

РЕФОРМУВАННЯ ПРАВОСУДДЯ



Олександр Дроздов

доктор юридичних наук, доцент, заслужений юрист України, доцент кафедри кримінального процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Президент Спілки адвокатів України, член Комісії з питань правової реформи, член Науково-консультативних рад Конституційного Суду України, Верховного Суду, Національної асоціації адвокатів України (Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1364-1272>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/ABG-2153-2020>
cay@cay.org

Євген Григоренко

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри державно-правових дисциплін Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна, консультант Комітету Верховної Ради України (Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5305-1712>
grigorenkozakon@gmail.com



Олександр Передерій

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри державно-правових дисциплін Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна (Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4898-876X>
rexi2400@ukr.net

Антон Стебелєв

кандидат юридичних наук, адвокат, доцент кафедри права Гуманітарно-правового факультету Національного аерокосмічного університету ім. М. Є. Жуковського "Харківський авіаційний університет" (Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2318-1209>
Stebelev.advokat@gmail.com



УДК 340.1;343.1;347.9

ЕКСПЕРТ З ПИТАНЬ ПРАВА: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ТА ВЕКТОРИ РЕАЛІЗАЦІЇ

АНОТАЦІЯ. Статтю присвячено висвітленню теоретико-методологічних засад реалізації правового статусу експертів з питань права, формуванню їхніх висновків та напрацюванню пропозицій щодо основних векторів подальшого розвитку правового статусу.

DOI: 10.33498/opus-2021-06-221

© Олександр Дроздов, Євген Григоренко, Олександр Передерій, Антон Стебелєв, 2021

Мета статті полягає у висвітленні аспектів правового статусу експертів з питань права з точки зору місця у правовій системі, ролі та значення у процесі правотворчості та правозастосування (насамперед судового правозастосування), а також тлумачення права.

Авторами реалізовано спробу провести узагальнене дослідження правової природи наукових висновків експертів у галузі права саме як міжгалузевого загальнопроцесуального субінституту, що виконує важливе навантаження у процесі розвитку соціально-юридичної практики. При цьому автори звертають увагу на те, що експерти з питань права та їхні висновки є різновидом *amicus curiae* та з точки зору місця відповідних процесуальних норм у системі права, їхньої однорідності у спрямуванні правового регулювання, а також ідентичності правових норм, що мають місце у відповідних галузях права, вважають, що їх можна розглядати як міжгалузевий правовий субінститут такого інституту, як учасник судового процесу/провадження (конституційного, кримінального тощо), що володіє спеціальними знаннями.

Автори наголошують на специфіці об'єктів та суб'єктів відповідних правовідносин у межах міжгалузевого інституту учасника судового процесу/провадження (конституційного, кримінального), який володіє спеціальними знаннями, що визначає модифікацію методу, способів та засобів регулювання у межах субінституту експерта з питань права. Крім того, автори акцентують увагу на таких специфічних властивостях вказаного субінституту. По-перше, правовий статус експертів з питань права регулюється низкою галузей права, а саме галузей процесуального права, а тому є загальнопроцесуальним інститутом. По-друге, має об'єктивно-суб'єктивну природу. По-третє, обумовлює специфіку предмета правового регулювання. По-четверте, є відносно самостійним (автономним) у системі права. По-п'яте, його норми взаємодіють із загальноправовими і міжгалузевими принципами та з нормами відповідних процесуальних галузей права. Це вказує на системність зв'язків цього субінституту (генетичних, субординаційних і координаційних). По-шосте, є за своєю сутністю унікальним і виконує тільки йому властиву функцію. По-сьоме, закріплює особливості свого предмета, юридичного статусу суб'єктів, фіксуючи їх специфічною термінологією, законодавчими конструкціями, дефініціями. По-восьме, є формально визначеним. По-дев'яте, має власну функціональну спрямованість.

Ключові слова: експерт з питань права; висновок експерта у галузі права; *amicus curiae*; правова експертиза; міжгалузевий загальнопроцесуальний субінститут; практика Європейського суду з прав людини; практика Конституційного Суду України; постанови Верховного Суду.

Сучасний стан розвитку судочинства є предметом серйозних обговорень і дискусій науковцями та практиками з різних галузей процесуального права. Доволі часто об'єктом їхньої уваги стають інститути права, які за своєю юридичною природою мають міжгалузевий характер. Серед таких інститутів чільне місце займає *amicus curiae*, а саме такий його різновид, як інститут експертів з питань права.

З метою поглибленого аналізу правового статусу міжгалузевого процесуального інституту експертів з питань права як різновиду *amicus curiae* варто враховувати його як методологічне значення для науки загальної теорії права, так і для інших складових правової доктрини.

Оскільки саме правова доктрина являє собою зумовлену характером правової культури суспільства цілісну та логічно узгоджену сукупність визнаних юридичною спільнотою ідей і наукових поглядів на право, що є основою професійної правосвідомості та концептуальним підґрунтям нормотворчої, правозастосовної, правотлумачної діяльності¹.

Сучасне наукове підґрунтя для застосування висновків експертів у галузі права, саме як субінституту права, сконцентровано переважно у межах відповідних галузевих юридичних наук, де аналізуються питання правової природи, особливостей застосування висновків, процесуального статусу експертів з питань права тощо. Принагідно зауважимо, що в теорії права під інститутом права розуміють відносно самостійну групу правових норм, що регулюють вид (сторону) однорідних суспільних відносин у межах однієї або декількох галузей права з допомогою специфічних прийомів і засобів².

Зокрема, у межах цивільного процесуального права Д. Луспенник розглядає норми, присвячені застосуванню висновків у галузі права, саме як правовий інститут³. Зі свого боку О. Константиї розглядає висновки експерта у галузі права, що може бути застосовано в адміністративному судовому процесі теж як правовий інститут⁴. Я. Мельник виходить із того, що сукупність норм, які є однорідними та мають єдину мету, становлять окремий правовий інститут цивільного процесуального права⁵. Варто відзначити, що з точки зору місця цих норм у системі права, їхньої однорідності у спрямуванні правового регулювання, а також ідентичності правових норм, що є у відповідних галузях права, висновки експертів у галузі права можна розглядати як міжгалузевий правовий субінститут. Відповідно до позиції Н. Левицької під міжгалузевим правовим інститутом можна розуміти комплекс (сукупність) норм, що відбиває у собі загальні для суміжних галузей юридичні конструкції для регулювання уподібнених суспільних відносин⁶. Такий підхід повною мірою може бути застосовано до висновків експерта у галузі права.

¹ І Семеніхін, 'Правова доктрина' *Велика українська юридична енциклопедія, т 3: Загальна теорія права* (Петришин О (голова редкол), Нац акад прав наук України; Ін-т держави і права ім В М Корецького НАН України; Нац юрид ун-т ім Ярослава Мудрого 2017) 470.

² С Олейников, О Уварова, 'Інститут права' в *Велика українська юридична енциклопедія, т 3: Загальна теорія права* (Петришин О (голова редкол), Нац акад прав наук України; Ін-т держави і права ім В М Корецького НАН України; Нац юрид ун-т ім Ярослава Мудрого 2017) 185.

³ Д Луспенник, 'Доказування у цивільному процесі: що нового у ЦПК та чому суд наділений правом витребування доказів' (*Судбно-юридическая газета. Блог*, 10.01.2019) <<https://sud.ua/ru/news/blog/132494-dokazuvannya-u-tsilvilnomu-protsesi-scho-novogo-u-tspk-ta-chomu-sud-nadileniy-pravom-vitrebuvannya-dokaziv-ba6687>> (дата звернення: 22.05.2021).

⁴ О Константиї, "Amicus curiae" в адміністративному судочинстві України: проблеми впровадження' (2018) 1 *Юридичний науковий електронний журнал* 97.

⁵ Я Мельник, 'Формування системи процесуальних інститутів режиму цивільної процесуальної безпеки' [2016] 2 (2) *Право і суспільство* 53.

⁶ Н Левицька, 'Міжгалузеві нормативно-правові інститути: деякі теоретичні питання' [2015] 14 (1) *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція* 23.

Таким чином, маючи надійний доктринальний фундамент, далі спробуємо здійснити власну наукову розвідку.

Так, аналіз окремих положень чинного Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України)⁷, Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України)⁸, Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України)⁹, Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)¹⁰, Закону України “Про Конституційний Суд України”¹¹ (ст. 70) дає змогу стверджувати про існування такого інституту права, як інститут учасника судового процесу/провадження (конституційного, кримінального тощо), який володіє спеціальними знаннями.

Також слід наголосити на тому, що експерт з питань права є субінститутом такого інституту, як учасник судового процесу/провадження (конституційного, кримінального), який володіє спеціальними знаннями. Адже в загальній теорії права визнається, що фрагменти великого правового інституту утворюють його субінститути – сукупність окремих правових норм, що регулюють специфічні прояви видових відносин¹².

Убачається, що екстраполяція наведеного концептуального наукового підходу до визначення поняття субінституту дасть змогу не лише комплексно висвітлити особливості правового статусу цього юридичного явища, а й забезпечить спадковість як принцип розвитку наукового знання. Отже, цей субінститут за своєю суттю є такою варіантною спільністю норм усередині інституту учасника судового процесу/провадження (конституційного, кримінального), який володіє спеціальними знаннями, які, що буде продемонстровано далі, іншими способами регулює особливі за змістом види окремих відносин; метод їх регулювання набуває специфічного змісту, а норми мають спеціальний щодо загальних норм усього інституту характер. Адже необхідність варіантного регулювання суспільних відносин нормами правового субінституту експерта з питань права обумовлена його специфікою, “нетиповістю” як самого суб’єкта – експерта з питань права, так і об’єкта цих правовідносин. Зі свого боку специфічні об’єкти та суб’єкти відповідних правовідносин у міжгалузевому інституті учасника судового процесу/провадження (конституційного, кримінального), який володіє спеціальними знаннями,

⁷ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

⁸ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

⁹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

¹⁰ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

¹¹ Про Конституційний Суд України: Закон України від 13 липня 2017 р. № 2136-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

¹² Олейников, Уварова (н 2) 188.

визначають модифікацію методу, способів і засобів регулювання у межах субінституту експерта з питань права.

В умовах сучасних доктринальних підходів та стану процесуального законодавства можна окреслити такі властивості вказаного субінституту. По-перше, він регламентується нормами різних галузей права, а саме галузей процесуального права, а тому є загальнопроцесуальним інститутом.

По-друге, має об'єктивно-суб'єктивну природу. Оскільки об'єктивними є потреби учасників судового процесу/провадження в отриманні наукових знань у сфері права від експерта з питань права, то формується попит на спеціалізацію правового регулювання. Водночас це обумовлює необхідність суб'єктивної (з боку законодавця) нормативної формалізації цього субінституту.

По-третє, особливою є специфіка предмета правового регулювання, що детерміновано колом питань, пов'язаних із діяльністю експертів з питань права щодо надання відповідних висновків з метою допомоги судам та учасникам процесу.

По-четверте, є відносно самостійним (автономним) у системі права (складається з виокремленої сукупності процесуальних норм, що спрямовані на врегулювання однорідних відносин у сфері діяльності експертів з питань права та надання останніми відповідних висновків).

По-п'яте, норми, які регламентують правовий статус експертів з питань права, взаємодіють із загальноправовими й міжгалузевими принципами та з нормами відповідних процесуальних галузей права, що свідчить про системність зв'язків цього субінституту (генетичних, субординаційних і координаційних). Так, наприклад, у ЦПК України норми, які встановлюють процесуальний статус експерта з питань права, містяться у § 3 "Інші учасники судового процесу", який, зі свого боку, є органічною складовою глави 4 "Учасники судового процесу", що охоплено розділом I "Загальні положення", що є проявом субординаційних зв'язків. Також можна вказати і на те, що процесуальні норми, які стосуються висновку експерта у галузі права, містяться у главі 5 "Докази та доказування" ЦПК України. Водночас у цих нормах не тільки чітко встановлено, що такий висновок не є доказом, а й що висновок експерта у галузі права не може містити оцінки доказів, вказівок про достовірність чи недостовірність того чи іншого доказу, про переваги одних доказів над іншими. Таким чином, є підстави стверджувати про те, що має місце певна система координації між доказами та висновком експерта у галузі права.

По-шосте, висновок експерта у галузі права є унікальним і виконує тільки йому властиву функцію. Вона полягає в унормуванні діяльності експертів з питань права щодо надання ними висновків з метою сприяння досягнення завдань відповідними видами судочинства. При цьому цей субінститут є оригінальним і таким, що не дублюється іншими

структурними елементами системи права, а також функціонально об'єднує різні правові норми, як класичні, так і спеціалізовані – дефінітивні, регулятивні та охоронні, уповноважуючі, зобов'язуючі та заборонні, які тільки в єдності уможливають регулювання відповідних відносин (єдність змісту та цілісність).

По-сьоме, висновок експерта у галузі права закріплює особливість свого предмета, юридичного статусу суб'єктів, фіксуючи їх специфічною термінологією, законодавчими конструкціями, дефініціями.

По-восьме, висновок експерта у галузі права є формально визначеним. Відокремленість цього субінституту є результатом застосування засобів нормотворчої техніки, що відображається у своєрідних офіційних способах закріплення в законодавстві, а саме в окремих главах, розділах, параграфах, статтях процесуальних законів.

По-дев'яте, висновки експерта у галузі права мають власну функціональну спрямованість. У нашому випадку така спрямованість цього процесуального інституту досягається двома основними шляхами. Перший передбачає встановлення процесуального статусу експерта з питань права, а другий зводиться до унормування питань, пов'язаних із висновком експерта у галузі права (колом питань, що можуть формулюватися у межах висновку, його значущістю, співвідношенням із доказами тощо).

Підбиваючи на цьому етапі підсумок, можна стверджувати, що правовий статус експерта з питань права являє собою загальнопроцесуальний субінститут, який функціонально спрямований на забезпечення об'єктивного і повного розгляду судової справи.

Поряд із цим сьогодні, вочевидь, бракує узагальнених досліджень правової природи наукових висновків експертів у галузі права як міжгалузевого загальнопроцесуального субінституту, що застосовується у практичній площині. Дійсно, у доктринах цивільного, господарського чи адміністративного процесів можна побачити дослідження таких висновків із викладом відповідної проблематики їх застосування у межах вказаних процесів. Зокрема, застосування висновків експерта у галузі права у різних видах судочинства стало предметом дослідження широкого кола науковців. Так, застосуванню висновків у цивільному судочинстві присвятили свої праці, наприклад, А. Штефан, Ю. Рябченко, В. Круковес, в адміністративному судочинстві – С. Федчук, О. Константиї, у господарському судочинстві – В. Дрішлюк, І. Бутирська. Є дослідження, які безпосередньо не прив'язуються до конкретного виду судочинства, але, як правило, стосуються окремих аспектів цього процесуального субінституту. Так, зокрема, М. Гетманцев досліджував правову природу висновків експерта у галузі права¹³, О. Кармаза проаналізував процесуаль-

¹³ М. Гетманцев, 'Правова природа висновку експерта у галузі права' (2018) 6 Підприємство, господарство і право 333–7.

но-правовий статус експерта у галузі права, І. Озерський присвятив своє дослідження питанню експертизи в галузі права як нової форми застосування спеціальних знань юридичного психолога¹⁴.

Варто також враховувати і те, що ГПК України, ЦПК України та КАС України абсолютно ідентично регулюють питання, пов'язані зі статусом експертів з питань права й особливостями застосування висновків експерта. До речі, нормативна формалізація цього інституту триває й дотепер. Наразі, до прикладу, зареєстровано проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо науково-консультативного забезпечення цивільного, господарського та адміністративного судочинства (далі – законопроект)¹⁵. У межах цієї статті варто висловити своє ставлення до цього законопроекту.

Метою законопроекту є віднесення фахівця з питань права до учасників господарського, цивільного, адміністративного провадження з одночасним запереченням можливості проведення експертизи у галузі права. Для досягнення зазначеної мети передбачається внесення відповідних змін до ГПК України, ЦПК України та КАС України.

Не можна погодитися з твердженням авторів законопроекту, викладеним у пояснювальній записці, що господарське, цивільне та адміністративне процесуальне законодавство безпідставно прирівнює правові консультації фахівців, які є рекомендаційними, до висновків експертизи, які є засобами доказування, а фахівців з питань права – до експертів. Адже, як уже зазначалося, чинні процесуальні кодекси чітко вказують на те, що висновки експертів у галузі права не є доказами (процесуальними джерелами доказів).

Далі, автори законопроекту вказують на те, що здійснюване вченими доктринальне тлумачення законодавчих актів, пов'язане з наявністю у цих актах неясностей, неузгодженостей, суперечностей чи інших недоліків, не може розглядатись як традиційна судова експертиза. Проте відповідні кодекси з достатньо високим рівнем правової визначеності чітко розмежовують висновок експерта у галузі права та висновок судового експерта.

На підставі вказаних вище доводів автори законопроекту пропонують слово “експерт” замінити словом “фахівець”. У зв'язку з цим замість експерта з питань права планується, що буде фахівець із питань права. Чи можна погодитися з таким підходом авторів законопроекту?

Закон України “Про вищу освіту”¹⁶ слово “фахівець” пов'язує з наявністю вищої освіти (п. 18² ч. 1 ст. 1, п. 6 та 9 ч. 2 ст. 3 та ін.). При цьо-

¹⁴ І Озерський, ‘Експертиза в галузі права як нова форма застосування спеціальних знань юридичного психолога’ (2019) 5 Юридичний науковий електронний журнал 313–6.

¹⁵ Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо науково-консультативного забезпечення цивільного, господарського та адміністративного судочинства від 30 жовтня 2020 р. № 4297 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70291> (дата звернення: 22.05.2021).

¹⁶ Про вищу освіту: Закон України від 1 липня 2014 р. № 1556-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

му у ч. 1 ст. 5 Закону вказано, що підготовка фахівців із вищою освітою здійснюється за відповідними освітніми програмами на таких рівнях вищої освіти: початковий рівень (короткий цикл) вищої освіти; перший (бакалаврський) рівень; другий (магістерський) рівень; третій (освітньо-науковий/освітньо-творчий) рівень. Отже, фахівець є особою, що має вищу освіту всіх рівнів. Чинні ж процесуальні кодекси вказують саме на наявність в особи наукового ступеня, а проєкт – ще на вчене звання.

При цьому варто взяти до уваги і те, що Закон України “Про вищу освіту” розмежовує фахівців із вищою освітою та їхню підготовку з підготовкою наукових і науково-педагогічних кадрів. Зокрема, у ч. 3 ст. 71 встановлено, що розміри бюджетних призначень на підготовку фахівців з вищою освітою, а також на підготовку наукових і науково-педагогічних кадрів встановлюються у Державному бюджеті України на відповідний рік.

Зазначене вказує на неузгодженість законопроєкту у частині заміни слова “експерт” на слово “фахівець” із приписами Закону України “Про вищу освіту”.

Крім того, у рішеннях Конституційного Суду України (далі – КСУ) у справі за конституційним зверненням громадянина Солдато́ва Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) від 16 листопада 2000 р.¹⁷, у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) від 30 вересня 2009 р.¹⁸ та деяких інших, термін фахівець у галузі права пов’язується з можливістю надання правничої допомоги.

Отже, магістри права, адвокати, прокурори, судді тощо є фахівцями у галузі права. Але, за логікою авторів законопроєкту, ці фахівці

звертаються до авторитетних вчених в галузі права або до вищих закладів освіти юридичного профілю чи відповідних наукових установ (фактично таких же фахівців) з проханням висловити свою позицію з тих чи інших

¹⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдато́ва Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-00#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

¹⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

питань – і висновки цих вчених (закладів, установ) фактично беруться до уваги при вирішенні складних правових питань¹⁹.

Ба більше, при співвідношенні термінів “експерт” і “фахівець” у контексті питань права варто звернути увагу і на розмежування доктринального та компетентного тлумачення, що здійснюється ними відповідно. Так, Ю. Тодика вказував на те, що експерти з питань права, які залучаються судами, здійснюють доктринальне тлумачення, що має високу науково-теоретичну обґрунтованість, дає змогу знайти оптимальне вирішення юридично значущої ситуації та здійснити аналіз правових колізій. При цьому він вказував на те, що експертами, які здійснюють доктринальне тлумачення, є саме науковці-юристи, які чітко орієнтуються у межах правової доктрини. На відміну від доктринального, компетентне тлумачення здійснюється фахівцями, що не обов’язково мають наукові ступені чи вчені звання, але є обізнаними у практичних аспектах застосування права (адвокати, прокурори, судді)²⁰. Отже, за логікою Ю. Тодика, особи, що мають науковий ступінь та/або вчене звання і здійснюють доктринальне тлумачення питань, що є предметом судового розгляду, мають статус експертів, а особи, що не мають учених звань і здійснюють компетентне тлумачення, є фахівцями. З цим не можна не погодитися.

Н. Холоденко, яка провела спеціальне дослідження, присвячене організації наукового забезпечення діяльності судів, указує на те, що інтелектуальною працею суб’єктів, яка передбачає використання методів наукового пізнання відповідно до принципів науки, створюється певний науковий продукт, який відповідає потребам суду. Саме тому такий суб’єкт повинен володіти певними знаннями та навичками наукової діяльності²¹. При цьому стосовно діяльності експертів з питань права вона прямо говорить, що йдеться про інституціоналізацію у вітчизняному судочинстві наукової експертизи. Отже, дослідниця прямо пов’язує діяльність експерта з питань права з наданням наукової експертизи.

На наше переконання, питання, що становлять предмет висновку експерта у галузі права, за своєю природою є тими питаннями, належні, всебічні та обґрунтовані відповіді на які повинні надаватися з використанням наукових засобів і досягнень юридичної науки. При цьому у межах надання таких висновків наукові здобутки та досягнення використовуються не у теоретико-концептуальній площині, а в практичній, що з огляду на завдання судочинства може бути віднесено до пріоритетних

¹⁹ Пояснювальна записка до проекту Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо науково-консультативного забезпечення цивільного, господарського та адміністративного судочинства <<http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=70291&pf35401=537464>> (дата звернення: 22.05.2021).

²⁰ Ю. Тодика, *Тлумачення Конституції і законів України: теорія та практика* (Факт 2001) 199–200.

²¹ Н. Холоденко, ‘Організація наукового забезпечення діяльності судів’ (дис канд юрид наук, 2021) 79.

напрямів наукового пошуку, що вимагає високого рівня експертності відповідних суб'єктів. Так, відповідно до ч. 1 ст. 2 КАС України завданням адміністративного судочинства є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів у сфері публічно-правових відносин з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень із боку суб'єктів владних повноважень. Зі свого боку ч. 1 ст. 2 ЦПК України прямо встановлює, що завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Майже аналогічний підхід законодавця має місце при формулюванні завдань господарського судочинства: справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності, та розгляд інших справ, віднесених до юрисдикції господарського суду, з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави (ч. 1 ст. 2 ГПК України).

Усі наведені вище положення процесуальних кодексів, які стосуються завдань відповідних видів судочинства у частині прав і свобод людини варто помножити на ст. 3 Конституції України²², відповідно до якої людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження та забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Вище наведене в сукупності свідчить про те, що через висновок експерта у галузі права наукова думка може знайти своє застосування у пріоритетних сферах державного та суспільного життя, а подальший розвиток процесуального інституту експертів у сфері права може розглядатися у контексті пріоритетних напрямів розвитку науки, застосування якої свідчить саме про рівень експертності відповідних суб'єктів.

Таким чином, вважаємо, що змінювати слово “експерт” на слово “фахівець” у вказаному вище законопроекті ані потреби, ані відповідних підстав немає.

Водночас слід підтримати позицію законодавця у частині того, що має йтися саме про експерта з питань права, а не у галузі права. Оскільки за відповідними висновками звертаються саме у зв'язку з необхідністю отримання відповідей на конкретні правові питання. Зі свого боку такі питання ставляться не тому, що особа є експертом тієї чи іншої галузі

²² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

права загалом, а тому, що він має відповідні експертні знання щодо поставлених перед ним чітко визначених питань.

Ураховуючи наведене, потребують перегляду й інші положення запропонованого до розгляду законопроекту.

Звичайно, цілісним цей законопроект виглядав би тоді, коли б містив відповідні пропозиції й до КПК України та КУпАП, що зумовлено потребою уніфікації чинного законодавства у частині регламентації статусу експертів з питань права. Як правильно зауважує Н. Клещенко, яка провела спеціальне дослідження, пов'язане з теоретико-прикладними аспектами уніфікації законодавства, уніфікація є не просто бажаною, а й необхідною для розвитку українського законодавства²³. Звісно, що запровадження експертів з питань права на рівні КПК України є темою окремих наукових досліджень і праць. Однак тут зазначимо, що задля ефективного існування цього субінституту кримінального провадження слід зняти відповідну заборону, яка встановлена у ч. 1 ст. 242 КПК України та модернізувати процедуру залучення таких експертів з урахуванням правової природи їхньої діяльності. Вважаємо, що експерт з питань права у кримінальному провадженні може бути залучений як сторонами кримінального провадження, так і судом, слідчим суддею. Експерта з питань права може бути залучено у кримінальне провадження у зв'язку з необхідністю з'ясування змісту норм національного права (кримінального, кримінального процесуального та інших галузей права), вирішення колізії чи конкуренції норм тощо. До прикладу, така необхідність може виникнути у випадку, коли положення КПК України не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, і слід застосовувати загальні засади кримінального провадження, визначені ч. 1 ст. 7 КПК України або задля правильного урахування релевантної практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) (ст. 9 КПК України).

Отже, для формулювання міжгалузевої концептуальної моделі інституту експертів з питань права, з'ясування особливостей процесуального статусу експертів, установа права природи їхніх висновків, значення останніх для правозастосовної діяльності варто здійснити аналіз із точки зору максимально узагальненого, загальнотеоретичного підходу. При цьому базовими блоками будуть такі складові теорії права, як система права, вчення про правовий статус суб'єктів, теорія правовідносин, теорія правотворчості, тлумачення і застосування права та деякі інші. Всі вони в сукупності дають змогу поглянути на інститут експертів у галузі права з різних боків, а також здійснити максимальне узагальнення доктринального та нормативного масиву, що з ним пов'язане.

²³ Н. Клещенко, 'Уніфікація законодавства: теоретико-прикладні аспекти' (дис канд юрид наук, 2020) 182.

Розглядаючи висновки експертів у галузі права як різновид *amicus curiae* з позицій загальнотеоретичного підходу, необхідно констатувати, що йому присвячено цілу низку правових норм, які розміщено у межах різних процесуальних галузей. Сьогодні, як уже зазначалося, можливість залучення експертів з питань права встановлено ЦПК України (статті 73, 114–115), ГПК України (статті 70, 108–109) та КАС України (статті 69, 112–113).

Погляд на експертів з питань права та їхні висновки може здійснюватися також і з точки зору такого загальнотеоретичного блоку, який стосується функцій права, функцій правового інституту або окремої норми права. Він дає змогу реалізувати подальший розвиток уявлень про функції міжгалузевого процесуального субінституту експертів права. Крім того, розгляд субінституту висновків експерта у галузі права з функціональної точки зору видається виправданим і необхідним з огляду на його соціальне призначення саме як *amicus curiae* – друга, помічника суду. Таке соціальне призначення проявляється саме у відповідних функціях, що реалізуються цим субінститутом та, зокрема, в тих, що законодавчо передбачено. З огляду на положення ЦПК України, ГПК України та КАС України й, узагальнюючи наукові напрацювання щодо експертів з питань права та їхніх висновків, ми вважаємо, що можна говорити про такі функції.

1. *Інформаційна функція* (ч. 2 ст. 73, ч. 2 ст. 115 ЦПК України, ч. 2 ст. 70, ч. 2 ст. 109 ГПК України, ч. 2 ст. 69, ч. 2 ст. 113 КАС України). Висновок експерта виступає для суду як джерело відомостей, а сам експерт з питань права, що з'явився до суду, доводить відповідну інформацію за допомогою відповідей на поставлені запитання та роз'яснення свого висновку.

2. *Функція надання допомоги* (ч. 1 ст. 115 ЦПК України, ч. 1 ст. 109 ГПК України, ч. 1 ст. 113 КАС України). На реалізацію цієї функції висновком експерта у галузі права вказується законодавцем безпосередньо, що такий висновок для суду має допоміжний характер. Призначенням експерта в галузі права, зауважує О. Кармаза, є надання теоретико-правової допомоги крізь призму комплексного застосування методів наукового пізнання у питаннях, вирішення яких потребує спеціальних знань²⁴.

3. *Консультативна функція* (ч. 1 ст. 115 ЦПК України, ч. 1 ст. 109 ГПК України, ч. 1 ст. 113 КАС України). Така функція, що реалізується експертом із питань права та наданим ним висновком реалізується насамперед у межах застосування аналогії закону чи аналогії права; змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування, доктриною у відповідній іноземній дер-

²⁴ О Кармаза, 'Експерт у галузі права в судовому процесі: теорія та судова практика' (2019) 5 Право і суспільство 94.

жаві. Водночас сам експерт з питань права може консультувати адвоката (або іншого замовника) не лише з питань, що становлять предмет висновку, а й із приводу всіх інших питань, пов'язаних із правовим регулюванням спірних правовідносин.

4. *Функція кваліфікованого роз'яснення* (ч. 2 ст. 73 ЦПК України, ч. 2 ст. 70 ГПК України, ч. 2 ст. 69 КАС України). Таке додаткове фахове роз'яснення з питань здійснюється правовим експертом у межах судового засідання, зокрема й у режимі відеоконференції.

5. *Інтерпретаційна функція* (ч. 1 ст. 114 ЦПК України, ч. 1 ст. 108 ГПК України, ч. 1 ст. 112 КАС України). Розкриваючи зміст іноземного права, а також указуючи у висновку на можливість застосування аналогії закону чи аналогії права експерт з питань права здійснює передусім доктринальне тлумачення відповідних норм права.

Варто відзначити, що це не вичерпний перелік функцій вказаного процесуального субінституту. Наприклад, загальновідомо, що застосування аналогії права передбачає елементи правотворчості, які може фактично формулювати експерт з питань права у межах відповідного висновку. Або з огляду на те, що висновки готуються, як правило, висококваліфікованими науковцями, які чітко орієнтуються у досягненнях правової доктрини, можна виділити *функцію доктринального обґрунтування правозастосовного рішення*, зокрема й судового. О. Константи́й зазначає, що висновки сприяють ухваленню судами авторитетних і доктринально мотивованих судових рішень у найважливіших і складніших справах²⁵. Зі свого боку О. Євсєєв вважає, що активне застосування *amicus curiae* буде сприяти повсюдній та широкій легітимації судової влади²⁶. З цього твердження можна виділити також і легітимаційну функцію.

Наступним загальнотеоретичним блоком, погляд крізь призму якого дає змогу більш глибоко поглянути на *amicus curiae*, є *теорія юридичної практики (юридичної діяльності)*. Адже реалізація висновків експерта у галузі права, що за своєю суттю є науковими, реалізується у межах юридичної практики та дають можливість спрямовувати наукові здобутки саме у сферу практичної площини. Насамперед варто відзначити те, що юридична практика у межах теорії права розглядається як істотна та одна з найвпливовіших і найвизначальніших частин правової системи, що має чітку спорідненість з іншими складовими, зокрема, такими як теорія та практика правотворчості, правозастосування, тлумачення права тощо.

О. Мінгела вказує на те, що юридична діяльність різноманітних суб'єктів, що входить до структури юридичної практики, та накопиче-

²⁵ Константи́й (н 4) 97.

²⁶ А. Евсєєв, 'Нужны ли Украине лоббисты в судах' (Ліга. Блоги, 17.10.2016) <<https://blog.liga.net/user/aevsseev/article/24361>> (дата звернення: 22.05.2021).

ний соціально-правовий досвід, здійснюють значний вплив на ефективність законодавства, потребу у його удосконаленні та функціонування відповідних суб'єктів²⁷. Висновки експертів у галузі права є своєрідним містком між юридичною практикою та юридичною наукою. Можна додати часто чути нарікання на те, що юридична наука та юридична практика живуть відірваним одне від одного життям. Зокрема, В. Антошкіна звертає увагу на те, що спостерігається відсутність уваги фахівців у приватноправових галузях права до проблеми вироблення методологічно обґрунтованого комплексного підходу до тлумачення та впровадження його у практичну діяльність. Одним із негативних чинників, які породжують вищезазначену ситуацію, можна визначити розрив між науковими пошуками у сфері тлумачення нормативно-правових та індивідуальних актів й правореалізаційною діяльністю²⁸.

При цьому необхідно констатувати той факт, що підстав для зазначеного твердження більш ніж достатньо, зокрема й у публічно-правовій сфері. У процесі правотворчості доволі часто мають місце випадки ігнорування науково-обґрунтованих висновків при розробленні різних нормативно-правових актів, необґрунтованого внесення змін до тих чи інших законів, що негативним чином впливає на правозастосовний процес. Це створює додаткові складнощі для різних суб'єктів права: адвокатів, прокурорів, слідчих суддів, суддів тощо. Наприклад, у сфері організаційно-правових засад діяльності адвокатури та реалізації адвокатської діяльності з метою мінімізації внесення необґрунтованих законодавчих пропозицій пропонується ч. 4 ст. 55 ("Рада адвокатів України") Закону України "Про адвокатуру та адвокатську діяльність"²⁹ доповнити п. 13¹ такого змісту: "13¹) надає обов'язкові до розгляду консультативні висновки щодо законопроектів з питань визначення засад організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності". Саме на такому підході наголошував один з авторів цієї публікації під час публічного заходу, організованого Національною асоціацією адвокатів України³⁰.

Одним із каналів впливу науки на практику є висновки експертів у галузі права. Використання досягнень юридичної науки дає змогу застосувати аналогію закону, права, іноземне права і долати ті прогалини та вирішувати ті помилки, що було допущено нормотворцем. При цьому варто відзначити і те, що застосування аналогії права у судовій практиці

²⁷ О Мингела, 'Юридическая практика: правовое поведение и правосознание субъектов' [2015] 18 (1) Научный вестник Международного гуманитарного университета. Сер.: Юриспруденция 29.

²⁸ В Антошкіна, 'Особенности тлумачення в системі приватного права' [2020] 3 (28) Правова позиція 12.

²⁹ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

³⁰ О Дроздов, 'Втілення Стратегії розвитку правосуддя має відбуватися спільно з адвокатурою' <<https://unba.org.ua/news/6783-vtilennya-strategii-rozvitku-pravosuddya-mae-vidbuvatisya-spil-no-z-advokaturou-oleksandr-drozdov.html>> (дата звернення: 22.05.2021).

не є достатньо поширеним явищем з огляду на складність застосування. У зв'язку з цим не випадково, що у межах судової практики існує доволі багато випадків виявлення судами вищої інстанції помилок у процесі застосування аналогії права. Висновки експертів у галузі права, які складено компетентними правовими експертами, дають змогу на належному рівні наукового обґрунтування формулювати таку правову позицію, що сприятиме подоланню прогалин у праві, формуванню правової позиції та правового підґрунтя, що узгоджуватиметься з принципом верховенства права та сприятиме подальшому його становленню. Отже, юридична наука, яка не може існувати виключно для себе, повинна бути, зокрема, практикозорієнтованою та такою, що спрямована на всебічне забезпечення функціонування суб'єктів правозастосування, до прикладу, за допомогою висновків експертів у галузі права.

У процесі здійснення судочинства судді у своїх рішеннях можуть самотійно посилалися на положення правової доктрини, з метою наведення додаткової аргументації для вирішення спірних правовідносин і максимального обґрунтування таких рішень. Правову основу для цього заклав ЄСПЛ. Так, зокрема, у справі “Воловік проти України” він зазначив, що національні суди мають вибирати способи такого тлумачення, які зазвичай можуть включати акти законодавства, відповідну практику, наукові дослідження тощо³¹.

Проте сьогодні практика посилення судами на доктринальні джерела є майже не поширеною, з огляду на її нетрадиційність, відсутність досвіду, наявність суперечливих підходів щодо цього (деякі юристи заперечують таку можливість, аргументуючи це тим, що це суперечить традиціям вітчизняної правової системи), а також складнощі відшукування відповідної інформації (розпорошеність доктринальних джерел у відповідних наукових статтях, правових енциклопедіях, тезах доповідей, дайджестах, різних оглядових матеріалах, юридичних довідниках, словниках, збірках, трактатах, есе тощо). Крім того, робота з деякими науковими джерелами є дуже копіткою і складною, наприклад, винаходження необхідної доктринальної позиції у багатотомній монографії чи у докторській дисертації. Все це робить пошук відповідної наукової інформації трудомістким і тривалим у часі. Зокрема, як виключення можна назвати постанову П'ятого апеляційного адміністративного суду від 2 червня 2021 р. у справі № 420/4729/20³². У цій постанові Суд безпосередньо посилається на висновок доктора юридичних наук І. Шутака, що викладено у монографії “Юридична техніка: курс лекцій для бакалаврів”³³. Проте

³¹ Воловік проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 6 грудня 2007 р., заява № 15123/03 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_336#Text> (дата звернення: 22.05.2021).

³² Постанова П'ятого апеляційного адміністративного суду від 2 червня 2021 р. у справі № 420/4729/20 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/97391462>> (дата звернення: 22.05.2021).

³³ І Шутак, *Юридична техніка: курс лекцій для бакалаврів* (Коло 2015) 226.

такий приклад судового посилання на доктринальні джерела є швидше винятком із правил, що пов'язано з указаними вище складнощами.

Вчені-юристи, на відміну від практиків, постійно перебувають у стані наукового пошуку, чітко орієнтуються у відповідних напрямках правової доктрини, можуть у висновках експертів у галузі права зробити максимально точні та всебічні посилання на її положення, які стосуються відповідних спірних правовідносин³⁴. З цього приводу варто навести позицію, відповідно до якої судове тлумачення у досліджуваній сфері має визначальне значення, адже передбачає використання інструментарію забезпечення єдності правозастосовної практики. На цьому акцентує увагу також і Верховний Суд, який у п. 112 постанови від 18 червня 2021 р. у справі № 927/491/19 звертає увагу на те, що право тлумачити норму права є виключним правом суду. Роз'яснення державних органів (листи, рекомендації) не є нормою права і не мають юридичного значення³⁵. Отже, тільки за умови подолання розриву між науковими дослідженнями проблем юридичного тлумачення та урахуванням результатів діяльності стосовно узагальнення судової практики можна досягти поставлених завдань³⁶.

Стосовно впливу висновків експерта у галузі права на судову практику Д. Луспеник небезпідставно вказує на те, що їхнє використання може справити позитивний вплив на динаміку судової практики, особливо у складних випадках застосування норм як вітчизняного, так і зарубіжного законодавства³⁷. Особливо такий підхід набуває актуальності у контексті розгляду судової практики як джерела права. Так, С. Васильєв вважає, що у наведеному ракурсі судова практика виступає як цілеспрямована діяльність суб'єктів судової системи держави зі здійснення правосуддя та сформований на її основі результат у формі правових приписів (позицій), які доповнюють, надолужують або замінюють у зв'язку з дефективністю (наявністю прогалин) норм, що регулюють суспільні відносини при розгляді конкретних справ³⁸. За своєю суттю та правовою природою інститут експертів у галузі права покликаний надати суду допомогу у подоланні таких прогалин за допомогою аналогії закону чи аналогії права, а також у відповідних випадках за допомогою норм іноземного права. Повсюдне застосування науково-правових знань і здобутків високого рівня наукового пошуку й узагальнення може позитивно вплинути на

³⁴ О Дроздов, Є Григоренко, О Передерій, А Стебелев, 'Переваги та особливості застосування висновків експерта в галузі права' [2021] 18 (1524) Закон і бізнес <https://zib.com.ua/ua/147534-perevagi_ta_osoblivosti_zastosuvannya_visnovkiv_eksperta_v_g.html> (дата звернення: 22.05.2021).

³⁵ Постанова Верховного Суду у складі суддів об'єднаної палати Касаційного господарського суду від 18 червня 2021 р. у справі № 927/491/19 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/97911848>> (дата звернення: 22.05.2021).

³⁶ Антошкіна (н 28) 12.

³⁷ Луспеник (н 3).

³⁸ С Васильєв, 'Види та системи джерел цивільного судочинства зарубіжних країн: порівняльно-правовий аналіз' (2015) 1 Юридичний науковий електронний журнал 47.

соціокультурні аспекти функціонування судової влади через підвищення обізнаності, правової культури її носіїв – суддів.

На додачу до викладеного слід вказати і на зворотній зв'язок. Науковці, що займаються наданням висновків експертів у галузі права та тим самим беруть участь у здійсненні юридичної практики, для своїх подальших наукових досліджень отримують безцінний практичний досвід та емпіричний матеріал³⁹, що, зі свого боку, може бути покладено в основу подальшого розвитку правової доктрини, формування на цій базі вже апробованих практикою проєктів законів, інших нормативно-правових актів та інших джерел права. На цей аспект звертає увагу І. Озерський, який пише, що висновок може бути зразком для вирішення однорідних справ і для виправлення й уніфікації юридичної практики та удосконалення правового регулювання⁴⁰.

У межах взаємовпливу висновків експерта у галузі права та юридичної практики необхідно також вказати на достатньо широке охоплення сфер, у межах яких може бути застосовано такі висновки та, відповідно, екстрапольовано наукові знання й здобутки сучасної правової доктрини. Йдеться, зокрема, про такі сфери, як здійснення податкового контролю органами, що здійснюють відповідний контроль і спори, що виникають у зв'язку з цим, досудове врегулювання спорів загалом, у межах досудового слідства, альтернативного вирішення спорів (медіація, міжнародний арбітраж, третейський розгляд⁴¹ тощо), у межах здійснення відповідного виду судочинства.

Що стосується використання висновків експерта у галузі права у межах судочинства, то тут теж є широке коло їхнього застосування. Передусім ідеться про всі види юрисдикцій, зокрема й конституційну. Наприклад, члени Науково-консультативної ради КСУ В. Шакун, М. Афанасьєва, О. Дроздов і Д. Терлецький надали розгорнутий науковий висновок щодо відсторонення від посади судді КСУ у кримінальному провадженні⁴².

Таким чином, наступний загальнотеоретичний блок, який характеризує правовий статус висновків експерта у галузі права, пов'язаний із правотворчістю. Вважаємо, що насамперед це справа законодавця, який має врахувати напрацювання правової науки у процесі вдосконалення правового регулювання, а інші державні органи, зокрема суд – забезпечити реалізацію нових положень на практиці та простежити за їхньою ефективністю. Проте ми розуміємо, що цей процес є перманентним

³⁹ Є Григоренко, О. Передерій, А. Стебелев, 'Преваги застосування висновків експерта у галузі права в адвокатській та судовій практиці' [2021] 4 (72) Вісник Національної асоціації адвокатів України 55.

⁴⁰ Озерський (н 14) 316.

⁴¹ А. Федчишин, 'Експертиза в третейському судочинстві' (дис канд юрид наук, 2021) 210.

⁴² Науковий висновок щодо відсторонення від посади судді Конституційного Суду України у кримінальному провадженні, підготовлений членами Науково-консультативної ради Конституційного Суду України В. Шакуном, М. Афанасьєвою, О. Дроздовим та Д. Терлецьким <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/vysnovok_nkr_shchodo_instytutu_vidstoronennya.pdf> (дата звернення: 22.05.2021).

з огляду на динамізм суспільних відносин, і, відповідно, необхідне вдосконалення всіх його етапів/складників. Однак у цьому напрямі на законодавчому рівні вже зроблено певні кроки. Так, 25 червня 2021 р. у Верховній Раді України було зареєстровано Проект Закону про правотворчу діяльність (далі – законопроект № 5707)⁴³. Як слушно зазначається у пояснювальній записці, правотворча діяльність, як одна з основних функцій органів публічної влади, з часу набуття незалежності Україною гостро потребувала комплексної нормативної регламентації на рівні закону. Адже відсутність єдиного законодавчого підходу до питання визначення видів нормативно-правових актів, їх юридичної сили та ієрархії, питання набрання чинності, дії, припинення дії нормативно-правових актів, питання подолання колізій та усунення прогалин під час застосування нормативно-правових актів призводить до суперечливої практики правозастосування і, як наслідок, до численних порушень прав та свобод громадян. Тому й пропонується у законопроекті № 5707 законодавче закріплення основоположних питань дії нормативно-правових у часі, в просторі та за колом осіб, а також питання усунення прогалин правового регулювання та подолання колізій між нормативно-правовими актами. Означене, на нашу думку, є вкрай важливим, оскільки доволі часто наріжним каменем у судових провадженнях є саме перелічені вище питання.

Правнику “впадає в око” та заслуговує на підтримку положення законопроекту № 5707 щодо запровадження експертизи проекту нормативно-правового акта (ст. 38). У частині 1 наведеної статті йдеться про те, що проекти нормативно-правових актів підлягають обов’язковій правовій (юридичній) експертизі, яка здійснюється *суб’єктами забезпечення правотворчої діяльності* в порядку, визначеному законодавством. Зі свого боку під суб’єктами забезпечення правотворчої діяльності у цьому Законі слід розуміти осіб, що беруть участь у правотворчому процесі і виконують функції наукового, *експертного*, консультативного, технічного та інших видів забезпечення правотворчого процесу.

Безперечно, у наведеному ракурсі слід вести мову і про доволі дискусійні питання судової правотворчості. О. Александров задається питаннями, які пов’язані з тим, чому суди так активно формують норми приватного права та вочевидь і публічного права, як співвідноситься така правотворчість із принципом поділу влади та чи не порушує це принципу законності?⁴⁴.

Проблематика судової правотворчості, безперечно, потребує окремого дослідження. У юридичній літературі вказується на те, що діяльність

⁴³ Проект Закону про правотворчу діяльність від 25 червня 2021 р. № 5707 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72355> (дата звернення: 22.05.2021).

⁴⁴ А. Александров, ‘Современная интерпретация классических концепций судебного правотворчества’ [2011] 2 (19) Право и управление XXI век 130.

суду щодо формулювання нових правових норм може називатися по-різному: тлумачення права, застосування аналогії права чи правотворчість⁴⁵. Отже, всі ці явища притаманні діяльності суду та потребують окремого наукового дослідження, зокрема й в аспекті застосування висновків експерта у галузі права.

У ракурсі предмета нашого дослідження ми хотіли би звернути увагу на певне підґрунтя для такого виду правотворчості та ролі у цьому процесі висновків експерта у галузі права. Насамперед необхідно звернути увагу на наявність процесуальних норм, які прямо забороняють відмову у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини (наприклад, ч. 10 ст. 10 ЦПК України, ч. 4 ст. 6 КАС України, ч. 11 ст. 11 ГПК України). Крім того, підґрунтям для судової правотворчості є обов'язок суду застосовувати верховенство права (ст. 10 ЦПК України, ст. 6 КАС України, ст. 11 ГПК України). Його утвердження відбувається в умовах “загальноєвропейської антипозитивістської революції у праві”, що, на думку І. Семеніхіна, сформувало визнання нової – творчої та активної – ролі судді у правозастосуванні та абсолютного заперечення ролі судді як “вуст закону”, який механічно застосовує приписи останнього⁴⁶. Свого часу Пленум Верховного Суду України у постанові “Про судові рішення у цивільній справі”⁴⁷ вказав на те, що рішення є законним тоді, коли суд, виконавши всі вимоги цивільного судочинства, вирішив справу відповідно до норм матеріального права, що підлягають застосуванню до таких правовідносин, а також правильно витлумачив ці норми. Якщо спірні правовідносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – виходить із загальних засад законодавства. У цьому випадку йдеться про аналогію права. Саме ці положення фактично підштовхують суд до застосування аналогії права, для чого може бути в нагоді належно підготовлений висновок експерта у галузі права.

Застосування такого висновку дає змогу апелювати не лише до того, що прямо передбачено правовими нормами, а й до того, що не передбачено, або передбачено поверхово, фрагментарно, проте за своєю соціальною природою перебуває чи повинно перебувати в умовах правового регулювання (праворелевантні суспільні відносини). Застосування аналогії закону, а особливо аналогії права створює умови для свободи розсуду правозастосовного органу, а особливо суду. Адже, як правильно зауважує Д. Бочаров стосовно аналогії закону, перед суб'єктом пра-

⁴⁵ Александров (н 44) 133.

⁴⁶ І. Семеніхін, ‘Цитування суддями наукових джерел: вітчизняний та зарубіжний досвід’ [2015] 1 (7) Теорія і практика правознавства 10.

⁴⁷ Про судові рішення у цивільній справі: постанова Пленуму Верховного Суду України від 18 грудня 2009 р. № 14 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-09#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

возастосування постає непросте завдання: вирішити, чи дійсно між наявними у справі неврегульованими законом відносинами та подібними до них урегульованими є правова схожість. Це питання вирішується за допомогою тлумачення закону й аналізу реальної ситуації, з урахуванням соціального, господарського й іншого значення реальної ситуації та нормативної моделі тощо⁴⁸. Завдання ще більшої складності постає перед правозастосовувачем у ситуації, коли аналогію закону застосувати не можна та виникає потреба у застосуванні аналогії права. Вказана вище свобода передбачає і додаткову відповідальність такого правозастосовного органу, оскільки йдеться про формування нової не так навіть правозастосовної, як правотворчої практики. На таку ситуацію Міністерство юстиції України у листі від 30 січня 2009 р. № Н-35267-18 прямо вказує: рішення суду у випадках, коли застосовується аналогія, містять положення, які суттєво збагачують юридичну практику і можуть бути основою для розвитку законодавства⁴⁹. А. Іванов з цього приводу займає ще більш категоричну позицію, зауважуючи, що коли йдеться про абстрактні правові категорії та позиції судів із цього приводу, їх важко відрізнити від норм законів⁵⁰.

Отже, застосування аналогії права можна вважати першоосною для забезпечення реалізації верховенства права. На взаємозв'язок верховенства права та вміння застосовувати аналогію права вказує Д. Романенко. Зокрема, науковець стверджує, що судова практика за останній час не зовсім успішно вирішувала питання подолання прогалів у праві за допомогою аналогії права. Невміння користуватися аналогією права призводить до звуження сфери її застосування чи неправильного застосування, що веде до правової невизначеності⁵¹.

КСУ у низці своїх рішень сформулював юридичну позицію, відповідно до якої одним із елементів верховенства права є принцип правової визначеності, у якому стверджується, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями; обмеження будь-якого права повинне базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокреmlювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки (абзац 3 пп. 3.1 п. 3 мотивувальної частини рішення КСУ від 29 червня 2010 р. № 17-рп/2010)⁵².

⁴⁸ Д. Бочаров, *Правозастосовча діяльність: поняття, функції та форми: проблемні лекції* (АМСУ 2006) 25.

⁴⁹ Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами: Лист Міністерства юстиції України від 30 січня 2009 р. № Н-35267-18 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

⁵⁰ А. Іванов, 'Речь о прецеденте' (2011) 4 *Правовая мысль: история и современность* 4.

⁵¹ Д. Романенко, 'Аналогия права (цивилистическое исследование)' (дис канд юрид наук, 2019) 4.

⁵² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності)

При цьому КСУ висловив позицію про те, що принцип правової визначеності вимагає чіткості, зрозумілості й однозначності правових норм, зокрема їх передбачуваності (прогнозованості) та стабільності. Правова визначеність, на думку КСУ, охоплює також вимогу визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі (абзац 2 пп. 5.4 п. 5 мотивувальної частини рішення КСУ від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005)⁵³.

Д. Бочаров зазначає, що прогалини у праві ускладнюють процес правореалізації, виступають перешкодами на шляху ефективного регулювання праворелевантних суспільних відносин⁵⁴. Все це суперечить правовій визначеності як базовій складовій верховенства права. У літературі зазначається, що прогалини та незрозумілі положення у чинних нормативно-правових актах не залишають суддям вибору та фактично примушують творити нові норми права. При цьому одним із піонерів такого підходу є Цивільний кодекс Швейцарії, який у ст. 1 однозначно встановлює, що за умови відсутності у законі відповідних положень суд повинен вирішувати справу з дотриманням норм звичаєвого права, а за відсутності таких – відповідно до тих правил, які б він установив, будучи законодавцем⁵⁵.

Проте, незважаючи на виокремлення у діяльності суду елементів правотворчості, основну питому вагу такої діяльності становить правозастосування. З огляду на це необхідно поглянути на специфіку судового правозастосування та з'ясувати роль висновків експерта у галузі права у межах такого виду діяльності. Взагалі ж теорія правозастосування займає одне з центральних місць як у межах загальнотеоретичної науки, так і в межах юридичної практики. С. Барандич стверджує, що теорію правозастосування необхідно розглядати з позицій діяльнісного підходу, оскільки вона, зважаючи на філософські засади, безпосередньо пов'язана із практикою правозастосування та її результатами, які в узагальненому вигляді є органічним елементом теорії. Крім того, правозастосування суттєвим чином пов'язано з тлумаченням права, оскільки у межах правозастосування постає питання тлумачення норм права, що підлягають застосуванню⁵⁶. Безперечно, у цьому процесі належну роль можна відвес-

абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України "Про міліцію" від 29 червня 2010 р. № 17-рп/2010 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

⁵³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 7 частини другої статті 42 Закону України "Про вищу освіту" від 20 грудня 2017 р. № 2-п/2017 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-17#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

⁵⁴ Бочаров (н 48) 25.

⁵⁵ Александров (н 44) 131.

⁵⁶ С. Барандич, "Правозастосування в сучасному вимірі юридичної науки" (2014) 4 Науковий часопис Національної академії прокуратури України 1–7.

ти і висновкам експертів у галузі права. Зокрема, нас цікавить у цьому ракурсі передусім судове правозастосування як провідний вид правозастосування, у межах якого реалізується правосуддя. Так, О. Юхимюк серед різних типів правозастосування особливо виділяє судовий. На його думку, він характеризується насамперед незалежністю та неупередженістю. Остання означає, що суддя нейтральний і незалежний від сторін. Крім того, характеризуючи судовий тип правозастосування, дослідник вказує на багатоінстанційність провадження; дослідження доказів при розгляді справи; ухвалення рішення на підставі чинних правових норм; конкретно-індивідуальний характер владних рішень; визнання за органами, що застосовують право, можливості правозастосовного розсуду; можливість контролю та оскарження громадянином проміжних й остаточних рішень⁵⁷. Наведене характеризує судове правозастосування як складний процес, у межах якого постає ціла низка складних і багатограних питань, від належного вирішення яких залежить захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав чи свобод і законних інтересів. Крім того, серед ознак правозастосування у юридичній літературі особливо виділяють те, що воно має творчий, інтелектуальний характер, оскільки це завжди складна інтелектуальна діяльність⁵⁸. Зі свого боку Д. Бочаров звертає увагу на те, що видовими ознаками правозастосовної діяльності є такі: складність; владний характер (такий, що передбачає відповідальне ухвалення рішень); творчий характер; варіативність підходів і результатів; обґрунтованість (доказовість); наявність власного розсуду правозастосовувача та її нормативна регламентованість⁵⁹. Вочевидь, наведені ознаки набувають ще більшої актуальності стосовно судового правозастосування. Їхня наявність вказує на потребу у відповідній фаховій допомозі, зокрема і з боку експертів з питань права.

Є. Додін розглядає правозастосовну діяльність з точки зору форм роботи з інформацією: збирання, зберігання, аналіз та використання⁶⁰. На інформаційну складову висновку експерта у галузі права як допоміжного засобу у контексті судового правозастосування вказано у відповідних процесуальних кодексах (ЦПК України, ГПК України та КАС України). Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 115 ЦПК України суд може посилається в рішенні на висновок експерта у галузі права як на джерело відомостей, які в ньому містяться. При цьому слід урахувати абзац 4

⁵⁷ О. Юхимюк, «Типологія правозастосування» [2012] 19 (1) Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право» 133.

⁵⁸ Л. Наливайко (ред.), *Теорія та практика правозастосування у тестових завданнях: навчальний посібник* (2-ге вид, перероб і доп, 2019) 16.

⁵⁹ Бочаров (н 48) 4.

⁶⁰ Е. Додін, *Доказывание и доказательства в правоприменительной деятельности органов советского управления* (1976) 15.

ч. 1 ст. 1 Закону України “Про інформацію”⁶¹, де вказано, що інформація є будь-якими відомостями, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. З цього приводу можна зробити висновок, що суд як орган правозастосування, який теж фактично здійснює роботу з інформацією, може використовувати допоміжну інформацію, що міститься у такому джерелі, як висновок експерта у галузі права для допомоги у межах всіх стадій, але передусім у межах установаження юридичної основи справи.

Крім того, аналізуючи процес правозастосування, зокрема й судового правозастосування, варто відзначити, що він передбачає вивчення як фактичної основи справи, так і юридичної. У цьому контексті вивчення передбачає отримання та набуття відповідних знань як про фактичні дані, так і про норми права, що підлягають застосуванню. Все це коригує з діяльністю експерта у галузі права, що надає висновки із застосуванням наукових підходів. За пунктом 12 ст. 1 Закону України “Про наукову і науково-технічну діяльність”⁶² наукова діяльність розглядається як інтелектуальна творча діяльність, спрямована на одержання нових знань та/або пошук шляхів їх застосування, основними видами якої є фундаментальні та прикладні наукові дослідження.

А. Перепелюк вважає, що можливість використання доктринальних положень у правозастосовній практиці впливає із самої природи, сутності феномену правової доктрини, що має теоретико-прикладний характер. Правова доктрина становить теоретичну основу, базу державної політики у сфері вирішення проблем, які виникають у практиці правозастосування (наприклад, прогалини у праві)⁶³. Вказані характеристики правозастосовного процесу та важливість науково-правових знань вкотре підкреслюють соціальну значущість процесуального субінституту висновків експерта у галузі права як різновиду *amicus curiae*.

Місце висновків експерта у галузі права у системі правозастосування, зокрема й судового, можна побачити, розкривши стадії правозастосовного процесу. У юридичній літературі традиційно виділяють три стадії у структурі правозастосування. Перша стадія охоплює встановлення та дослідження фактичних обставин справи. Зі свого боку друга передбачає встановлення юридичної основи справи (юридичну кваліфікацію вже встановлених фактичних обставин). І третя – підготовка й ухвалення правозастосовного рішення⁶⁴.

⁶¹ Про інформацію: Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2657-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

⁶² Про наукову і науково-технічну діяльність: Закон України від 26 листопада 2015 р. № 848-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/848-19#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

⁶³ А. Перепелюк, ‘Принципи та вимоги права як основоположні засади правозастосовної діяльності’ (2012) 3 Альманах права 245–9.

⁶⁴ К. Ніколина, ‘Особливості процедурних засад правозастосовної діяльності’ (2011) 2 Часопис Київського університету права 69.

А. Коробов доводить тезу про те, що значущість правової кваліфікації у структурі правозастосування є найбільшою, слугує основою, фундаментом і базою для всієї правозастосовної практики⁶⁵. Водночас відривати одну стадію від іншої не варто, з огляду на їхню органічну єдність, а також перебільшувати значення будь-якої з них теж. Адже у межах першої стадії правозастосування йдеться про встановлення питань факту, а друга передбачає розгляд питань права. На думку К. Пількова, питання права стосується об'єктивного права – тлумачення правових норм і їхнього застосування⁶⁶. Наведене дає змогу говорити про те, що висновок експерта у галузі права має відповідне значення насамперед саме у межах другої стадії правозастосування. Так, А. Штефан вказує на те, що висновок експерта у галузі права не містить дослідження, яке стосується обставин справи, і є джерелом не доказової інформації, а відомостей, які можуть бути необхідними для кваліфікації судом правовідносин сторін і вибору правової норми, яка підлягає застосуванню, проте не пов'язані зі встановленням обставин справи. Висновок експерта у галузі права не має здатності підтвердити чи спростувати будь-яку обставину, яка входить до предмета доказування у справі⁶⁷.

Такий підхід вимагає деякого уточнення. З одного боку, висновок експерта у галузі права може створювати відповідне правове підґрунтя через наведення певної юридико-наукової аргументації та побудови правової конструкції щодо застосування до неврегульованих чи неналежним чином врегульованих правовідносин аналогії права. Безперечно, така діяльність прямо допомагає правозастосовному органу встановлювати юридичну основу справи. Водночас указане підґрунтя впливає і на першу стадію правозастосовного процесу, яка іманентно передбачає встановлення фактичної основи справи. Це зумовлено тим, що йдеться про встановлення саме юридичних фактів, а вони, як відомо, конструюються за посередництва норм права. За наявності прогалин у праві виникає ситуація, за якої суспільні відносини не врегульовані правом. За таких умов правовий вакуум, який існує у реальності, впливає на розуміння юридичної природи суспільних відносин та фактів, що їх породжують. Надаючи висновки експертів у галузі права та пропонуючи у висновку правову модель врегулювання відповідних правовідносин, у разі сприйняття її судом, це не може не вплинути на розуміння суддею (суддями) фактичної основи справи, тобто юридичних фактів. Як зауважує Д. Бочаров, внутрішнє переконання правозастосувача виступає специфічною

⁶⁵ А Коробов, 'Правовая квалификация: основы, понятие, значение, этапы' (автореф дис канд юрид наук, 2005) 21.

⁶⁶ К Пільков, 'Питання факту та права: фундаментальне і прикладне розмежування обставин справи, їх юридичної кваліфікації та застосування права' (2020) 8 Право України 145.

⁶⁷ А Штефан, 'Висновок експерта у цивільному судочинстві' (2018) 2 Теорія і практика інтелектуальної власності 25.

інтелектуально-психологічною реакцією на сформовану у справі конкретну сукупність доказів, яка за своєю кількісною і якісною визначеністю цілісна й завершена. Цілісність і завершеність сукупності доказів засвідчують її системний характер. Основне призначення системи доказів полягає в реконструкції дійсності, заміщенні реальних життєвих подій їх юридичними аналогами – фактами⁶⁸.

Отже, підхід, відповідно до якого у межах правозастосування здійснюється поступовий перехід від однієї стадії правозастосування (встановлення фактичних обставин справи) через другу стадію (встановлення юридичної основи справи) до ухвалення рішення у справі, видається досить спрощеним. Це пов'язано з тим, що перша стадія, яка фактично передбачає “діагностування” юридичних фактів, здійснюється з урахуванням правових норм щодо таких юридичних фактів. Наприклад, у межах першої стадії під час відбирання пояснень щодо вчиненого правопорушення посадові особи прагнуть відбити в них склад відповідного правопорушення, що передбачено нормою права, яку за логікою вищевказаного підходу вони будуть встановлювати лише у межах другої стадії. Тобто процес встановлення фактичних та юридичних обставин здійснюється у деяких випадках майже одночасно. Відповідно, роботу з фактичними даними та юридичною основою справи варто розглядати з позиції синкретичності. На нашу думку, такий підхід є виправданим, зокрема й через потребу в ухваленні у межах третьої стадії обґрунтованого правозастосовного рішення, в якому знайдуть своє відбиття як фактичні обставини, так і юридична основа в органічній єдності (злитості).

Таким чином, є підстави стверджувати, що правозастосовувач при встановленні фактичних обставин зважає на норми права, на які в майбутньому йому потрібно буде посилатися та застосовувати. На спрощений підхід щодо трьох стадій вказує такий приклад. Суд здатен дослідити і досліджує ще до розгляду справи по суті і навіть до відкриття провадження у справі підстави позову у тому вигляді, в якому про них стверджується, тобто твердження про обставини. Вирішення цих питань не потребує вирішення питання факту, а лише кваліфікації тверджень про певні обставини як підстави позову, що є питанням права⁶⁹.

К. Пільков, посилаючись на тезу про те, що реально на практиці застосування права здійснюється через одночасне звернення як до фактів, так і до принципів та норм права, які становлять основу судового рішення, вказує на ті стадії судового правозастосування, що, на його думку, варто виділити у змагальному судовому процесі. 1. Твердження про обставини, які становлять підставу позову. 2. Визначення норми права і визна-

⁶⁸ Д Бочаров, ‘Доказування у правозастосовній діяльності: загальнотеоретичні питання’ (автореф дис канд юрид наук, 2007) 21.

⁶⁹ Пільков (н 66) 171.

чення серед поки що стверджуваних обставин тих, із якими норма права пов'язує певні наслідки, внаслідок чого відбувається окреслення предмета доказування. 3. Встановлення обставин, які належать до предмета доказування. 4. Висновки про наслідки, з якими право пов'язує встановлені факти. 5. Вольовий акт суду, спрямований на настання визначених законом наслідків⁷⁰.

Загальновідомо, що з метою подолання прогалин у праві може бути застосовано аналогію закону чи аналогію права. Як ми уже зазначали, вказаний вид правозастосування є особливо складним з огляду на потребу у глибокому аналізі конституційних принципів та інших принципів права, а також загальних засад права й змісту законодавства. Оперування абстрактними поняттями та максимально узагальненими категоріями, безперечно, є завданням правової науки, яка може, використовуючи відповідний науковий підхід і методологію, сприяти формуванню досконалої правової позиції. При цьому слід урахувати і те, що перевагою застосування у відповідних випадках аналогії права стосовно врегулювання спірних правовідносин, справи щодо яких розглядаються у відповідних юрисдикціях є те, що такий підхід дає змогу отримати належне юридичне підґрунтя для вирішення спірних правовідносин та ухвалення на цій основі обґрунтованого й правосудного рішення. Отже, як правильно звертається увага у юридичній літературі, що з прогалинами у праві правозастосовувач найбільш рельєфно зустрічається саме у межах другої стадії судового правозастосування. За таких умов вибір необхідної правової норми замінюється відповідними аналітичними діями суб'єкта, що здійснює пізнання, які спрямовані на заповнення відповідних прогалин у праві⁷¹. Можна говорити, що наявність прогалин у праві ще більше ускладнюють і без того складний та інтелектуально змістовний процес правозастосування, особливо якщо це стосується судового правозастосування.

У таких випадках чинне законодавство покладає на суд обов'язок застосовувати у відповідних випадках аналогію закону й аналогію права. Зокрема, згідно з частинами 1 та 2 ст. 8 ЦК України, якщо цивільні відносини не врегульовано цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону). У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права). КАС України у цьому контексті передбачає також звернення до конституційних принципів (ч. 6 ст. 7). А. Перепелюк

⁷⁰ Пільков (н 66) 170.

⁷¹ Коробов (н 65) 21.

із цього приводу стверджує, що правозастосовна діяльність повинна відповідати сутнісним вимогам здійснення правосуддя, що, зі свого боку, вимагає усвідомлення значення основних принципів права для регулювання суспільних відносин⁷².

Отже, на суд покладається широкий перелік обов'язків, пов'язаних із застосуванням складних категорій абстрактного характеру з метою вжиття всіх необхідних заходів для виконання завдань судочинства, визначених чинним процесуальним законодавством. Всі ці аспекти можуть бути відбиті у висновках експертів у галузі права, і таким чином, вони можуть допомогти суду на належному рівні реалізовувати такі завдання, забезпечуючи тим самим ефективний захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Крім того, застосування висновків експертів у галузі права може сприяти формуванню внутрішнього переконання судді у складних питаннях застосування права для ухвалення остаточного обґрунтованого та законного судового рішення. У зазначеному аспекті французький науковець П. Сандеуар вказує на те, що застосування положень правової доктрини створює динамічну характеристику права, що створює належне підґрунтя для вирішення питань, пов'язаних із тим, якому типу норм права надати перевагу, який спосіб застосування права обрати⁷³. Фактично йдеться про втілення наукової думки в рішеннях суду як актах правозастосування та на цій підставі формування умов для усунення прогалин у праві.

Усунення прогалин через звернення до аналогії права передбачає глибокий аналіз і врахування принципів права як виду спеціалізованих правових норм, що на відміну від застосування класичних правових норм є більш складним правозастосовним процесом. В. Антошкіна підкреслює, що з огляду на особливості приватноправових галузей права та їх складність повинні бути предметом пильної уваги з боку інтерпретаторів питання та не в останню чергу пов'язані із застосуванням аналогії закону або права⁷⁴.

З теорією правозастосування органічно пов'язана теорія доказування та доказове право, адже як правильно зауважує О. Скакун, фактичні обставини, робота з якими здійснюється у межах першої стадії правозастосування, встановлюються саме через доказування. Доказування дає можливість відтворити (реконструювати) той чи інший фрагмент фактичної дійсності. Зі свого боку наступною після встановлення фактичних обставин справи є стадія, що передбачає встановлення юридичної основи справи. Саме вона здійснюється через співвіднесення вже встановле-

⁷² Перепелюк (н 63) 245–9.

⁷³ П Сандеуар, *Введение в право* (Интрагэк-Р 1994) 54.

⁷⁴ Антошкіна (н 28) 12.

них фактичних обставин із конкретними правовими нормами⁷⁵. Отже, з огляду на органічний взаємозв'язок першої стадії правозастосування, яка передбачає доказування з другою стадією, що передбачає підбір, тлумачення норм права, можна говорити про те, що висновки експертів у галузі права можуть братися до уваги як на першій, так і на другій стадії.

Д. Бочаров вважає, що здійснювана в організаційній або правовій формі діяльність із доказування є питомою складовою правозастосовної діяльності будь-якого виду й спрямування. Особливої значущості діяльність із доказування набуває насамперед у межах судової діяльності. При цьому він виокремлює у структурі доказового права як комплексного міжгалузевого процесуально-процедурного інституту теоретичної складової, що має входити до предмета загальної теорії права⁷⁶. На взаємозв'язок висновків експерта у галузі права з доказами і процесом доказування вказує і В. Дрішлюк⁷⁷.

З метою з'ясування доказового значення висновків експерта у галузі права необхідно їх порівняти з висновками судового експерта. Так, експерт із питань права має відповідний статус, що насамперед визначається положеннями, зафіксованими у трьох процесуальних кодексах – ЦПК України, ГПК України та КАС України. При цьому вказані кодекси розмежовують статус експерта та статус експерта з питань права. І хоча первинні засади правового регулювання статусу експерта з питань права йдуть одразу ж після розкриття правового статусу експерта (наприклад, у ЦПК України ст. 72 “Експерт”, а ст. 73 “Експерт з питань права”), але підхід до статусу та доказового значення для суду їхніх висновків у кодексах принципово різний. Так, відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 76 ЦПК України доказами є будь-які дані, які встановлюються, зокрема, висновками експертів та іншими засобами, серед яких немає висновків експертів у галузі права. Ба більше, у частинах 1 та 2 ст. 115 ЦПК України прямо вказано на те, що висновок експерта у галузі права не є доказом, має допоміжний (консультативний) характер і не є обов'язковим для суду. При цьому суд може посилатися в рішенні на висновок експерта у галузі права як на джерело відомостей, які в ньому містяться, та має зробити самостійні висновки щодо відповідних питань. Водночас варто звернути увагу на те, що статті 114 та 115, які присвячені висновку експерта у галузі права, розміщено у главі 5 “Докази та доказування”. Ідентичний підхід має місце і в ГПК України та КАС України.

Вочевидь презентований підхід законодавця впливає на доктринальне розуміння правової природи висновків експертів у галузі права та судову практику. Зокрема, мають місце доктринальні позиції, які ото-

⁷⁵ О Скакун, *Теорія права і держави: підручник* (2-ге вид, Алерта 2010) 520.

⁷⁶ Бочаров (н 68) 21.

⁷⁷ В Дрішлюк, “Нові засоби доказування в господарському процесі у світлі судової реформи в Україні” [2018] 4 (1) Південноукраїнський правничий часопис 116.

тожнюють висновок експерта у галузі права з доказами. Так, наприклад, М. Гетманцев вважає, що специфіка висновку експерта у галузі права як виду доказів полягає в тому, що у ньому міститься підсумковий висновок аналітичної діяльності експерта, який формується за допомогою логічних умовиводів на підставі наявних спеціальних знань, у нашому випадку – знань у галузі права⁷⁸. Існують випадки, коли суди, посилаючись на такі висновки, розуміють їх як докази. Так, відповідно до рішення апеляційного суду науково-правовий висновок розглядається як доказ, який у сукупності з іншими доказами, що мають місце в матеріалах справи, підтверджують відсутність вини відповідача (справа № 236/1455/19)⁷⁹. У деяких випадках суди підходять до цього питання більш коректно. Так, наприклад, Північний апеляційний господарський суд вказав:

<...> судом було відхилено як безпідставні доводи позивача <...>, оскільки вони повністю спростовуються зібраними у справі належними та допустимими доказами і матеріалами справи, включаючи, зокрема, Висновок комісійної експертизи КНІСЕ, Висновок експерта у галузі права <...>⁸⁰.

У цьому випадку суд висновок експерта у галузі права відніс до матеріалів справи, хоча і поставив в один рядок із висновком судової експертизи, що є відповідно до закону доказом.

Для вирішення питання щодо місця висновків експерта у галузі права у системі доказів варто поглянути на це питання з точки зору розмежування питань факту та питань права і з огляду на це вказати на його місце у процесі судового правозастосування. У правовій доктрині та правозастосовній практиці порушується проблематика розмежування питань факту та питань права. Так, К. Пільков зазначає, що проблема чіткого розмежування питань факту і питань права була та досі залишається невирішеною у теорії правозастосування. Вона має значення не тільки як суто теоретична, а й як практична проблема, від вирішення якої залежить здійснення правосуддя, оскільки важливо встановити чітку межу між фактами справи і правовими висновками, які суд робить стосовно цих фактів. При цьому дослідник подає спрощене розуміння питання факту, яке зводиться до того, що воно стосується доведення того, що, власне, сталося. Зі свого боку питання права стосуються юридичних засад, стосовно яких може виникати спір⁸¹.

⁷⁸ Гетманцев (н 13) 334.

⁷⁹ Постанова Донецького апеляційного суду від 27 серпня 2019 р. у справі № 236/1455/19 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/83869149>> (дата звернення: 22.05.2021).

⁸⁰ Див. Постанову Північного апеляційного господарського суду від 29 травня 2019 р. у справі № 910/13209/18 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/82158234>> (дата звернення: 22.05.2021).

⁸¹ Пільков (н 66) 145.

Оскільки доказами є будь-які дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин (фактів), то висновок експерта у галузі права, що не належить до доказів, повинен стосуватися виключно питань права, проте не всіх. Як зауважив Верховний Суд у п. 26 своєї Постанови, науковий висновок, як його розуміє Суд, не передбачає покладення на автора висновку частини повноважень суду з юридичної кваліфікації обставин конкретної справи, а має бути надано стосовно абстрактної ситуації, як вона описана у питаннях, які ставляться для надання висновку⁸². Ми не випадково звернули увагу саме на рішення Верховного Суду. Адже, як відомо, Консультативна рада європейських суддів чітко наголосила на тому, що забезпечення послідовного й єдиного застосування законів, а також заохочення розвитку права через судову практику є насамперед повноваженнями верховного суду (п. “е” розділу VIII Висновку № 20 (2017) про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону⁸³). І саме Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом (ч. 1 ст. 36 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”⁸⁴). Під єдністю судової практики в доктрині пропонується розуміти однаковий підхід судів відповідної юрисдикції до застосування норм матеріального та процесуального права при розгляді конкретних судових справ з урахуванням попереднього розгляду аналогічних за характером справ. Також виокремлено ознаки фактичного забезпечення єдності судової практики: узгодженість у застосуванні норм права судами при вирішенні судових справ; послідовність у застосуванні норм права; однаковість у вирішенні подібних судових справ; високий рівень довіри та поваги судів нижчої інстанції до судів вищої інстанції, особливо Верховного Суду; незначна кількість оскаржених рішень до вищестоящих інстанцій через неоднакове застосування норм матеріального або процесуального права; високий рівень довіри населення до судової влади, особливо до Верховного Суду⁸⁵.

З огляду на це логічним видається положення процесуального законодавства про те, що висновок експерта у галузі права не є доказом і це, звісно, не знижує потенціалу таких висновків, зокрема для судової практики.

⁸² Постанова Верховного Суду у складі суддів об’єднаної палати Касаційного господарського суду від 7 грудня 2018 р. у справі № 910/7547/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/78484783>> (дата звернення: 22.05.2021).

⁸³ Висновок № 20 (2017) Консультативної ради європейських суддів про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону <http://www.vru.gov.ua/content/file/Висновок_КРЕС_20.pdf> (дата звернення: 22.05.2021).

⁸⁴ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

⁸⁵ М Демчук, ‘Роль Верховного Суду у забезпеченні єдності судової практики в Україні’ (дис канд юрид наук, 2018) 8–9.

Водночас сторони, що подають до суду висновок експерта у галузі права, у межах якого розкриваються питання аналогії закону чи аналогії права, застосування іноземного права, роблять спробу довести сформовану експертом з питань права певну правову позицію, доказати таким чином ту частину своїх пояснень, що стосується складних питань права. З цього приводу можна стверджувати, що сторонами фактично надаються докази права. Зокрема, С. Федчук висновки експертів у галузі права розглядає у системі доказування та наведення додаткових аргументів як доказів на стадії досудового врегулювання податкових спорів із контролюючими органами та під час їхнього судового врегулювання⁸⁶. Вочевидь ідеться про процес доказування права. Проте К. Пільков вважає, що при одержанні таких “доказів” права, як наукові висновки щодо застосування норми права, суд не повинен поширювати на них правила, якими регулюється одержання доказів факту⁸⁷.

Правова природа висновків експерта у галузі права та їхнє місце у системі доказування позиції стороною залежить від тих вимог, що ставляться до експертів з питань права та їхнього правового статусу. Ми виходимо з того, що всі вказані вище кодекси містять майже ідентичні за формою та змістом нормативно-правові приписи, які стосуються такого. По-перше, загальних (не повною мірою конкретизованих) вимог, які ставляться до експертів з питань права (встановлено дві вимоги). По-друге, процесуальних прав (чотири права) та обов’язків (три обов’язки) експертів з питань права. По-третє, предмета висновку експерта у галузі права (вичерпного кола питань, що можуть ставитися перед правовим експертом). По-четверте, процесуальних аспектів оцінки судом висновку експерта у галузі права.

При цьому діяльність судового експерта (його висновок належить до доказів) і здійснення судової експертизи на відміну від діяльності експерта з питань права регламентується набагато детальніше відповідними Кодексами, а крім того, комплексне врегулювання здійснюється Законом України “Про судову експертизу”⁸⁸. Зазначений акт визначає правові, організаційні і фінансові основи судово-експертної діяльності з метою забезпечення правосуддя України незалежною, кваліфікованою та об’єктивною експертизою, орієнтованою на максимальне використання досягнень науки і техніки. І хоча цей Закон не поширюється на діяльність експертів з питань права, можна з’ясувати велику кількість спільних рис. Так, відповідно до ст. 1 Закону України “Про судову експертизу” ‘су-

⁸⁶ С Федчук, ‘Науково-експертні дослідження (висновки) та залучення експерта в галузі права: можливості використання у вирішенні податкових спорів’ [2018] 3–4 (12–13) Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності (теорія та практика) 126.

⁸⁷ Пільков (н 66) 163.

⁸⁸ Про судову експертизу: Закон України від 25 лютого 1994 р. № 4038-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

дова експертиза – це дослідження на основі спеціальних знань у галузі науки, техніки, мистецтва, ремесла тощо об'єктів, явищ і процесів з метою надання висновку з питань, що є або будуть предметом судового розгляду⁸⁹. Висновок експерта у галузі права також є дослідженням на основі спеціальних знань у галузі науки (насамперед юридичної науки) об'єктів, явищ і процесів (застосування аналогії закону чи аналогії права, можливості застосування іноземного права до спірних правовідносин) з метою надання висновку експерта у галузі права, з питань, що можуть бути предметом судового розгляду. Як видно, визначення судової експертизи суттєвим чином збігається з тими ознаками, що притаманні висновку експерта у галузі права.

При цьому виникає питання про те, чи можна вважати знання експерта з питань права спеціальними знаннями (традиційно, в юридичній літературі такі знання переважно пов'язані з судовою експертизою і не пов'язані з правом⁹⁰. Проте останнім часом у доктрині позиція науковців з цього приводу змінюється). Так, Л. Мединська зазначає, що слідчий, прокурор, суддя, адвокат, представник потерпілого тощо повинні мати відповідні спеціальні знання, необхідні кожному з них для виконання своїх процесуальних функцій. Кожен із них зобов'язаний мати певні спеціальні знання, без яких він не може обіймати ту чи іншу посаду або мати той чи інший процесуальний статус. Водночас у кримінальному провадженні використовуються не лише спеціальні знання у галузі юриспруденції, а й професійні знання спеціалістів, експертів, педагогів, перекладачів та інших осіб. Тому цілком природним є уявлення про різні рівні спеціальних знань, які повинні мати суб'єкти доказування, з одного боку, і спеціалісти, експерти – з другого⁹¹. Як застарілий підхід, відповідно до якого питання права не можуть бути предметом досліджень експертів та не стосуються спеціальних знань, розглядають автори настільної книги для суддів. Вони вважають, що у межах кожної галузі права існують загальновідомі знання (зокрема для суду), а й існують складні й специфічні знання, які з упевненістю можна віднести до спеціальних знань. З цього приводу вони пропонують сформулювати всі правові засади для призначення та виконання правових експертиз⁹². Зі свого боку В. Круковес головним призначенням експерта з питань права в цивільному судочинстві вважає надання допомоги в питаннях, вирішення яких

⁸⁹ Про судову експертизу (н 88).

⁹⁰ О Бишевец, 'Використання спеціальних знань у доказуванні в кримінальних провадженнях' (2015) 2 Вісник кримінального судочинства 188; О Кочура, 'Визначення поняття "спеціальні знання" та їх використання у кримінальному провадженні' *Сучасні тенденції розвитку криміналістики та кримінального процесу тези доп. міжнар. наук.-практ. конф. до 100-річчя від дня народження проф М В Салтєвського* (Харків 2017) 285 та ін.

⁹¹ Л Мединська, 'Використання спеціальних знань у кримінальному провадженні України' [2014] 2 (5) Прикарпатський юридичний вісник 279–80.

⁹² Е Россинская, Е Галяшина, *Настольная книга судьи: судебная экспертиза* (Проспект 2010) 14.

потребує спеціальних знань⁹³. Вищевказані позиції науковців перегукуються з позицією деяких адвокатів, які вважають, що висновки експертів з питань права не мають самостійного доказового значення, але виступають документами, що мають орієнтаційний характер. При цьому у суду є всі підстави брати до уваги висновки з вузькоспеціалізованих та складних питань, але у висновках щодо загальновідомих питань сенсу немає⁹⁴. У зв'язку з цим висновок експерта у галузі права, що виконаний у межах предмета висновку, передбаченого процесуальними кодексами, стосується вузькоспеціалізованих та складних питань і передбачає застосування спеціальних (невдомих широкому загалу) знань.

Отже, ми виходимо з того, що спеціальні знання за своєю природою є знаннями особливого призначення, які одержані в результаті особливої підготовки та діяльності, що охоплюють відомості, які не відомі широкому колу осіб (не є загальновідомими) і пов'язані з відповідною галуззю науки, техніки, мистецтва тощо. Оскільки наука, зокрема й юридична, виступає як процес отримання нових знань, то такі знання відомі насамперед суб'єктам, що займаються науковою діяльністю. На підтвердження цього варто навести абзац 13 ч. 1 ст. 5 Закону України "Про вищу освіту", який встановлює, що науковий рівень вищої освіти передбачає здатність особи визначати та розв'язувати соціально значущі системні проблеми у певній галузі діяльності, які є ключовими для забезпечення сталого розвитку та вимагають створення нових системоутворювальних знань і прогресивних технологій.

Зі свого боку абзацом 2 п. 25 Порядку підготовки здобувачів вищої освіти ступеня доктора філософії та доктора наук у закладах вищої освіти (наукових установах)⁹⁵ встановлено, що підготовка здобувачів вищої освіти ступеня доктора філософії в аспірантурі (ад'юнктурі) здійснюється за освітньо-науковою програмою та навчальним планом, що затверджуються вченою радою закладу вищої освіти (наукової установи) для кожної спеціальності. При цьому протягом строку навчання в аспірантурі (ад'юнктурі), у межах якої здійснюється відповідна підготовка, аспірант (ад'юнк) зобов'язаний виконати всі вимоги освітньо-наукової програми, зокрема здобути теоретичні знання, уміння, навички та інші компетентності, достатні для продукування нових ідей, розв'язання комплексних проблем у галузі професійної та/або дослідницько-інноваційної діяльності, оволодіти методологією наукової та педагогічної

⁹³ В Круковес, 'Правовий статус експерта з питань права в цивільному судочинстві України' [2019] 2 (18) Актуальні проблеми правознавства 125.

⁹⁴ Алина Михайлова, "Друзья суда": как юридические заключения влияют на судебные решения' <<https://pravo.ru/story/203141>> (дата звернення: 22.05.2021).

⁹⁵ Порядок підготовки здобувачів вищої освіти ступеня доктора філософії та доктора наук у закладах вищої освіти (наукових установах), затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 23 березня 2016 р. № 261 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/261-2016-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 22.05.2021).

діяльності, а також провести власне наукове дослідження, результати якого мають наукову новизну, теоретичне та/або практичне значення, і захистити дисертацію (процесуальні кодекси до експертів з питань права висувають як вимогу наявності наукового ступеня та те, що він повинен бути визнаним фахівцем). У зв'язку з цим вважаємо, що глибокі теоретичні знання та нові системоутворювальні знання можуть бути віднесені до спеціальних, якими володіє експерт з питань права та які не відомі широкому загалу.

Крім того, визначення судового експерта, що дається у ч. 1 ст. 10 Закону, теж переважно відповідає статусу експерта з питань права. Так, судовими експертами можуть бути особи, які мають необхідні знання для надання висновку з досліджуваних питань. У частині 2 цієї ж статті встановлено, що судовими експертами державних спеціалізованих установ можуть бути фахівці, які мають відповідну вищу освіту, освітньо-кваліфікаційний рівень не нижче спеціаліста, пройшли відповідну підготовку та отримали кваліфікацію судового експерта з певної спеціальності. Ці вимоги відмінні від тих, що ставляться до експертів з питань права. Водночас необхідно звернути увагу й на те, що деякі з них певним чином збігаються.

Передусім експерт з питань права повинен мати вищу освіту, освітньо-кваліфікаційний рівень не нижче спеціаліста. Така вимога є абсолютно обґрунтованою для всіх експертів, оскільки відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України “Про вищу освіту” вищою освітою є сукупність систематизованих знань, умінь і практичних навичок, способів мислення, професійних, світоглядних і громадянських якостей, морально-етичних цінностей, інших компетентностей, здобутих у закладі вищої освіти (науковій установі) у відповідній галузі знань за певною кваліфікацією на рівнях вищої освіти, що за складністю є вищими, ніж рівень повної загальної середньої освіти. Підпунктом 2 п. 2 розділу XV “Прикінцеві та перехідні положення” Закону України “Про вищу освіту” встановлено, що вища освіта за освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста (повна вища освіта) після набрання чинності цим Законом прирівнюється до вищої освіти ступеня магістра. При цьому рівень спеціаліста, який прирівнюється до ступеня магістра є обов'язковою основою для здобуття першого наукового ступеня доктора філософії. Далі, на основі наукового ступеня доктора філософії може здобуватися другий науковий ступінь – доктор наук (відповідно до чинного законодавства однією з вимог, що ставляться до експертів з питань права, є те, що така особа повинна мати науковий ступінь (доктор філософії у галузі права чи доктор юридичних наук)).

Що стосується вимог до судових експертів, які полягають у тому, що вони повинні пройти відповідну підготовку й отримати кваліфіка-

цію судового експерта з певної спеціальності, то такі вимоги збігаються з вимогами до експертів з питань права лише частково. Так, як уже було зазначено, експертом з питань права може бути особа, яка має науковий ступінь та є визнаним фахівцем у галузі права. Здобуття наукового ступеня (доктор філософії у галузі права чи доктор юридичних наук) теж передбачає проходження відповідної підготовки. При цьому терміном “підготовка” щодо таких осіб оперує Закон України “Про вищу освіту”. Так, відповідно до абзацу 2 та 3 ч. 6 ст. 5 особа має право здобувати ступінь доктора філософії під час навчання в аспірантурі (ад’юнктурі). Нормативний строк підготовки доктора філософії в аспірантурі (ад’юнктурі) становить чотири роки. Обсяг освітньої складової освітньо-наукової програми підготовки доктора філософії становить 30–60 кредитів Європейської кредитно трансферно-накопичувальної системи. Порядок підготовки здобувачів вищої освіти ступеня доктора філософії та доктора наук у закладах вищої освіти (наукових установах), що затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 23 березня 2016 р. № 261, встановлює (п. 2):

Підготовка здобувачів вищої освіти ступеня доктора філософії здійснюється:

в аспірантурі (ад’юнктурі) закладу вищої освіти (наукової установи) за очною (денною, вечірньою) або заочною формою навчання; поза аспірантурою (для осіб, які професійно провадять наукову, науково-технічну або науково-педагогічну діяльність за основним місцем роботи у відповідному закладі вищої освіти (науковій установі)).

Підготовка здобувачів ступеня доктора наук здійснюється:

в докторантурі закладу вищої освіти (наукової установи) за очною (денною) формою навчання;

шляхом самостійної підготовки їх наукових досягнень до захисту⁹⁶.

Отже, для набуття статусу експерта з питань права необхідно пройти підготовку протягом як мінімум чотирьох років, якщо йдеться про експерта з питань права, що має науковий ступінь доктора філософії у галузі права. Ба більше, для доктора юридичних наук чинним законодавством у сукупності передбачено ще більші строки проходження підготовки. Таким чином, фактично підготовка експерта з питань права є не менш складною, ніж спеціальна підготовка судового експерта, а натовмість навіть більш тривалою, багатогранною, творчою та складною.

Далі, відповідно до Закону України “Про судову експертизу”⁹⁷ (ч. 2 ст. 10) висувається додаткова вимога до судових експертів, які не є пра-

⁹⁶ Порядок підготовки здобувачів вищої освіти ступеня доктора філософії та доктора наук у закладах вищої освіти (наукових установах) (н 95).

⁹⁷ Про судову експертизу (н 88).

цівниками державних спеціалізованих установ, пов'язана з їх атестацією. Метою такої атестації є оцінка професійного рівня фахівця та рівня спеціальних знань, який залучається до проведення судових експертиз або бере участь у розробках теоретичної та методичної бази судової експертизи. При цьому порядок проведення такої атестації визначається міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади, до сфери управління яких належать державні спеціалізовані установи, що здійснюють судово-експертну діяльність.

Формально прямо таку атестацію для експертів у галузі права не передбачено. Водночас, якщо йдеться про підготовку доктора філософії, то вона передбачає атестацію здобувачів вищої освіти ступеня доктора філософії, яка здійснюється постійно діючою або разовою спеціалізованою вченою радою на підставі публічного захисту наукових досягнень у формі дисертації (абзац 1 п. 30 Порядку підготовки здобувачів вищої освіти ступеня доктора філософії та доктора наук у закладах вищої освіти (наукових установах)). Окрім того, що до експертів з питань права ставиться вищевказана вимога, закон також передбачає, що таким експертом може бути визнаний фахівець у галузі права. Така визнаність досягається завдяки активній науковій діяльності (публікації власних здобутків та їхнє цитування іншими науковцями чи юристами-практиками). Такі положення свідчать про демократичний підхід (не бюрократичний) законодавця щодо розуміння вимог до експерта у галузі права, оскільки його визнаність підтверджується не так державою, як насамперед юридичною спільнотою. Хоча, як ми вже зазначили вище, держава, здійснюючи атестацію наукових кадрів, тим самим певним чином визнає їхню експертність.

Також варто звернути увагу на те, що стосовно висновку експерта законом чітко встановлено, що предметом такого висновку не можуть бути питання права (ч. 2 ст. 102 ЦПК України). Але перед судовим експертом все ж таки можуть ставитися певні питання, що пов'язані з тими чи іншими аспектами правового регулювання і сам судовий експерт у своїх висновках доволі часто посилається на правові норми, а також на техніко-юридичні норми. З цього приводу ми підтримуємо позицію А. Штефан про те, що це означає, що перед експертом не можуть ставитися питання по суті вирішення позову, задоволення позовних вимог чи залишення їх без задоволення; експерт не може робити висновок про наявність чи відсутність у діях сторони ознак порушення права іншої сторони; не може давати роз'яснення про те, яку норму права слід застосувати до відповідних правовідносин. Питання, вирішення яких належить до виключної компетенції суду, не можуть ставитися перед експертом⁹⁸.

⁹⁸ Штефан (н 67) 20.

Щодо висновку експерта у галузі права, то вищевказане розуміння питань права повною мірою стосується і такого висновку. Так, відповідні процесуальні кодекси в категоричній формі встановлюють, що висновок експерта у галузі права не може містити оцінки доказів, указівок про достовірність чи недостовірність того чи іншого доказу, про переваги одних доказів над іншими, про те, яке рішення має бути ухвалено за результатами розгляду справи. Тобто перед експертом з питань права також не можуть ставитися питання, що належать до виключної компетенції суду, а натомість можуть ставитися лише спеціальні питання, пов'язані, зокрема, з можливістю застосування аналогії права до спірних правовідносин. Отже, з цього приводу теж простежується певна єдність висновку судового експерта та експерта у галузі права.

Водночас варто відзначити і те, що положення процесуальних кодексів, які встановлюють можливість здійснення діяльності з надання висновків експертів у галузі права, прямо не оперують терміном “експертиза”, проте вказують, по-перше, на те, що суб'єктами такої діяльності є експерти з питань права, а, по-друге, результатом їхньої діяльності є висновок експерта у галузі права. Особа, що має статус експерта (з питань права) та робить висновок експерта у галузі права за своїм статусом і призначенням не може здійснювати таку діяльність без дослідження, перевірки, аналізу і оцінки наукового рівня відповідних питань, що становлять предмет висновку.

На підставі викладеного вище вважаємо, що виходячи з положень чинного законодавства статус експерта з питань права має багато спільного зі статусом судового експерта. Попри наявність різноманітних розбіжностей у межах правового регулювання, вимоги до експертів з питань права не набагато є меншими, порівняно з тими, що ставляться до судових експертів. При цьому вважаємо, що правильне застосування законодавства дає змогу забезпечити високий рівень “експертності” та високу якість висновків у галузі права.

Як уже зазначалося, до теорії та практики правозастосування тісно примикає теорія тлумачення права. В. Антошкіна зауважує, що розроблення теорією права питань прикладного характеру, зокрема правил юридичного тлумачення і застосування права. Усі ці напрацювання використовуються у галузях права нарівні зі специфічними прийомами і методологією, які враховують їхні особливості. Загалом причини, які зумовлюють застосування тлумачення в праві, можна поділити на дві групи: об'єктивні – не можна усунути і не можна трактувати як провину законодавця (абстрактний характер норм права; необхідність наблизити формальне правило до конкретних дій суб'єкта та ситуацій; з'ясування спеціальних термінів; тощо); суб'єктивні – недоліки, які могли бути усунені при створенні нормативно-правового акта (наявність колізій між

нормативними актами, що регулюють однакові відносини, недотримання правил нормотворчої техніки та ін.). При цьому вона вважає за потрібне розглянути у контексті тлумачення залучення до судового провадження експерта у галузі права з можливістю надання висновку, який можна віднести до актів доктринального тлумачення. Для приватно-правових галузей права характерним є те, що за відсутності відповідної норми для врегулювання конкретної ситуації правозастосовець за допомогою тлумачення, враховуючи внутрішню послідовність права, застосовуючи закони логіки, може здійснювати заповнення законів із самих себе, тобто використовувати аналогію, що передбачено Цивільним та Сімейним кодексами. Ці прийоми дають можливість оперативно знайти рішення для спірної ситуації, поки законодавець не усуне прогалину, ухваливши нову норму або змінивши чинну⁹⁹. Із цим твердженням варто погодитися, вказавши на те, що в аспекті тлумачення також знаходить свій прояв сутність висновків експертів у галузі права саме як різновиду *amicus curiae* (друга чи помічника суду). Як зауважує В. Семчик, науково-правові висновки слугують формою доктринального тлумачення права¹⁰⁰. Саме доктринальне тлумачення може виконувати допоміжну функцію для суб'єктів, що здійснюють професійне та казуальне тлумачення. Найяскравішим прикладом цього можуть слугувати найрізноманітніші науково-практичні коментарі до кодексів, які повсюдно використовуються юристами-практиками.

У юридичній літературі на підставі узагальнення судової практики робиться висновок, що доволі часто результатом доктринального тлумачення фактично встановлення нових норм права. Така властивість набувається через правові позиції як національних судів, органів конституційної юрисдикції, так і ЄСПЛ¹⁰¹.

Більш широке використання доктринального тлумачення, зокрема й через застосування висновків експертів у галузі права, дає змогу суду суттєво підсилити свої правові позиції, зробити свої рішення більш аргументованими, обґрунтованими та правосудними, що в підсумку сприятиме підвищенню авторитету судової гілки влади.

Насамкінець, необхідно визначитися з тим, що являє собою висновок експерта у галузі права, з огляду на основні законодавчі вимоги, що до нього ставляться. При цьому в законодавстві не вказано на обсяг такого висновку, на його структуру та деталізацію, що слід вважати правильним підходом законодавця. Водночас ми виходимо з того, що у зв'язку з тим, що цей висновок робить особа, яка має науковий ступінь і є визнаним фахівцем у галузі права, якій Законом надається статус експерта

⁹⁹ Антошкіна (н 28) 11.

¹⁰⁰ В Семчик, О Полівода, 'Науково-правова експертиза як форма доктринального тлумачення законодавства' (2013) 5 Право України 409–15.

¹⁰¹ Александров (н 44) 131.

(з питань права), то такий висновок не може бути поверхневим, упередженим та суб'єктивним. У зв'язку з цим він повинен бути докладним, неупередженим та обґрунтованим. М. Гетманцев вважає, що є всі підстави поширити на висновки експертів у галузі права всі загальні вимоги до кінцевих висновків за результатами проведених експертиз різного рівня, які, загалом, ідентичні за змістом¹⁰².

Висновки. З огляду на викладене, є підстави констатувати, що висновок експерта у галузі права – це докладний опис проведеного експертом з питань права як незаінтересованого у результаті розгляду справи суб'єкта спеціального наукового дослідження, у межах якого сформульовано неупереджені висновки та обґрунтовано відповіді на питання, поставлені учасниками справи щодо оцінки можливостей застосування аналогії закону чи аналогії права, а також змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі, який складено у порядку, визначеному процесуальним законодавством України, відповідними етичними вимогами та на який суд може посилатися в рішенні як на джерело відомостей, які в ньому містяться.

Водночас існує точка зору, що висновкам експертів у галузі права притаманний суб'єктивний характер (наприклад, так вважає М. Гетманцев)¹⁰³. На такий же характер вказують і деякі суди, посилаючись на висновки експертів у галузі права. Зокрема, в ухвалі суду від 26 грудня 2017 р. у справі № 428/13694/17 вказується на те, що висновок експерта у галузі права є особистою письмовою думкою фахівця у галузі права та не є обов'язковим для суду¹⁰⁴.

З цими твердженнями варто погодитися лише частково, вказавши, що дійсно серед науковців є прихильники різних концепцій та різних підходів до правових питань. Крім того, юридичній науці притаманний достатньо високий рівень дискусійності, поліваріантності. Але при цьому науковець, що провів належне, повноцінне дослідження з використанням усього можливого арсеналу наукових методів і підходів, зможе у своєму висновку відбити результат неупередженого наукового пошуку, що матиме велику цінність, зокрема й для правозастосовної практики. Об'єктивність висновкам експерта у галузі права може додати методика підготовки таких висновків. Проте такої методики на загальнодержавному рівні не розроблено та не ухвалено. Корпорація “Правники України” пішла шляхом запровадження такої методики на рівні корпоративних норм та отримала відповідне свідоцтво у Державному підприємстві “Український інститут інтелектуальної власності”.

¹⁰² Гетманцев (н 13) 335.

¹⁰³ Там само 333.

¹⁰⁴ Ухвала Северодонецького міського суду Луганської області від 26 грудня 2017 р. у справі № 428/13694/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/71249041>> (дата звернення: 22.05.2021).

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Bocharov D, *Pravozastosovcha diialnist: poniattia, funktsii ta formy: problemni lektsii* (AMSU 2006) (in Ukrainian).
2. Dodin E, *Dokazyvanie i dokazatel'stva v pravoprimeritel'noj dejatel'nosti organov sovetskogo upravlenija* (Kiev-Odessa 1976) (in Russian).
3. Rossinskaja E, Galjashina E, *Nastol'naja kniga sud'i: sudebnaja jekspertiza* (Prospekt 2010) (in Russian).
4. Sandevuar P, *Vvedenie v pravo* (Intratjek-R 1994) (in Russian).
5. Shutak I, *Yurydychna tekhnika: kurs lektsii dlja bakalavriv* (Kolo 2015) (in Ukrainian).
6. Skakun O, *Teoriia prava i derzhavy: pidruch* (2-he vyd, Alerta 2010) (in Ukrainian).
7. Todyka Yu, *Tlumachennia Konstytutsii i zakoniv Ukrainy: teoriia ta praktyka* (Fakt 2001) (in Ukrainian).

Edited books

8. Nalyvaiko L (red), *Teoriia ta praktyka pravozastosuvannia u testovykh zavdanniah: navchalnyi posibnyk* (2-he vyd, pererob i dop, 2019) (in Ukrainian).

Encyclopedias

9. Oleinykov S, Uvarova O, 'Instytut prava' v *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia, t 3: Zahalna teoriia prava* (O Petryshyn (holova redkol), Nats. akad. prav. nauk Ukrainy; In-t derzhavy i prava im. V. M. Koretskoho NAN Ukrainy; Nats. yuryd. un-t im. Yaroslava Mudroho 2017) (in Ukrainian).
10. Semenikhin I, 'Pravova doktryna' v *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia, t 3: Zahalna teoriia prava* (O Petryshyn (holova redkol), Nats. akad. prav. nauk Ukrainy; In-t derzhavy i prava im. V. M. Koretskoho NAN Ukrainy; Nats. yuryd. un-t im. Yaroslava Mudroho 2017) (in Ukrainian).

Journal articles

11. Aleksandrov A, 'Sovremennaja interpretacija klassicheskikh koncepcij sudebnogo pravotvorchestva' [2011] 2 (19) *Pravo i upravlenie HHI vek 130* (in Russian).
12. Antoshkina V, 'Osoblyvosti tlumachennia v systemi pryvatnoho prava' [2020] 3 (28) *Pravova pozytsiia* 12 (in Ukrainian).
13. Barandych S, 'Pravozastosuvannia v suchasnomu vymiri yurydychnoi nauky' (2014) 4 *Naukovyi chasopys Natsionalnoi akademii prokuratury Ukrainy* 1–7 (in Ukrainian).
14. Byshevets O, 'Vykorystannia spetsialnykh znan u dokazuvanni v kryminalnykh provadzheniakh' (2015) 2 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 188 (in Ukrainian).
15. Drishliuk V, 'Novi zasoby dokazuvannia v hospodarskomu protsesi u svitli sudovoi reformy v Ukraini' [2018] 4 (1) *Pivdenoukrainskyi pravnychi chasopys* 116 (in Ukrainian).
16. Fedchuk S, 'Naukovo-ekspertni doslidzhennia (vysnovky) ta zaluchennia eksperta v haluzi prava: mozhlyvosti vykorystannia u vyrishenni podatkovykh sporiv' [2018] 3–4 (12–13) *Mizhnarodnyi yurydychnyi visnyk: aktualni problemy suchasnosti (teoriia ta praktyka)* 126 (in Ukrainian).
17. Hetmantsev M, 'Pravova pryroda vysnovku eksperta u haluzi prava' (2018) 6 *Pidpryiemstvo, hospodarstvo i pravo* 333–7 (in Ukrainian).

18. Hryhorenko Ye, Perederii O, Stiebieliev A, 'Perevahy zastosuvannia vysnovkiv eksperta u haluzi prava v advokatskii ta sudovii praktytsi' [2021] 4 (72) Visnyk Natsionalnoi asotsiatsii advokativ Ukrainy 55 (in Ukrainian).
19. Ivanov A, 'Rech' o precedente' (2011) 4 Pravovaja mysl': istorija i sovremennost' 4 (in Russian).
20. Karmaza O, 'Ekspert u haluzi prava v sudovomu protsesi: teoriia ta sudova praktyka' (2019) 5 Pravo i suspilstvo 94 (in Ukrainian).
21. Konstantyi O, "'Amicus curiae" v administratyvnomu sudochynstvi Ukrainy: problemy vprovadzhennia' (2018) 1 Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal 97 (in Ukrainian).
22. Krukoves V, 'Pravovyi status eksperta z pytan prava v tsyvilnomu sudochynstvi Ukrainy' [2019] 2 (18) Aktualni problemy pravoznavstva 125 (in Ukrainian).
23. Levytska N, 'Mizhhaluzevi normatyvno-pravovi instytuty: deiaki teoretychni pytannia' [2015] 14 (1) Naukovyi visnyk Mizhnarodnogo humanitarnoho universytetu. Ser.: Yurysprudentsiia 23 (in Ukrainian).
24. Medynska L, 'Vykorystannia spetsialnykh znan u kryminalnomu provadzhenni Ukrainy' [2014] 2 (5) Prykarpatskyi yurydychnyi visnyk 279–80 (in Ukrainian).
25. Melnyk Ya, 'Formuvannia systemy protsesualnykh instytutiv rezhymu tsyvilnoi protsesualnoi bezpeky' [2016] 2 (2) Pravo i suspilstvo 53 (in Ukrainian).
26. Mingela O, 'Juridicheskaja praktika: pravoe povedenie i pravosoznanie sub»ektiv' [2015] 18 (1) Naukovij visnik Mizhnarodnogo humanitarnogo universitetu. Ser.: Jurisprudencija 29 (in Russian).
27. Nykolyna K, 'Osoblyvosti protsedurnykh zasad pravozastosovnoi diialnosti' (2011) 2 Chasopys Kyivskoho universytetu prava 69 (in Ukrainian).
28. Ozerskyi I, 'Ekspertyza v haluzi prava yak nova forma zastosuvannia spetsialnykh znan yurydychnoho psykhologa' (2019) 5 Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal 313–6 (in Ukrainian).
29. Perepeliuk A, 'Pryntsypy ta vymohy prava yak osnovopolozhni zasady pravozastosovnoi diialnosti' (2012) 3 Almanakh prava 245–9 (in Ukrainian).
30. Pilkov K, 'Pytannia faktu ta prava: fundamentalne i prykladne rozmezhuvannia obstavyn spravy, yikh yurydychnoi kvalifikatsii ta zastosuvannia prava' (2020) 8 Pravo Ukrainy 145 (in Ukrainian).
31. Semchuk V, Polivoda O, 'Naukovo-pravova ekspertyza yak forma doktrynalnogo tлумachennia zakonodavstva' (2013) 5 Pravo Ukrainy 409–15 (in Ukrainian).
32. Semenikhin I, 'Tsytuvannia suddiamy naukovykh dzherel: vitchyzniani ta zarubizhnyi dosvid' [2015] 1 (7) Teoriia i praktyka pravoznavstva 10 (in Ukrainian).
33. Shtefan A, 'Vysnovok eksperta u tsyvilnomu sudochynstvi' (2018) 2 Teoriia i praktyka intelektualnoi vlasnosti 25 (in Ukrainian).
34. Vasyliiev S, 'Vydy ta systemy dzherel tsyvilnogo sudochynstva zarubizhnykh krain: porivnialno-pravovyi analiz' (2015) 1 Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal 47 (in Ukrainian).
35. Yukhymyuk O, 'Typolohiia pravozastosuvannia' [2012] 19 (1) Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnogo universytetu. Serii "Pravo" 133 (in Ukrainian).

Conference papers

36. Kochura O, 'Vyznachennia poniattia "spetsialni znannia" ta yikh vykorystannia u kryminalnomu provadzhenni' Suchasni tendentsii rozvytku kryminalistyky ta kryminalnogo protsesu tezy dop. mizhnar. nauk.-prakt. konf. do 100-richchia vid dnia narodzhennia prof. M. V. Saltevskeho (Kharkiv 2017) (in Ukrainian).

Theses

37. Bocharov D, 'Dokazuvannia u pravozastosovnii diialnosti: zahalnoteoretychni pytannia' (avtoref dys kand yuryd nauk, 2007) (in Ukrainian).
38. Demchuk M, 'Rol Verkhovnoho Sudu u zabezpechenni yednosti sudovoi praktyky v Ukraini' (dys kand yuryd nauk, 2018) (in Ukrainian).
39. Fedchyshyn A, 'Ekspertyza v treteiskomu sudochynstvi' (dys kand yuryd nauk, 2021) (in Ukrainian).
40. Kholodenko N, 'Orhanizatsiia naukovooho zabezpechennia diialnosti sudiv' (dys kand yuryd nauk, 2021) (in Ukrainian).
41. Kleshchenko N, 'Unifikatsiia zakonodavstva: teoretyko-prykladni aspekty' (dys kand yuryd nauk, 2020) (in Ukrainian).
42. Korobov A, 'Pravovaja kvalifikacija: osnovy, ponjatie, znachenie, jetapy' (avtoref dis kand jurid nauk, 2005) (in Russian).
43. Romanenko D, 'Analogija prava (civilisticheskoe issledovanie)' (dis kand jurid nauk, 2019) (in Russian).

Websites

44. Drozdov O, 'Vtilennia Stratehii rozvytku pravosuddia maie vidbuvatysia spilno z advokaturouiu' <<https://unba.org.ua/news/6783-vtilennya-strategii-rozvitku-pravosud-dya-mae-vidbuvatysya-spil-no-z-advokaturouiu-oleksandr-drozdov.html>> (accessed: 22.05.2021) (in Ukrainian).
45. Drozdov O, Hryhorenko Ye, Perederii O, Stiebieliev A, 'Perevahy ta osoblyvosti zastosuvannia vysnovkiv eksperta v haluzi prava' [2021] 18 (1524) Zakoni i biznes <https://zib.com.ua/ua/147534-perevagi_ta_osoblyvosti_zastosuvannia_visnovkiv_eksperta_v_g.html> (accessed: 22.05.2021) (in Ukrainian).
46. Evseev A, 'Nuzhny li Ukraine lobbisty v sudah' (Liga. Blogi, 17.10.2016) <<https://blog.liga.net/user/aeveev/article/24361>> (accessed: 22.05.2021) (in Russian).
47. Luspenyk D, 'Dokazuvannia u tsyvilnomu protsesi: shcho novoho u TsPK ta chomu sud nadilenyi pravom vytrebuvannia dokaziv' (*Sudebno-iurydycheskaia hazeta. Bloh*. 10 sichnia 2019 roku) <<https://sud.ua/ru/news/blog/132494-dokazuvannia-u-tsyvilnomu-protsesi-scho-novogo-u-tspk-ta-chomu-sud-nadileniy-pravom-vitrebuвання-dokaziv-ba6687>> (accessed: 22.05.2021) (in Ukrainian).
48. Mihajlova A, "'Druz'ja suda": kak juridicheskie zakljuchenija vlijajut na sudebnye reshenija' <<https://pravo.ru/story/203141>> (accessed: 22.05.2021) (in Russian).

Oleksandr Drozdov
Yevhen Hryhorenko
Oleksandr Perederii
Anton Stiebieliev

LEGAL EXPERT: THEORETICAL AND METHODOLOGICAL
PRINCIPLES AND VECTORS OF IMPLEMENTATION

ABSTRACT: The article is devoted to the coverage of theoretical and methodological principles of realization of the legal status of legal experts, formation of their conclusions and development of proposals on the main vectors of further development of the legal status.

The purpose of the article is to highlight aspects of the legal status of legal experts in terms of place in the legal system, the role and importance in the process of lawmaking and law enforcement (especially judicial law enforcement), as well as the interpretation of law.

The authors attempted to conduct a generalized study of the legal nature of scientific opinions of experts in the field of law as an intersectoral general procedural sub-institution, which performs an important workload in the development of socio-legal practice. The authors note that legal experts and their conclusions are a kind of *amicus curiae* and in terms of the place of relevant procedural rules in the legal system, their homogeneity in the direction of legal regulation, as well as the identity of legal norms that take place in the relevant branches of law believe that they can be considered as a cross-sectoral legal sub-institution of such an institution as a participant in a judicial process/proceeding (constitutional, criminal, etc.) with special knowledge.

The authors emphasize the specifics of the objects and subjects of relevant legal relations within the intersectoral institution of the participant of the trial/proceedings (constitutional, criminal), who has special knowledge that determines the modification of the method, methods and means of regulation within the subinstitution of legal expert. In addition, the authors emphasize such specific properties of this subinstitution. First, the legal status of legal experts is regulated by a number of branches of law, namely procedural law, and is therefore a general procedural institution. Secondly, it has an objective-subjective nature. Third, determines the specifics of the subject of legal regulation. Fourth, it is relatively independent (autonomous) in the legal system. Fifth, its norms interact with common law and intersectoral principles and with the norms of the relevant procedural branches of law. This indicates the systematic connection of this subinstitute (genetic, subordinate and coordination). Sixth, it is unique in nature and performs only its own function. Seventh, it consolidates the peculiarity of its subject, the legal status of the subjects, fixing them with specific terminology, legislative constructions, definitions. Eighth, is formally defined. Ninth, has its own functional focus.

Keywords: legal expert; expert opinion in the field of law; *amicus curiae*; legal expertise; intersectoral general procedural sub-institute; practice of the European Court of Human Rights; practice of the Constitutional Court of Ukraine; judgments of the Supreme Court.