиції Конституційного Суду України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2006. № 2. С. 10–21.
180. Традиційні правові системи. URL: <http://ftplec.nlu.edu.ua/Лекційні%20матеріали/Кафедра%20міжнародного%20публічного%20права%20та%20порівняльного%20правознавства/Правничі%20системи%20сучасності/Правничі%20системи%20сучасності%20.Традиційна%20правова%20сім%27я.pdf>
181. Турянський Ю. І. Становлення та розвиток прав людини в античні часи. URL: <https://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2020/feb/20935/8.pdf>
182. Уварова О. О. Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика : монографія. Харків: «Друкарня МАДРИД», 2012. 196 с.
183. Уварова О. О. Недержавне право: запрошення до дискусії. *Право і громадянське суспільство*. URL: <http://lclaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/1-10-2015/item/198-nederzhavne-pravo-zaproshennya-do-dyskusi-yi-uvarova-o-o>
184. Усунення недоліків нотаріального акту. URL : https://wiki.legalaid.gov.ua/index.php/Усунення_недоліків_нотаріального_акту
185. Ухвала Окружного адміністративного суду м. Києва від 11 січня 2019 р. № 826/9665/16 URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/79495169/>

186. Ухвала Окружного адміністративного суду міста Києва від 11 лютого 2019 № 79495169. URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/79495169/>
187. Фальковський А. О. Плюралізм підходів як чинник утвердження постнекласичного етапу розвитку методології юриспруденції. URL : http://app.nuoua.od.ua/archive/42_2011/10.pdf (дата звернення 01.07.2021)
188. Філософія права : проблеми та підходи : навч. посіб. для студ. спеціальності «Правознавство» / П. М. Рабінович, С. П. Добрянський, Д. А. Гудима, С. П. Рабінович та ін.; за заг. ред. П. М. Рабіновича. Львів : Юрид. ф-т Львів. націон. ун-ту ім. Івана Франка, 2005. 332 с.
189. Хорошковська Д. Ю. Роль судової практики в системі джерел права України. *Наукові записки*. 2004. Том 26. С. 91–94.
190. Центр законопроектних студій. Експертиза. URL : <http://lawdrafting.org/expertise/>
191. Цись С. С. Доктринальні засади правотворчості: проблеми наукового розуміння. *Часопис Київського університету права*. 2015. №1. С. 69–72.
192. Цувіна Т. А. Принцип верховенства права у практиці Європейського Суду з прав людини. *Часопис Київського університету права*. 2019. Вип.4. С. 373–379
193. Чанишева Г. І. Колективні угоди як правові акти соціального діалогу. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. №1. С. 600–603
194. Чепульченко Т. О. Права людини в ісламі. URL : https://ela.kpi.ua/bitstream/123456789/4935/1/11%20-%201_9_%20-%2028.pdf
195. Чимний Р. Джерело нам не наказ. *Закон і Бізнес*. 2017. URL: https://zib.com.ua/ru/print/130599-rassmotrenie_v_ks_voprosa_otnositelno_praktiki_espch_mozhet_.html.
196. Чувакова Г. М. Погляд на неправо. Право і суспільство. 2022. № 3. С. 27–31

197. Шапенко Л. О., Кириченко В. В. Концепція «Живого права» Є. Ерліха у вимірі сучасного праворозуміння. *Держава та регіони. Серія: Право*. 2019. №1 (63). С. 125–130.
198. Шаповал В. М. Конституційний контроль в Україні: концепт та інститути. *Право України*. 2016. №10. С. 125–140.
199. Шаповал В. М. Конституція Польської Республіки (з передмовою Володимира Шаповала). К.: Москаленко О.М., 2018. 82 с.
200. Шаріат. *Юридична енциклопедія* : у 6 т. / ред. кол. Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. К. : Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 2004. Т. 6 : Т. Я. 768 с. ISBN 966-7492-06-0. URL: <https://www.wiki.uk-ua.nina.az/Шаріат.html>
201. Шевчук Р. Ще раз про діалектичний метод в правознавстві. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 11. С. 216–219.
202. Шевчук С. Нормативність актів судової влади: від правоположення до правової позиції. URL : <https://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/0/96d2874f40bf97acc225764000495b7e?OpenDocument&Click> = (дата звернення – 12.06.2021)
203. Шелестов К. А. Методологічні вимоги до вивчення правової карти світу. URL : <http://www.apdp.in.ua/v45/44.pdf>
204. Шульга В. Як відкрити компанію або філію у країнах ЄС. URL : https://biz.ligazakon.net/analytics/212221_yak-vdkriti-kompanyu-abo-flyu-u-kranakh-s
205. Щамбура Д. В. «Живе право» Є. Ерліха та його сучасна інтерпретація. *Часопис Київського університету права*. 2019. Вип. 4. С. 61–67.
206. Юдін З. М. Герменевтика права і мистецтво інтерпретації. URL : <https://uchika.in.ua/nacionalenij-universitet-odeseka-yuridichna-akademiya-mikolayi.html?page=20> (дата звернення 17.07.2021)
207. Юридичний аналіз документа. URL: <https://zakon911.com/dokumentatsiia/analiz-dokumenta>

208. Юридичні наслідки визнання нормативного акта неконституційним : семінар-практикум. *Інформація Судово – юридичної газети*. URL : <https://sud.ua/ru/news/sud-info/175449-yuridichni-naslidki-viznannya-normativnogo-akta-nekonstitutsiynim-vidbuvsya-seminar-praktikum>

209. Юрчишин В. Д. Поняття та основні ознаки правової експертизи проектів НПА. *Держава і право*. 2011. № 51. С. 57–63.

210. Як самостійно відкрити GmbH у Німеччині. URL : <https://migrant.biz.ua/nimechina/biznes-de/vidkryty-gmbh.html>

211. Яковенко Л. І. Міждисциплінарність та необхідність її реалізації в освіті. URL : <http://dspace.pnpu.edu.ua/bitstream/123456789/2842/1/Jakovenko.pdf> (дата звернення 19. 01. 2022)

212. Anat Scolnicov, Religious law, religious Courts and human rights within Israeli constitutional structure. *International Journal of Constitutional Law*. October 2006. Volume 4, Issue 4. P. 732–740. URL: <https://doi.org/10.1093/icon/mol037>

213. Bobrova T. A. Judicial law-making: positive and negative aspects. *KELM (Knowledge/Education/Law/Management)*. № 3 (39) vol. 2, P. 150–155.

214. Didych T., Bobrovnyk S., Shevchenko A. Forms of Modern Lawmaking in the System of a Theoretical and Applied Paradigm of Law Knowledge. *International Journal of Recent Technology and Engineering*. Volume-8 Issue-4S, November 2019, ISSN: 2277-3878 (Online). P. 78-82. URL : <https://www.ijrte.org/download/volume-8-issue-4s>.

215. Didych T. Judicial Law-making and Its Regulation in Independent Ukraine: Its History and Development. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2021. Vol. 3(11). P. 81-100.

216. eDiscovery Document Review. URL : <https://www.globalbpo.co.uk/e-discovery-document-review/>

217. Eric J. Segall. What the Supreme Court Says It Means. URL : <https://harvardlawreview.org/2016/02/the-constitution-means-what-the-supreme-court-says-it-means/> (date of request 09. 02. 2022)

218. Experts say 23% of lawyers' work can be automated—law schools are trying to stay ahead of the curve. URL : <https://www.cnn.com/2020/02/06/technology-is-changing-the-legal-profession-and-law-schools.html>

219. Farinacci-Fernós, Jorge. Constitutional Courts as Majoritarian Instruments. *ICL Journal*. 2020. vol. 14, no. 4. pp. 379–397. URL: <https://doi.org/10.1515/icl-2020-0014> (date of the requests: 09.05.2020)

220. Gardbaum S. Are strong constitutional courts always a good thing for new democracies? *Columbia Journal of Transnational Law*. 2015. 53(2). P. 285–320.

221. General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. URL : <https://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf> ; accessed 07 May 2020. (date of the requests: 03.06.2020).

222. Handbuch der Rechtsförmlichkeit : Empfehlungen des Bundesministeriums der Justiz zur einheitlichen rechtsförmlichen Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverordnungen nach § 38 Abs. 3 GGO II. URL: <https://dnb.info/956280358/04>

223. Hertogh M. What is Non-State Law? Mapping the Other Hemisphere of the Legal World (July 2007). URL : <https://ssrn.com/abstract=1008451> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1008451>

224. Hogarth R. Judicial review. URL : <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/judicial-review> (date of request 07. 05. 2022)

225. Japanese court upholds refusal to register same-sex marriages as unconstitutional. URL : <https://www.dw.com/ru/sud-v-japonii-priznal-nekonstitucionnym-otkaz-v-registracii-odnopolyh-brakov/a-56895537>

226. Kelsen H. La garantie juridictionnelle de la constitution (La Justice Constitutionnelle) *Revue de Droit Public et Science Politique en France et etranger*, 1928. P. 197–257. URL: www.worldcat.org/.../garantie-juridictionnelle-de-la-constitution

227. Kivalov S. V. Anti-corruption mechanism in Ukraine: content actualization under the conditions of normative innovations. *Cuestuines politicas*. 2021. Vol. 39. № 71. C. 975–985.

228. Lord Hodge. The scope of judicial law-making in the common law tradition. *Max Planck Institute of Comparative and International Private Law*. 2019. P. 1–18.

229. Marieta Safta. Developments In The Constitutional Review. *Constitutional Court Between The Status Of Negative Legislator And The Status Of Positive Co-Legislator. Perspectives of Law and Public Administration, Societatea de Stiinte Juridice si Administrative (Society of Juridical and Administrative Sciences)*. URL: https://hrcak.srce.hr/index.phpj?show=clanak&id_clanak_jezik=229993 vol. 1(1), pages 1–20, December. (date of the requests: 07.05.2022)

230. Mato Arlović. The mutual relation between the positive and the negative legislator in the Republic of Croatia. *Pravni vjesnik : časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku*. 2015. Vol. 31. № 3–4. URL : https://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=229993 (date of the requests: 07.05.2022)

231. Merryman J. H. The Civil Law Tradition. URL : <https://www.sup.org/books/title/?id=29439/> (date of the requests: 02.09.2020)

232. Michaels R. The Re-Statement of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism. 2005. URL:

https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2016&context=faculty_scholarship

233. Mitchell C. What is a Document Review? URL : <https://www.mylawquestions.com/what-is-a-document-review.htm>

234. Moore S. F. Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study, *Law & Society*. 1973. Review 4 (7), 719–746. URL : <https://www.jus.uio.no/smr/om/aktuelt/arrangementer/2015/sally-falk-law-social-change-214134659-0001.pdf>

235. Neal Tate C. Judicial review. URL : <https://www.britannica.com/topic/judicial-review> (date of request 07. 02. 2022)

236. Overview-Rule of Law. URL: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/overview-rule-law> (date of request 07. 02. 2022)

237. Parliament's authority. *UK Parliament*. URL : <https://www.parliament.uk/about/how/role/sovereignty/> (date of requests 17.03.2022)

238. Rabea Benhalim, Religious Courts in Secular Jurisdictions: How Jewish and Islamic Courts Adapt to Societal and Legal Norms, 84 *BROOK. L. REV.* 745 (2019), available at <https://scholar.law.colorado.edu/articles/1229>.

239. Repeal of statutes : current position URL : <http://parliamentlibraryindia.nic.in/writereaddata/Library/Reference%20Notes/repeal.pdf>

240. Role of Document Review in U.S Litigation. URL : <https://www.aerenlpo.com/wp-content/themes/aeren-lpo/articles/role-of-document-review-in-US-litigation.pdf>

241. Shuya Iwamoto Kobe court : Diet's inaction on former eugenics law was «illegal». URL : <https://www.asahi.com/ajw/articles/14410805>

242. Skrypniuk O. V., & Tomkina O. O. (2021). Strengthening of the institutional capacity of the Constitutional Court of Ukraine in the conditions of modern society as a scientific and practical problem. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 28 (4). 104-112.

243. Statute law repeals. URL : <https://www.lawcom.gov.uk/our-work/statute-law-repeals/>

244. Statutory Interpretation : Theories, Tools, and Trends. Updated April 5, *Congressional Research Service*. 2018. URL : <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R45153> (date of request 09.02.2022)

245. The Judiciary Act of 1789. URL : <https://usa.usembassy.de/etexts/democrac/8.htm> (дата звернення 03.07.2020)

246. The Rule of Law. URL : <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/> (date of requests 15. 03. 2022)

247. Trykhlіb K. Law-making activity in the case law of the constitutional court of Ukraine. *International and Comparative Law Review*. (2019). 19 (2), p. 27–75.

248. What is an Act of Parliament? URL : <https://www.parliament.uk/about/how/laws/acts/>

249. Zubaidah Abdul Jalil. Japan: Osaka court rules ban on same-sex marriage constitutional. URL : <https://www.bbc.com/news/world-asia-61670667>

ДОДАТКИ

Додаток А

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Боброва Т. А. «Негативна» правотворчість: вітчизняні реалії та зарубіжний досвід. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. 1(26). С. 9–13.
2. Боброва Т. А. Здійснення «негативної правотворчості» в країнах романо-германської правової системи. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. 2020. Випуск 88. С. 26–35.
3. Bobrova T. A. Judicial law-making: positive and negative aspects. *KELM (Knowledge/Education/Law/Management)*. 2021. № 3 (39) vol. 2. P. 150–155 DOI <https://doi.org/10.51647/kelm.2021.3.2.24>
4. Боброва Т. А. Юридичні технології створення актів негативної правотворчості. *Право і суспільство*. 2022. № 2. С. 9–15.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації та додатково відображають наукові результати дисертації:

5. Боброва Т. А. «Негативна» правотворчість: її сутність та значення. *Теоретичний аналіз та наукові дослідження юридичної науки у XXI столітті* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., (м. Запоріжжя, 26–27 квітня 2019 р.). Запоріжжя: Класичний приватний університет, 2019. С. 6–10.
6. Боброва Т. А. Негативна правотворчість як явище правової реальності. *Правове життя сучасної України* : у 3 т. : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., (м. Одеса, 15 травня 2020 р.) / відп. ред. М. Р. Аракелян. Одеса : Гельветика, 2020. Т. 1. С. 130–133.
7. Боброва Т. А. Позитивна та негативна правотворчість у сучасних реаліях. *Наука та суспільне життя України в епоху глобальних викликів*

людства у цифрову еру (з нагоди 30-річчя проголошення незалежності України та 25 – річчя прийняття Конституції України) : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., за заг. ред. С. В. Ківалова, (м. Одеса, 21 травня 2021 р.). Одеса : НУ «ОЮА», 2021. С. 110–113.

8. Боброва Т. А. Здійснення «негативної правотворчості» в країнах романо-германської правової системи. *Юриспруденція сьогодні: між апологією і креативністю. Пам'яті професора Ю. М. Оборотова : (до 75-річчя від дня народження доктора юридичних наук, професора Ю. М. Оборотова) : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., (м. Одеса, 17 вересня 2021 р.) / Нац. ун-т «Одеська юрид. академія»; за заг. ред. А.Ф. Крижановського. Одеса : Фенікс, 2021. С. 189–192.*

9. Боброва Т. А. Щодо статусу актів «негативної правотворчості». *Розвиток наукової думки постіндустріального суспільства: сучасний дискурс : матеріали II Міжнар. наук.-практ. конф., (Т.1), (м. Дніпро, 8 жовтня 2021 р.). Вінниця : Європейська наукова платформа, 2021. С. 61–63.*

10. Боброва Т. А. «Негативна правотворчість» як засіб вдосконалення правового регулювання. *Українське суспільство в умовах воєнного стану: сучасні виклики та напрямки розвитку : матеріали Всеукр. наук. конф. молодих вчених (м. Одеса, 6 червня 2022 р.) / уклад.: Ю. Д. Батан, В. С. Кучерявенко, Л. С. Бондарчук та ін.; за ред. М. Р. Аракеляна, К. І. Спасової. Одеса : Фенікс, 2022. С. 23–26. URL : <https://hdl.handle.net/11300/20006>*

ВІДОМОСТІ ПРО АПРОБАЦІЮ РЕЗУЛЬТАТІВ ДОСЛІДЖЕННЯ

Основні положення дисертації, результати розроблення проблеми, здобуті узагальнення і висновки обговорено на засіданнях кафедри загальної теорії права та держави Національного університету «Одеська юридична академія» та оприлюднено на міжнародних науково-практичних конференціях: «Теоретичний аналіз та наукові дослідження юридичної науки у ХХІ столітті» (м. Запоріжжя, 26–27 квітня 2019 р.); «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 15 травня 2020 р.); «Наука та суспільне життя України в епоху глобальних викликів людства у цифрову еру (з нагоди 30-річчя проголошення незалежності України та 25-річчя прийняття Конституції України)» (м. Одеса, 21 травня 2021 р.); «Юриспруденція сьогодні: між апологією і креативністю. Пам'яті професора Ю. М. Оборотова: (до 75-річчя від дня народження доктора юридичних наук, професора Ю. М. Оборотова)» (м. Одеса, 17 вересня 2021 р.); «Розвиток наукової думки постіндустріального суспільства: сучасний дискурс» (м. Дніпро, 8 жовтня 2021 р.); «Українське суспільство в умовах воєнного стану: сучасні виклики та напрямки розвитку» (м. Одеса, 6 червня 2022 р.).