

перед нами постає своєрідний привід правового позитивізму. Дійсно, сама по собі законотворча діяльність завжди поєднує в собі не лише потребу задоволення певних суспільних інтересів і потреб, але й орієнтацію на діючу систему законодавства, на ті закони й норми, які вже регулюють конкретні суспільні відносини, у зв'язку з чим виникає об'єктивна потреба комбінування діяльності законодавців з роботою професійних юристів. Проблема такого комбінування полягає в тому, що, на відміну від народних представників, у юристів-професіоналів немає представницького мандату довіри від громадян, чий інтерес вони захищають. Більше того, в даному випадку може виникнути суперечність між представниками суспільних інтересів (народу) і представниками закону (в цьому сенсі можна твердити, що юристи так би мовити, «мандат довіри» з боку закону).

Вище нами було розглянуто лише окремі проблеми, що постають в процесі побудови реалістичної моделі законотворчого процесу. Причому ми свідомо акцентували увагу лише на одному з аспектів системної моделі законотворчості, який відбиває зв'язок між представницькими органами державної влади та суспільством. Очевидно, що подібні проблемні питання виникають і в інших сферах, коли мова йде про діяльність органів державної влади щодо застосування законів, про моніторинг ефективності законотворчої та законодавчої діяльності тощо. Більше того, можна цілком певно передбачити, що порівняно із класичною позитивістською моделлю, реалістична модель законотворчості, як більш складна й така, що враховує більшу кількість факторів, завжди ставитиме перед дослідниками й більшу кількість проблем. Утім, якщо все виглядає саме так, що ж тоді змушує нас шукати нові моделі опису законотворчого процесу? Та чи має бодай якусь цінність пропонована «реалістична модель»?

Наша відповідь є позитивною: так, подібна модель є необхідною. Щож до зростаючої кількості питань, то це не більш як та ціна, яку ми маємо сплатити за її «реалістичність». При цьому поняттям «реалістичність» ми описуємо нашу відмову від усіх тих юридичних ідеалізацій, які вносяться в опис процесу законотворчості юридичним позитивізмом.

С. Погребняк, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Основні вимоги, що впливають з принципу верховенства права

Як відомо, принцип верховенства права (англ. — *rule of law*) є одним з провідних елементів загальних засад конституційного ладу будь-якої сучасної демократичної, правової держави. Він являє собою похідну всіх загальних засад права; як ціннісний сплав ідей справедливості, рівності, свободи і гуманізму верховенство права формує відповідний образ правової системи і визначає ті умови, що дають змогу перетворити цей образ на реальність.

Одне з найважливіших завдань, що постає при дослідженні верховенства права — формулювання переліку вимог, які впливають зі змісту цього принципу. Незважаючи на відносно велику кількість праць, присвячених цьому принципу, даний аспект дотепер залишається не повною мірою зрозумілим.

Характеризуючи цей принцип, насамперед слід з'ясувати, над чим право панує і здійснює своє верховенство. Не можна погодитись із спробами звести цю проблему до питання про першість права щодо інших суспільних регуляторів¹. Більш точним є зміщення акценту у визначенні змісту верховенства права на проголошення його першості перед державою. Унаслідок цього суверена, який проголошує право, заміщує чи має тенденцію замішувати суверенне право². Однак ще більш влучно характеризувати право як явище, що має перевагу над будь-якими рішеннями і діями окремих суб'єктів; усі подібні рішення і дії «проходять повірку» правом. У такому випадку цей принцип буде звернений як до приватних осіб, так і до державних органів і посадових осіб (у тому

¹ Див., напр.: Засць А. П. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. — К., 1999. — С. 133.

² Див.: Цвік М. В. Верховенство права в контексті прав людини // Актуальні проблеми формування правової держави в Україні: До 50-ї річниці Конвенції про захист прав людини і основних свобод: Матер. міжнар. наук.-практ. конф.: У 2 ч. - Х., 2000. - Ч. 1. - С. 51.

³ Манан П. Общедоступный курс политической философии: Пер. с франц. - М., 2004. — С. 278.

числі до суб'єктів нормотворення), що дає можливість обґрунтувати безумовний обов'язок усіх суб'єктів поважати право, забезпечити ситуацію, за якою суспільство є вільним як від приватного, так і від державного свавілля. Інакше кажучи, це «верховенство права, а не особи»¹. Яскрава альтернатива верховенству права — статут Василіска Семеновича Бородавкіна про «неперешкоджання градоначальників законами», описаний в «Історії одного міста» М. Салтикова-Щедрина. Перший і єдиний параграф цього статуту проголошував: якщо відчуваєш, що закон стає тобі на заваді, то, знявши його зі столу, поклади під себе; і тоді все це, ставши непомітним, значно тебе в дії полегшить².

«Підкорення нормам втрачає свій сенс, — зазначав Л. Фуллер, — якщо людина знає, що сам нормотворець не звертатиме ніякої уваги на власні нормативні акти. Треба пам'ятати також і про зворотний бік цього твердження, а саме: нормотворець не матиме жодного стимулу визнавати для себе обмеження принципу панування права, якщо знатиме, що його суб'єкти не схильні або не спроможні дотримуватися його норм; наприклад, невеликий сенс мала б спроба юридичного впорядкування стосунків між мешканцями притулку для душевнохворих. Саме в цьому сенсі функціонування правової системи залежить від спільних зусиль, від ефективних та відповідальних взаємодій законодавця та підданого»³.

У сучасній літературі існує багато різних конкуруючих визначень верховенства права. Утім, усі вони можуть бути зведені до двох основних груп, відомих як «формальна» і «матеріальна» (змістовна) концепції. Такий поділ є стандартом у теорії права. Основну відмінність між ними можна визначити так: формальні теорії зосереджуються на належних джерелах і формі законності, тоді як матеріальні теорії включають також вимоги до змісту закону (зазвичай він має узгоджуватися з правовими або моральними принципами)⁴.

Кожна з цих концепцій вкладається у три чіткі моделі, ґрунтовний виклад яких наведений у праці Б. Таманаги «Верховенство права: історія, політика, теорія»⁵.

¹ Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія: Пер. з англ. - К., 2007. - С. 141.

² Салтиков-Щедрин М. Е. История одного города // http://az.lib.ru/s/saltykow_m_e/text_0010.shtml.

³ Фуллер Л. Мораль права: Пер. з англ. - К., 1999. - С. 204.

⁴ Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. - С. 106-107.

⁵ Там само. - С. 106-131.

Так, до формальних концепцій належать визначення верховенства праваяк:

- *правління на основі закону*. У цьому найпростішому випадку закон розуміють як основний інструмент урядової дії (така ситуація характерна для кожної сучасної держави). Це визначення піддається справедливій критиці, оскільки правління за допомогою закону не забезпечує достатніх обмежень державної влади, що є необхідною умовою традиції верховенства права;

- *формальної законності*. Ця найбільш поширена серед англо-американських теоретиків права версія пов'язує верховенство права з існуванням закону, який здатний спрямовувати дії тих, хто йому підкоряється. Для цього закон має бути загальним, передбачуваним, зрозумілим і чітким;

- *поєднання демократії та законності*. Ця концепція доповнює вимоги формальної законності демократичною ідеєю, тобто думкою про обов'язковість легітимації закону за допомогою демократичної процедури його прийняття (іншими словами, закон у цьому разі встановлюється за згодою громадян).

Усі матеріальні концепції містять елементи формального розуміння верховенства права, додаючи до них різні конкретні моменти змістовного характеру, а саме:

- *індивідуальні права*. Ця найпоширеніша матеріальна теорія визначає верховенство права як ідеал правління, яке гарантує додержання прав людини. Її прихильники наполягають на тому, що індивіди мають права — як дар від Бога чи пов'язані зі статусом людських істот і членів моральної спільноти — незалежно від жодних безпосередніх положень конституцій чи законів. Отже, права людини мають визнаватися в законах, а у разі їх порушення — забезпечуватися судовою системою;

- *гідність людини*. Цей варіант є особливо популярним у Німеччині. Де гідність людини і захист цієї гідності як центральний елемент усіх Інших прав людини проголошений керівним принципом діяльності Держави (абз. 3 ст. 79 Конституції ФРН навіть забороняє за будь-яких обставин унесення змін до Основного Закону, які б стосувалися недоторканності людської гідності¹);

¹ Основной Закон Федеративной Республики Германии // Конституции зарубежных государств / Сост. В. В. Маклаков. - 3-е изд., перераб. и доп. - М., 2000. - С. 92.

- право на соціальне забезпечення. У цьому випадку класичне ліберальне розуміння верховенства права, спрямоване на встановлення обмежень державної влади, забезпечення негативної свободи індивідів, доповнюється ідеями реальної рівності, подолання бідності, гарантування гідних умов життя, соціального захисту, що впливають з концепції держави загального добробуту.

На нашу думку, більш обґрунтованими є саме матеріальні концепції, оскільки формальні теорії часто-густо призводять до висновків, абсурдних з точки зору нашого праворозуміння (наприклад, у літературі слушно підкреслюється, що відповідно до формальних теорій закон може встановити рабство, жодним чином не порушуючи принцип верховенства права).

Спробуємо викласти наше розуміння принципу верховенства права, яке ґрунтується на ідеї виокремлення двох його аспектів: формального і матеріального (органічного)¹.

Формальний аспект верховенства права

З формальної точки зору верховенство права полягає в тому, що в суспільстві мають існувати правові норми, яких дотримуються всі суб'єкти, у тому числі держава. У цьому випадку право обмежує державу самим фактом існування правил і процедур. У свою чергу індивід знає, як себе поводити та якої поведінки він може очікувати від інших суб'єктів. У такому сенсі можна говорити про право як про універсальну соціальну граматику, головне призначення якої полягає у створенні умов можливості спільного життя людей, тобто умов функціонування людської спільноти². Воно є альтернативою заснованому на пристрастях індивідуальному свавілля та насильству. Основні цінності, які асоціюються з цим аспектом верховенства права, — порядок, передбачуваність, упевненість, законність, правова безпека.

Формальний аспект верховенства права висуває такі вимоги:

1) у суспільстві має взагалі існувати система права як сукупність норм (правил, установлених для нескінченної кількості випадків певного виду і невідомої кількості осіб певної категорії). Для реалізації цієї вимоги, яка поза всяким сумнівом «ґрунтується на трюїзмі» (Л. Фуллер), не є принциповим ані зміст подібних норм (тобто у цьому випадку пра-

¹ Детальніше про ці два аспекти див., наприклад: Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. - К., 2001. - С. 113-119.

² Гюфе О. Демократія в епоху глобалізації: Пер. з нім. - К., 2007. - С. 50.

вила не оцінюються на їх відповідність принципам справедливості, рівності, свободи і гуманізму), ані їх зовнішня форма (вони можуть бути закріплені в законах, правових прецедентах, правових звичаях тощо);

2) ці норми права мають бути зрозумілими (чіткими, ясними і не суперечливими). Слід зауважити, що ідея верховенства права в принципі є сумісною з певним рівнем невизначеності і суперечливості правил, оскільки вона враховує таку фундаментальну особливість права, як його «відкрита структура» (Г. Харт)¹. Тому зміст норми права часто-густо піддається уточненню (деталізації і конкретизації) у процесі її застосування. Зрозуміло, що важливе значення тут мають правові позиції судових органів, за допомогою яких долається подібна правова невизначеність. Головне, щоб право не перетворилося в щось схоже на дельфійського оракула, який видавав невизначені звуки і вимовляв темні слова, значення яких кожному належало тлумачити як йому заманеться, за формулою «розумій, як бажаєш»².

Вимога зрозумілості стосується не лише окремих правових норм; вона обумовлює стандарти щодо прозорості (транспарентності) всього правового порядку. Це зачіпає низку фундаментальних правових проблем (наприклад, «нормативна інфляція»). Правопорядок повинен пропонувати повне врегулювання суспільних відносин, не допускаючи існування прогалин та ін.;

3) ці норми права повинні бути доступними (тобто оприлюдненими) і зазвичай не мати зворотної дії. Такі вимоги є природними, враховуючи той факт, що неможливо забезпечити додержання норм, які є невідомими. Сучасна правова система прагне зробити доступними не лише нормативно-правові, але й індивідуально-правові акти і акти офіційного тлумачення права. Тому вона запроваджує відповідні процедури доведення їх до відома зацікавлених осіб;

4) право має бути розумно стабільним, а правотворчість послідовною. У правовій системі повинен існувати оптимальний баланс між стабільністю і динамізмом. Суб'єктам права необхідно надавати достатньо часу для того, щоб вони могли пристосуватися до змін, викликаних прийняттям нового закону;

5) повинна існувати усталена практика реалізації норм права, яка підтримується гарантією їх одноманітного застосування. Іншими сло-

¹ Див.: Харт Х. Л. А. Концепція права: Пер. з англ. - К., 1998. - С. 128-129.

² Верещакін А. Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. - М., 2004. - С. 19.

вами, існує «узгодженість між офіційними діями та проголошеною нормою» (Л. Фуллер). У правовій системі не має бути жодних правових «оазисів», тобто зон, у яких теоретично чинне право на практиці не є обов'язковим¹. Подібні зони підривають довіру до правових інститутів, а разом з нею ідею верховенства права. Суб'єкти права мають бути впевнені в можливості реалізації своїх прав і необхідності виконання правових обов'язків. Це переконання повинне бути забезпечене функціонуванням судової системи, чиї рішення щодо застосування закону є остаточними, обов'язковими і підлягають ефективному виконанню.

Ці правила в найбільш яскравому вигляді втілені в так званій *процесуальній версії природного права* Л. Фуллера, яка пропонує вісім вимог внутрішньої моралі права². На думку відомого американського філософа права, внутрішня мораль права не є чимось доданим або встановленим для влади права, а є суттєвою умовою самої цієї влади; кожний відступ від принципів внутрішньої моралі права є зневагою гідності людини як відповідальної особи³.

Виконання вимог, що впливають з формального аспекту верховенства права, *забезпечується низкою юридичних інструментів і інституцій*, серед яких особливе значення мають:

- 1) *правила нормотворчої техніки*, тобто система вимог, спрямованих на створення найбільш доцільних за формою і досконалих за структурою, змістом та викладом нормативно-правових актів. Додержання цих правил є обов'язковим предметом перевірки під час проведення правової експертизи проекту нормативно-правового акта⁴;
- 2) *«технічне обслуговування» системи права (законодавства)*, тобто підтримання в належному порядку її внутрішньої логіки і зв'язку між нормами (статтями) в умовах постійно триваючих законодавчих реформ⁵;
- 3) *обов'язок оприлюднення* нормативно-правових актів і загальна заборона їх зворотної дії;
- 4) *принцип правової визначеності*, порушення якого при створенні нормативно-правових актів дає можливість визнання їх нечинними;

¹ Див.: Дарендорф Р. У пошуках нового устрою. Лекції про політику свободи у ХХІ столітті: Пер. з нім. - К., 2006. - С. 35.

² Див.: Фуллер Лон Л. Мораль права. - С. 95.

³ Там само. - С. 148, 154.

⁴ Див., наприклад: Справочник по нормотворческой технике: Пер. с нем. - 2-е изд., перераб. - М., 2002. - С. 4; Законодательная техника: Научно-практическое пособие. - М., 2000. - С. 66.

⁵ Див.: Кабриак Р. Кодификации: Пер. с франц. - М., 2007. - С. 200.

5) *принцип «економії закону»*, згідно з яким нормативно-правовий акт не повинен розроблятися і вводитися в дію за відсутності безумовних свідчень його необхідності, що ґрунтуються на об'єктивних критеріях¹;

6) *принцип добросовісності*, який є важливим при оцінці виконання вимог, що впливають з принципу верховенства права у формальному розумінні. Калігула, наприклад, як кажуть, поважав традицію, за якою всі закони Рима вивішувалися в публічному місці, але стежив за тим, щоб його власні закони були написані так дрібно й висіли так високо, щоб їх ніхто не міг прочитати². Інша (більш витончена) можливість — приховувати закони за витіюватими формулюваннями вчених книжок, збірників судових рішень, міркувань юристів, звичайв тощо, та ще все це на чужій мові, так щоб знання чинного права стало доступним лише тим, хто вивчає його спеціально³;

7) *ефективна судова система*, яка відповідає, зокрема, за узгодженість між юридичними діями та проголошеними нормами. Зрозуміло, що в цьому випадку йдеться про належне функціонування всіх різновидів судочинства (цивільного, господарського, кримінального та ін). Проте з огляду на важливість реалізації ідеї підкорення держави праву акцент має бути зроблено на адміністративному судочинстві, завданням якого є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства.

Матеріальний аспект верховенства права

Матеріальний аспект верховенства права полягає в тому, що мають існувати *доволі чіткі змістовні стандарти, які визначають суть позитивного права*. Таким чином, верховенство права — це панування права певного змісту. У цьому випадку право стримує державу не фактом існування правил і процедур; воно обмежує державу за змістом її юридичних актів. Для демонстрації цієї ідеї слушною є метафора «верхо-

¹ Див.: Бурлай Є. Принцип «економії закону» як практична передумова реалізації принципу верховенства права // Українське право. - 2006. - Число 1. - С. 83.

² Див.: Фуллер Лон Л. Мораль права. - С. 93.

³ Див.: Гегель Г. В. Ф. Філософія права: Пер. с нем. - М., 1990. - С. 253.

венство права над законом»¹. Основні цінності, які асоціюються з цим аспектом верховенства права, — гідність людини, поміркованість державної влади.

Матеріальний аспект верховенства права висуває такі вимоги:

1) норми права мають відповідати *стандартам основних прав і свобод людини і громадянина*. Акцент на правах людини при характеристиці принципу верховенства права є не випадковим. Насамперед слід нагадати, що права людини становлять невід'ємний компонент права, його *raison d'être*; їхнє існування поза правом і без права неможливе, так само, як і право немислиме без прав людини. Це явища однієї сутності². Можна погодитися з тим, що система норм не може претендувати на статус права, якщо вона не гарантує свободу і рівність за допомогою прав людини і громадянина³. За інших обставин говорити про верховенство права безглуздо — через відсутність самого права. Саме тому права людини традиційно розглядаються в юридичній літературі в контексті принципу верховенства права і правової держави. Отже, права людини і верховенство права можуть існувати і ефективно діяти тільки в одній зв'язці. Ця ідея сприйнята й українською правовою системою (див. ч. 1 ст. 8 Кодексу адміністративного судочинства України і п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 року № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя»).

Невід'ємні, невідчужувані права людини є найбільш предметним критерієм правового характеру законів та інших нормативних актів, правової організації і діяльності держави. Це той бар'єр, який у державі, що претендує іменуватися демократичною і правовою, не можна подолати на власний розсуд ні законодавчою, ні виконавчою, ні судовою владою⁴.

¹ Петришин О. Верховенство права як принцип дії права // Українське право. - 2006. - Число 1. - С. 49. Подібний наголос ставить також Н. Рулан, пояснюючи різницю між правовою державою і державою законності. «Правова держава, - підкреслює французький учений, - ставить право на місце закону: закони знаходяться під пильним спостереженням і оцінюються відповідно до критеріїв вищої правової норми...». Див.: Рулан Н. Историческое введение в право: Пер. с франц. - М., 2005. - С. 301.

² Див.: Козюбра М. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція // Вісник Конституційного Суду України. - 2000. - № 4. - С. 28.

³ Див.: Хессе К. Основы конституционного права ФРГ: Пер. с нем. - М., 1981. - С. 151.

⁴ Козюбра М. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція. - С. 28.

2) норми права мають відповідати *загальним засадам права, іншим принципам природного права*. Як зазначає Конституційний Суд України в рішенні від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання, верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо¹.

Виконання зазначених вимог, зокрема, забезпечується:

1) уявленням про *обмеженість впливу держави на зміст права*. Принцип верховенства права в жодному разі не можна розуміти як самообмеження держави правом². Така ситуація є неприйнятною, оскільки в цих умовах держава повинна лише дотримуватися правил, які вона сама і виробляє, а тому, в принципі, може позбутися їх, додержуючись процедури, передбаченої для їх зміни чи скасування³. Навряд чи це можна вважати реальним, справжнім обмеженням держави правом, яке іманентно притаманне стану верховенства права. Нагадаємо, що саме ці аргументи висував проти верховенства права Т. Гоббс, коли доводив, що суверен не підкоряється законам⁴.

2) наявністю *чітко викладеного кодексу прав людини*. Ця вимога втілюється в життя насамперед завдяки конституціям. У сучасних ліберальних демократіях обов'язковим для виконання конституція заміщує собою божественний чи природний закон, давній закон чи звичаєве право античних Греції і Риму та Середньовіччя, забезпечуючи правовий контроль над владою⁵. Головне завдання конституції правової держави полягає в тому, щоб забезпечити свободу її громадян і зв'язаність державної влади правом. *Основоположні права людини* — це вихідна позиція, яку визнають сучасні конституції демократичних правових держав, так звані козирні тузи конституцій⁶. При цьому історичні тексти

¹ Офіційний вісник України. - 2004. - № 45. - Ст. 2975.

² Такий підхід був досить поширеним у юридичній науці XIX ст. Наприклад, Р. фон Тсрінг порівнював самообмеження державної влади законом із в'язанням рук самому собі. Див.: *Иеринг фон Р. Цель в праве* // Иеринг фон Р. Избранные труды: 2 т. / Пер. с нем. - СПб., 2006. - Т. 1. - С. 347. Про самообмеження державної влади правом див. також: *Еллинек Г. Общее учение о государстве*: Пер. с нем. - СПб., 2004. - С. 376-377.

³ Див.: *Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты*: Пер. с франц. - М., 2002. - С. 40.

⁴ Див.: *Гоббс Т. Левіафан*: Пер. з англ. - К., 2000. - С. 255-256.

⁵ Див.: *Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія*. - С. 66.

⁶ Див.: *Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)*: Пер. с венг. - М., 2001. - С. 277.

конституцій зазвичай посилаються на природні права і часто-густо мають урочисту форму декларацій; і те, і інше, без сумнівів, покликане попередити, як ми би сьогодні сказали, позитивістські непорозуміння і продемонструвати, що права людини «не знаходяться в розпорядженні» відповідного законодавця¹. Конституції ставлять права людини над законодавчою і виконавчою владами і є головною зовнішньою формою закріплення прав людини всередині національної правової системи. Крім того, конституція окреслює межі державної влади, оберігаючи таким чином сферу свободи, і ставить бар'єри, що попереджують зловживання владою². Тому зв'язаність держави правом знаходить свій найяскравіший вияв у її підкоренні конституційним положенням;

3) наявністю судової системи, за допомогою якої будуть усуватися відхилення від стандартів прав людини, загальних принципів права та інших стандартів природного права. Суд — це своєрідний лакмусовий папірець принципу верховенства права³, одна з рук влади, чия роль полягає в забезпеченні того, щоб її інші руки діяли в межах права, що й забезпечить панування права над державною владою⁴. Тільки завдяки суду права людини із гучних конституційних гасел можуть бути перетворені в дійсні правові норми⁵.

Наявність ефективної судової системи розглядалася нами як гарантія «формального» верховенства права. Поза всяким сумнівом, вона є важливою також для втілення його матеріального аспекту. Проте тут існують деякі нюанси. Так, для «формального» верховенства насамперед необхідні зусилля судової системи, спрямовані на усунення розбіжностей між нормами і індивідуальними діями суб'єктів права (у тому числі представників державної влади). Водночас матеріальне розуміння верховенства права обумовлює потребу радше в усуненні розбіжностей між позитивним правом і його змістовними стандартами. Особливу роль у вирішенні цього завдання відіграють конституційні суди, які здійснюють судовий контроль за законодавством.

¹ Див.: Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории: Пер. с нем. — СПб., 2001. — С. 314.

² Государственное право Германии: В 2 т. / Сокр. перевод немецкого семитомного издания. — М., 1994. — Т. 1. — С. 8.

³ Див.: Козюбра М. Принцип верховенства права та вітчизняна теорія і практика // Українське право. — 2006. — Число 1. — С. 22.

⁴ Див.: Барак А. Судейское усмотрение: Пер. с англ. — М., 1999. — С. 304.

⁵ Див.: Ллойд Д. Идея права: Пер. с англ. — М., 2000. — С. 190-191.

У зв'язку зі значними контрольними повноваженнями, якими наділена судова влада, в сучасній західній літературі слухається звертається увага на ризик перетворення верховенства права на правління суддів. Це ставить на порядок денний відому проблему «хто стереже сторожів?».

Одним із можливих механізмів подолання даної небезпеки є підвищення вимог до критеріїв добору на посади в суддівському корпусі. Слід погодитись із тим, що суддів треба обирати надзвичайно уважно, враховуючи не тільки їхні знання та інтелектуальні здібності, але і з не меншою увагою ставлячись до їхньої вірності праву (несхильності до маніпулювання його природною багатозначністю), до їхньої готовності до самообмеження, до їхнього соціального походження (судді мають представляти суспільство, а не його окрему групу), до їхніх чесності й послідовності (судді мають бути неупередженими і не піддаватися корупції), до їхнього доброго характеру і розважливого поведінки (для гарантування коректності) і до їхньої доведеної здібності приймати розумні рішення¹.

Інший суттєвий стримуючий чинник — вплив професійних норм та критики з боку колег. Переконавання, що суддів обмежує закон і що ними рухають закони, а не бажання влади, глибоко вросло в сучасну правову культуру західного суспільства, і це до певної міри дає можливість плекати надію на те, що судді будуть поводитися відповідно до цього переконавання. Суддя, який не виправдовує такого очікування ймовірно, почуватиметься некомфортно та наражатиметься на професійну критику, що ще дужче посилить його почуття дискомфорту². Тому дуже важливим для утвердження верховенства права в системі національного судочинства є розвиток суддівського самоврядування;

4) міжнародними угодами з прав людини (насамперед Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року). Принцип верховенства права пов'язується із зусиллями щодо сприяння міжнародному захисту прав людини з 1945 року. З того часу він був перекладений у сферу дії міжнародного права і поступово — через практичні дії в галузі захисту прав людини — набув автономне значення в контексті норм міжнародного права, що стосуються прав людини,

По-перше, міжнародні угоди, подібно до конституцій, проголошують низку фундаментальних змістовних принципів, гарантувати які повинна

¹ Див.: Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. — С. 144.

² Див.: Познер Р. Проблеми юриспруденції: Пер. з англ. — 2004. — С. 194.

національна правова система. За ними визнається юридична сила, що переважає силу закону.

По-друге, ці угоди засновують субсидіарні правові механізми реалізації їхніх вимог. Найбільш ефективним у цьому аспекті є Європейський суд з прав людини, створений як постійно функціонуючий орган для забезпечення виконання державами — членами Ради Європи їхніх зобов'язань за Конвенцією та протоколами до неї, у тому числі й зобов'язань щодо утвердження принципу верховенства права. Європейський суд з прав людини в своїй прецедентній практиці неодноразово зіштовхувався з поняттям верховенства права і широко застосовував його для тлумачення, розширення і посилення значення прав людини, зафіксованих у Конвенції, з метою охорони особистості від небезпеки свавілля і з метою підвищення ефективності захисту прав людини на основі принципів справедливості та правосуддя¹;

5) належної процесуальної правової процедури, яка підвищує ймовірність прийняття нормативно-правових і індивідуально-правових актів, що є правовими за своїм змістом;

6) принципом пропорційності, за допомогою якого можуть визнаватися нечинними нормативно-правові та індивідуально-правові акти, що не відповідають стандартам прав людини і порушують принципи свободи, рівності і справедливості;

7) принципом добросовісності, який у випадку з матеріальним аспектом верховенства права має на меті попередження штучного протиставлення права і закону, зловживання абстрактними змістовними стандартами права;

8) сильною конституційною традицією та відповідною загальнокультурною ситуацією². Як слушно підкреслює Б. Таманага, верховенство права існує завдяки поширеній і незаперечній переконаності у верховенстві права, у непорушності певних фундаментальних обмежень, накладених правом на державну владу, а не тільки через функціонування конкретних правових механізмів; межі покладає не закон, а ставлення до закону. Саме загальна прихильність суспільства до верховенства права і є тією таємничою властивістю, яка приводить верховенство

¹ Див.: Лукаидес Л. Г. Принципи верховенства права и права человека // http://www.legalworld.ru/inc/taip/st.php?products_id=67.

² Див.: Хайек Ф. А. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики: Пер. с англ. - М., 2006. - С. 429.

права у дію¹. Інакше цей принцип, користуючись порівнянням А. Шайо, нагадує парасольку, залишену дома в день, коли дощить².

Важливість цієї гарантії легко прослідити на прикладах держав, які в минулому не мали уявлення про верховенство права, а сьогодні впроваджують у свою правову систему його елементи. Ці держави не мають культурного фундаменту, цінностей і переконань, які необхідні для їх здійснення, що суттєво ускладнює ситуацію з верховенством права. Деякі високі посадовці в таких державах, підтримуючи на словах верховенство права, насправді займаються лише цинічним лицемірством, а своїми діями часто-густо нагадують Калігулу. Надзвичайно важливим завданням для таких держав є формування незалежної судової системи, що демонструє реальну відданість верховенству права. Позитивний вплив тут може мати прискіпливий моніторинг авторитетних міжнародних організацій³.

Слід звернути увагу на те, що принцип верховенства права є фундаментом, на якому базуються більш специфічні і детальні правила і принципи. Так, важливими складовими верховенства права, його необхідними наслідками і умовами реалізації є принципи правової визначеності, пропорційності і добросовісності.

¹ Див.: Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. - С. 69.

² Див.: Шайо А. Самоограничение власти. - С. 19.

³ Важливість подібного контролю розуміють також самі міжнародні організації. Так, Генеральний директор з питань політичної діяльності Ради Європи Ж.-Л. Лоран характеризує роль своєї організації у процесі забезпечення верховенства права в Україні як «собаки-вартового». Див.: Лоран Ж.-Л. Роль Ради Європи у процесах демократизації та забезпеченні верховенства права // <http://usps.parlament.org.ua/uploads/docs/Loran.pdf>.