

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ПОЛІСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

Факультет права, публічного
управління та національної безпеки
Кафедра правознавства

Кваліфікаційна робота
на правах рукопису

ЗАГУРСЬКИЙ РОМАН РОМАНОВИЧ

УДК 340.12 (477)

КВАЛІФІКАЦІЙНА РОБОТА

**Судова правотворчість в контексті правової системи
України**

081 «Право»

Подається на здобуття освітнього ступеня «Магістр»

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

_____ Загурський Р. Р.

Керівник роботи
Ляшенко Руслана Дмитрівна
кандидат юридичних наук,
доцент

Висновок кафедри правознавства за результатами попереднього захисту:
до захисту допущено

Протокол засідання кафедри правознавства № __ від «__» _____ 2021 р.

Завідувач кафедри правознавства

к.ю.н., доцент

(підпис)

Р. Д. ЛЯШЕНКО

«__» _____ 2021 р.

Результати захисту випускної кваліфікаційної роботи

Здобувач вищої освіти Загурський Роман Романович

захистив кваліфікаційну роботу з оцінкою:

сума балів за 100-бальною шкалою _____

за шкалою ECTS _____

за національною шкалою _____

Секретар ЕК

(підпис)

Святогор Т. П.

АНОТАЦІЯ

Загурський Р. Р. Судова правотворчість в контексті правової системи України. – Кваліфікаційна робота на правах рукопису.

Кваліфікаційна робота на здобуття освітнього ступеня магістра за спеціальністю 081 – Право. – Поліський національний університет, Житомир, 2021.

У кваліфікаційній роботі досліджено понятійні підходи до розуміння та розмежування понять: «судова практика», «судовий прецедент» та «судова правотворчість».

Під судовою правотворчістю розглядаються судові рішення, у яких відбувається зміна змісту норми права, що закладений законодавцем, шляхом тлумачення цих норм.

Судова правотворчість передбачає вироблення вищими судовими органами нових правил правового регулювання суспільних відносин, тлумачення норм у процесі судочинства із об'єктивацією цих результатів у судовому рішенні.

Особлива увага приділена проблемам застосування конкретизації та суддівського розсуду як складових судової правотворчості.

Ключові слова: судова правотворчість, судова практика, судовий прецедент, конкретизація, суддівський розсуд.

SUMMARY

Zahurskyi R. R. Judicial lawmaking in the context of the legal system of Ukraine. – Manuscript qualification work.

Qualifying work for a master's degree in specialty 081 – Law. – Polissya National University, Zhytomyr, 2021.

In the qualification work the conceptual approaches to understanding and delimitation of concepts are investigated: «judicial practice», «judicial precedent» and «judicial law-making».

Judicial law-making involves the development of higher judicial bodies of new rules of legal regulation of public relations, the interpretation of norms in the judicial process with the objectification of these results in the court decision.

Particular attention is paid to the problems of application of concretization and judicial discretion as components of judicial lawmaking.

Key words: judicial law-making, judicial practice, judicial precedent, concretization, judicial discretion.

ЗМІСТ

ВСТУП	6
РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ	
1.1 «Судова практика», «судовий прецедент» та «судова правотворчість»: понятійні підходи до розуміння та розмежування	9
1.2 Судова правотворчість: сутнісна характеристика	12
1.3 Судова правотворчість та офіційне тлумачення: проблема розмежування	16
ВИСНОВКИ ДО ПЕРШОГО РОЗДІЛУ	22
РОЗДІЛ 2. СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ: ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КОНКРЕТИЗАЦІЇ ТА СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ	
2.1 Проблеми застосування конкретизації у судовому правозастосуванні та судова правотворчість	23
2.2 Застосування суддівського розсуду як складової судової правотворчості	28
ВИСНОВКИ ДО ДРУГОГО РОЗДІЛУ	32
ВИСНОВКИ	33
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	35

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Проблема судової правотворчості в правовій системі України залишається актуальною для юридичної науки та практики. У юридичній науці немає єдності щодо визнання як судової практики джерелом права, так і судової правотворчості. Відповідно склалися дві протилежні позиції – одні визнають судову правотворчість та судову практику джерелом права, а інші заперечують, аргументуючи, що судові органи не мають правотворчих функцій, їх основне завдання – застосовувати нормативно-правові акти.

У вітчизняній правовій системі склалася ситуація, що Конституційний суд України та Верховний Суд юридично не мають закріплених правотворчих функцій, а фактично їх реалізують у процесі застосування права за наявності прогалин у праві або ж визнання неконституційними нормативно-правових актів Конституційним судом України.

Судова правотворчість реалізується судами як складова інтерпретаційної діяльності судових органів, якщо потрібно вирішити спір про право та сформулювати нову правову позицію, що стає додатковим регулятором суспільних відносин. Застосовується механізм судової правотворчості як необхідна та невід’ємна складова правової системи. Відповідно судова правотворчість передбачає вироблення вищими судовими органами нових правил правового регулювання суспільних відносин, тлумачення норм у процесі судочинства із об’єктивацією цих результатів у судовому рішенні.

Мета роботи полягає у здійсненні аналізу інституту судової правотворчості у правовій системі України та практичних проблем використання конкретизації та суддівського розсуду.

Відповідно до мети, **завданнями** даного дослідження є:

- дослідити понятійні підходи до розуміння та розмежування понять: «судова практика», «судовий прецедент» та «судова правотворчість»;
- з’ясувати сутність поняття судова правотворчість в сучасній правовій

доктрині;

- дати змістову характеристику інститутів судової правотворчості та офіційного тлумачення;
- з'ясувати проблеми застосування конкретизації у судовому правозастосуванні;
- визначити роль суддівського розсуду як складової судової правотворчості.

Об'єктом дослідження є правовідносини, що виникають у процесі судового правозастосування.

Предметом дослідження є судова правотворчість в контексті правової системи України.

Методи дослідження. Методологічну основу дослідження склала сукупність загальнонаукових та спеціально-наукових методів, що забезпечили аналіз досліджуваної теми. Діалектичний метод дозволив обґрунтувати основні поняття: «судова практика», «судовий прецедент» та «судова правотворчість» (підрозділ 1.1); порівняльний метод дозволив розмежувати судову правотворчість та офіційне тлумачення (підрозділ 1.3); формально-юридичний метод використано при визначенні характерних ознак судової правотворчості (підрозділ 1.3); логічний метод допоміг встановити місце конкретизації та суддівського розсуду у судовій правотворчості (підрозділи 2.1, 2.2); структурно-функціональний метод застосовано при аналізі змісту та окремих положень досліджуваної теми у правозастосовних актах.

Практичне значення одержаних результатів передбачає можливість використання результатів даного дослідження при викладанні дисциплін «Загальна теорія права», «Юридичне тлумачення» та ін. Крім того, окремі положення роботи можуть слугувати основою для подальших наукових розвідок різних аспектів судової правотворчості.

Апробація результатів дослідження. Одержані результати та висновки проведеного дослідження, були предметом обговорення на засіданні кафедри правознавства Поліського національного університету та науково-практичних

конференціях: міжнародній науково-практичній конференції «Розвиток державності та права в Україні: реалії та перспективи» (Львів, 17–18 вересня 2021 р.); II Всеукраїнському науково-практичному семінарі «Правова політика України: історія та сучасність» (Житомир, 8 жовтня 2021 року); IX Міжнародній науково-практичній конференції «Сучасні тенденції розбудови правової держави в Україні та світі» (м. Житомир, 11 листопада 2021 р.).

Структура роботи. Робота складається із вступу, двох розділів, які містять п'ять підрозділів, висновків до розділів, загальних висновків, списку використаних джерел (40 найменувань).

РОЗДІЛ 1

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ

1.1 «Судова практика», «судовий прецедент» та «судова правотворчість»: понятійні підходи до розуміння та розмежування

Еволюційний розвиток правової системи України дозволяє стверджувати про існування судової правотворчості. Судова влада як одна з гілок державної влади наразі здійснює не тільки функцію правосуддя, а й функцію судової правотворчості у формі судового прецеденту та судової практики [1, с. 15].

Як зазначає С. Шевчук, судова правотворчість реалізується через «судові рішення, в яких шляхом тлумачення змінюється зміст законодавства, або встановлюється значення, яке законодавець ніколи не закладав при прийнятті нормативно–правових актів. У первісному значенні вживається як право, що встановлюється у судовому прецеденті або у судовому рішенні, або як право, що походить із судового рішення на відміну від нормативно–правових актів або адміністративної практики. Термін «суддівське» або «судове право» є синонімом судової правотворчості та певним функціональним елементом судового прецеденту, принаймні всі ці терміни відображають одне й те ж явище у національних правових системах» [2, с. 9].

Наразі судова практика є постачальником адекватної інформації щодо потреби в удосконаленні вітчизняного законодавства й прогресивних напрямів у правотворчій і правозастосовній діяльності. Це практика діяльності судових органів, що формується при здійсненні правосуддя, вона є формою нагромадження професійного досвіду судами загальної юрисдикції та Конституційним судом України (далі – КСУ) [3, с. 154]. Її використовують для заповнення прогалів у праві, тобто коли нормативно-правові акти не можуть врегулювати певні правовідносини. Нормативно-правові акти мають більш

узагальнюючий характер, коли із застосуванням судової практики приділяють усю увагу конкретній справі й вирішують її, використовуючи норми права.

Якщо розглядати питання обов'язковості та характеру використання судової практики, то під судовою практикою слід розуміти не поодинокі судові рішення. Їй притаманна така властивість як стійкість та однаковість. Формують судову практику суди вищої інстанції, які вирішують складні питання, їх рішення є обов'язковими для застосування судами нижчої інстанції. Судова практика забезпечує реалізацію принципу справедливості рішення суду, навіть якщо нормативно-правові акти містять колізії.

Однією з форм вираження судової практики як специфічного джерела права є судовий прецедент, проте ця форма не єдина. Ознаками судового прецеденту є: обов'язковість, що постає з низки однорідних рішень із приводу однотипних випадків. Окремі рішення суду не створюють обов'язкові норми; судовий прецедент повинен ґрунтуватися на суворому дотриманні законів або ж на неухильному дотриманні принципів права, судді враховують моральні засади права; створюються прецеденти вищими судовими інстанціями, а не всіма судами; мотивувальна частина рішення може застосовуватися як прецедент [4, с. 25].

Слід зазначити, що судова практика й судовий прецедент поняття не рівнозначні, оскільки вони є окремими складовими судової правотворчості, тож окреслена проблема термінологічної розбіжності вимагає використання логічних правил диференціювання. Прецедентне право традиційно визначають як право, що формується у процесі правозастосовної діяльності суду, яке складається із принципів, застосованих суддями під час винесення ними судових рішень.

Судова практика необхідна для тлумачення нормативно-правового акту, тому логічно, що судді виконують інтерпретаційну функцію. Оскільки нормативно-правові акти містять норми, які мають неперсоніфікований, загальний характер, судді виконують допоміжну роль, тобто заповнюють прогалини і вдосконалюють право. Тим самим безпосередньо впливають на

розвиток норм права та їх існування загалом, вони визнають норму чинною або навпаки, і не дають її реалізувати на практиці. Цим питанням займається Конституційний суд України, оскільки його роллю є тлумачення норм Конституції, до того ж вони можуть визнати неконституційним закон або інший нормативно-правовий акт, який може суперечити вимогам і принципам права загалом. Окрім загальних принципів, судова практика взаємодіє із звичаєм. Сутність цієї взаємодії полягає в тому, що у разі застосування звичаю в судовій практиці, він автоматично буде захищатися державою. І як результат, звичай, який певним чином демонструє інтереси народу, уже стає складовою частиною правової системи.

Судова практика відображає єдність суддівської діяльності, спрямовується на виконання функцій судової влади та має різноманітний характер (розгляд конкретних справ, інтерпретація правових норм, створення правоположень тощо). Судова практика вимагає від судді фаховості й розуміння права. Судову практику виокремлюють як соціально-правовий досвід суддів у процесі їхньої професійної діяльності. Якщо проаналізувати всі представлені визначення, які наводять дослідники, то можна констатувати, що судова практика спрямована на забезпечення правосуддя, результат її безпосередньо залежить від діяльності та компетентності суддів.

На нашу думку, судова практика теж є джерелом права, її результатом є створені збірники, довідники судових рішень, електронні системи в галузі судової діяльності, якими користуються правники. Приміром, практика Європейського суду з прав людини (далі - ЄСПЛ) впливає на розвиток правосуддя в Україні. Вітчизняне законодавство визнає рішення ЄСПЛ джерелом права [5]. ЄСПЛ не лише заповнює прогалини, а й тлумачить положення Конвенції, що має безпосередній вплив на функціонування національного механізму захисту прав людини [6, с. 320].

Усталена судова практика включає: раніше прийняті судові рішення, прецеденти та правову доктрину з конкретного правового питання [2, с. 408]. Судова практика має різноманітні форми вираження, до яких належать

постанови пленуму, рішення по принципових справах, будь-яке судове рішення, інформаційні листи керівництва вищих судових органів [2, с. 500].

Термін «судова практика» має багатогранне значення. З одного боку, судова практика є узагальненням усіх рішень, винесених з конкретних питань, на основі досвіду судів окремої правової системи, а з іншого – являє собою цілісну систему діяльності судів при здійсненні правосуддя, що виражається у формі судових рішень, які набрали законної сили [7].

Судова практика не створює правові норми, адже головна її роль полягає у впливі як на правову систему в цілому, так і на роботу судової системи. Але це не скасовує того факту, що в нашій країні відсутність закріплення судової практики є нормою. За своїм походженням у системі джерел права, судова практика є спеціальним, додатковим джерелом права. Серед вчених поширена думка, що судова практика є дуже значущою, оскільки впливає на правотворчість [7].

Слід погодитися з думкою П. Комара, що «судова діяльність та судова правотворчість співвідносяться як загальне та конкретне (ціле та частка), а судова практика являє собою статичний результат судової діяльності, у той час як судова правотворчість втілюється в усталеній судовій практиці (що є часткою судової практики, яка загалом може бути неоднозначною) та відповідних актах судової правотворчості, одним з різновидів яких є судовий прецедент (при чому загальнообов'язковість притаманна не акту загалом, а лише правовій позиції (правоположенню)). Ідеї судової правотворчості реалізуються в судовій практиці» [8, с. 54].

1.2 Судова правотворчість: сутнісна характеристика

У сучасних демократичних державах основне завдання вищих судових органів полягає не лише у виправленні судових помилок, допущених судами нижчих інстанцій, а й в системному і коригуючому впливі на судову систему загалом [9, с. 5]. Взаємозв'язок між правосуддям та правотворчістю є

актуальним в умовах розвитку правової системи, оскільки безпосередньо впливає на проведення судово-правової реформи в Україні.

Як зазначає М. І. Козюбра, наразі спостерігається тенденція до визнання активної ролі суду у процесі правотворчості. Разом з тим, все ще зберігаються діаметрально протилежні підходи до з'ясування взаємозв'язків між правотворчістю і правосуддям. Поряд із беззастережним визнанням судової правотворчості, кількість прихильників якої серед вітчизняних правознавців і представників судової влади за роки української незалежності помітно зросла, в юридичній літературі нерідко трапляється також категоричне заперечення будь-яких взаємозв'язків правосуддя і правотворчості [10, с. 39].

Судова правотворчість має ті ж самі ознаки, що й правотворчість. Проте її особливість полягає у тому, що вона здійснюється вищими судовими органами влади. Особливістю судової правотворчості є її другорядний характер, адже основною функцією суду є здійснення правосуддя, а не видання норм права [11, с. 7].

У контексті правової системи України судова правотворчість знаходить своє вираження в рішеннях КСУ, що містять правові позиції, а також у судовій практиці Верховного суду. З огляду на визнання Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод невід'ємною складовою національного законодавства, важливою є практика Європейського суду з прав людини [11, с. 7].

Загалом, термін судова правотворчість властивий для країн англо-саксонського права, де суддям історично належала провідна роль і формуванні права.

Враховуючи діяльність зазначених органів судової влади, можна виокремити форми судової правотворчості, зокрема:

- 1) розробка судами нормативно-правових актів, що визначають їх функції та взаємозв'язки з органами публічної влади та громадянським суспільством (регламенти);
- 2) тлумачення Конституції України КСУ;

- 3) роз'яснення Верховного суду;
- 4) прийняття судами рішень нормативного характеру, що не є прецедентами, оскільки ухвалюються за відсутності прогалин в позитивному праві та мають нормативний характер. Приміром, рішення КСУ про неконституційність норми права, статті чи закону загалом [11, с. 8].

Отже, за своїм функціональним призначенням судова правотворчість: 1) створює умови вирішення конкретних судових справ; 2) усуває прогалини у праві та неясність окремих норм законодавства в ході судового процесу; 3) доповнює правотворчість в цілому, послідовно усуваючи недоліки діючого діючого законодавства. За правовою природою судова правотворчість є «побічним продуктом» правосуддя, оскільки завжди супроводжує йому і не може існувати поза ним. За регулятивними властивостями судова правотворчість: 1) створює нову норму права в разі наявності прогалини в законодавстві; 2) дає тлумачення норм права в межах їх текстуального змісту; 3) здійснює конкретизацію норм права [9, с. 9].

Як зазначає О. Соломонюк, судова правотворчість – це процес здійснення судовою владою правотворчої функції поряд з правозастосовною та інтерпретаційною, результатом є правоположення, що містяться в сформульованих судом рішеннях, що можуть мати обов'язковий характер не лише для сторін у справі, а й для інших суб'єктів правових відносин [12, с. 57].

Судова правотворчість є особливим різновидом правотворчості, що передбачає діяльність вищих органів судової влади з метою створення необхідних умов для здійснення правосуддя, що не суперечить Конституції й загальноновизнаним принципам та нормам міжнародного права, спрямована на внесення вторинних (допоміжних, додаткових) змін до чинної системи права, що обумовлена необхідністю усунення невизначеності права, результатом якої стають норми, що закріплені у судових актах [2, с. 15].

Під судовою правотворчістю «розглядаються судові рішення, у яких відбувається зміна змісту норми права, що закладений законодавцем, шляхом

тлумачення цих норм. Судова правотворчість розрахована на захист основоположних прав людини, тому суддя при вирішенні справи виходить не лише з норми права, а й принципів справедливості, рівності, розумності, пропорційності. Важливість судової правотворчості полягає у тому, що саме вона: забезпечує однаковість вирішення справ та усталену судову практику; обмежує дискреційну владу суддів, бо при винесенні рішення матимуть керуватися певними правовими стандартами; уточнює та тлумачить норми права, позбавляє тим самим їх неоднозначного розуміння; полегшує роботу суддів та економить час під час відправлення правосуддя; сприяє забезпеченню принципу правової визначеності; дає можливість гнучкому застосуванню норм права, завдяки їх деталізації; сприяє рівності сторін у справі через однакове трактування для всіх інстанцій норм права» [13].

Заслуговують уваги погляди авторів про те, що окремі судові акти, які видаються в процесі правозастосовної діяльності судів, можуть відповідати ознакам права: 1) містять нормативні розпорядження; 2) мають формальну визначеність; 3) забезпечуються державою; 4) розраховані на багаторазове використання судами за певною категорією справ; 5) адресуються невизначеному колу осіб, які застосовують норми права, вироблені Верховним судом та КСУ [9, с. 8-9].

За своїм функціональним призначенням судова правотворчість: 1) створює умови для вирішення конкретних судових справ; 2) усуває прогалини і неясність окремих норм законодавства під час судового процесу; 3) доповнює правотворчість в цілому, послідовно усуваючи її вади правоположеннями, що базуються на чинному законодавстві [9, с. 9].

За своєю правовою природою судова правотворчість: 1) є «побічним продуктом» правосуддя, оскільки завжди супроводжує його і не може існувати поза цим процесом; 2) визначається характером дозволених судом справ [9, с. 9].

За регулятивними властивостями судова правотворчість: 1) створює нове правоположення у разі наявності прогалини у законодавстві; 2) дає

тлумачення норм права у межах їх текстуального змісту; 3) здійснює конкретизацію норм права шляхом зазначення додаткових відомостей, що впливають зі змісту закону [9, с. 9].

Таким чином, судова правотворчість є допоміжним інструментом, що сприяє заповненню прогалин, спрямована на підвищення ефективності реалізації правових норм. Право вищих судових органів влади видавати акти правотворчого змісту впливає з правової природи судової влади та її ролі у процесі державотворення, захисті демократичних інститутів держави та громадянського суспільства, зближенні права і суспільства [11, с. 9].

1.3 Судова правотворчість та офіційне тлумачення: проблема розмежування

Слід визнати, що в юридичній науці питання про розмежування офіційного тлумачення норм права та правотворчої діяльності не отримало однозначного вирішення. Адже, загальновизнаною вважається позиція, що в ході тлумачення не повинні створюватися нові правові норми. Проте, в загальній теорії права та галузевих юридичних науках широко застосовується термін «нормативне тлумачення», що включає певний синтез понять «тлумачення» і «нормотворчість». При такому широкому підході межі між офіційним тлумаченням і правотворчістю практично стираються, у результаті всі спроби вирішити дискусію про зміст рішень вищих судових інстанцій і можливістю їх визнання формальними джерелами права заздалегідь приречені на невдачу. Разом з тим, ототожнення офіційного тлумачення і правотворчості є не виправданим, незважаючи на умовне їх розмежування [14, с. 99-100].

Межі тлумачення правових норм є дуже важливими питанням у юриспруденції. Багато вчених задаються питанням, чи можна в процесі тлумачення вносити якісь зміни у норми або взагалі створювати нові норми права. Погляди науковців в даному питанні розходяться. Одні представники неопозитивістських течій стверджують, що тлумачення і правотворчість

зовсім несумісні, а інші навпаки, що тлумачення і правотворчість (судова) не може існувати окремо одне від одного. Судова правотворчість характерна для англо-саксонської правової системи, але такий вид діяльності захоплює з кожним днем все більше й більше прихильників у правознавстві багатьох країн Європи. Самим основним джерелом права в англо-саксонській правовій сім'ї є судовий прецедент. В даній правовій системі також визнаються правотворчі повноваження судді [15, с. 250].

В Україні спостерігається більш реалістичний підхід до співвідношення правотворчості і тлумачення. У вітчизняному правознавстві, а саме у традиційно-позитивістському підході все ще існують думки про те, що тлумачення не може вносити ніяких змін до правових норм та створювати нові норми права. Давайте розглянемо основні моменти, які потрібно враховувати при судовому тлумаченні. По-перше, правотворчість не є функцією суб'єктів інтерпретаційної діяльності, у тому числі судів. Не є виключенням КСУ з його особливими правотлумачними повноваженнями та Верховний Суд. Як зазначає М. І. Козюбра, «наділення їх такою функцією дійсно суперечило б принципу розподілу влади, на що цілком слушно звертають увагу противники судової правотворчості. Тому механічно переносити на вітчизняну правову систему, як і на континентальну правову сім'ю, зміст англійського «judge-made-law» справді некоректно. Разом з тим спрощеним було б розглядати правозастосовну, насамперед судову практику і тим більше практику органів конституційного контролю – конституційних судів, як щось таке, що стоїть окремо від процесу правотворення. Наявність у правотлумачній діяльності елементів правотворення – не аномалія, як це ще нерідко кваліфікується у вітчизняній літературі, а об'єктивна необхідність, яка хоч і має свої межі» [16, с. 6].

Правотлумачна діяльність має елементи правотворення, які є об'єктивно необхідні, звичайно ж вони мають свої якісь певні межі, але дані елементи не можуть бути виключені з діяльності, як судів загальної юрисдикції так і КСУ тому, що вони закладені в основу їхнього функціонування. Це пов'язано з

декількома причинами, які наводить М. І. Козюбра. На його думку, пошук права не слід відносити до виключно правотворчої функції суб'єктів нормотворення. Це функція, яку виконує кожен правник під час здійснення юридичної діяльності, при аналізі норм чинного законодавства, зокрема, при вирішенні спору про право. При пошуку права не слід обмежуватися формальним чи логічним аналізом змісту норм права. Як правило, це вимагає звернення до нормативного матеріалу, що знаходиться за межами відповідних текстів національних нормативно-правових актів, тобто звернення до фундаментальних (основоположних) принципів права, які формуються під час судової правотворчості за безпосередньої участі судів і не знаходять прямого закріплення в конституціях і законах, а саме до міжнародної судової практики. Позиція, що така творча діяльність суддів не формує нових правоположень у національній правовій системі – це ілюзія. Звернення до суду для захисту конституційних прав безпосередньо на підставі Конституції гарантується державою незалежно від того, конкретизовано її норми (а вони, як правило, викладаються в загальній формі) в національних нормативно-правових актах, чи не конкретизовано. За наявності звернення людини за захистом її конституційних прав та свобод завдання з конкретизації конституційних норм виконують суди, зокрема КСУ. За своєю гносеологічною природою і своїми юридичними результатами конституційна конкретизація не відрізняється від нормотворчості уповноважених суб'єктів, хоча однозначно існують відмінності процедурного характеру. Процедура конституційного провадження в КСУ відрізняється від законодавчої процедури, що реалізує Верховна Рада України. Без елементів правотворчості не можна обійтися в процесі офіційного тлумачення Конституції. Оскільки юридичне тлумачення спрямовується на подолання невизначеності норм Конституції та інших нормативно-правових актів, воно передбачає роз'яснення їх об'єктивного внутрішнього смислу (змісту), що має на меті з'ясування глибинного змісту самого акта з врахуванням змін, які відбулися в суспільному житті після його прийняття. Усі закони повинні тлумачитися з урахуванням сучасних тенденцій

розвитку суспільства, відповідно до нових умов та обставин суспільного життя, тобто в світлі умов сьогодення. Не може закон наповнюватися новим змістом. Функція судової правотворчості реалізується судами, коли доводиться долати правові прогалини, вирішувати колізії. І хоч у таких ситуаціях суди мають діяти особливо виважено і обережно, відмовити особі у розгляді її спірного питання суд не має права. Це аксіома. Можна, очевидно, дискутувати з приводу точності вживаної у таких випадках термінології – оперувати терміном «судова правотворчість» чи більш коректним терміном «судове правотворення», який використовувався ще за радянських часів, або ще обережнішими термінами «судова добудова права», «судовий розвиток права», як це зустрічається, зокрема, у німецькій літературі [17, с. 98–105]. Але спростовувати безсумнівні факти при здійсненні тлумачення виходу суддів за межі волі конституцієдавця чи законодавця, наповнення відповідних конституційних чи законодавчих положень, що тлумачаться, змістом, який часто відрізняється від змісту, що вкладався у них конституцієдавцем чи законодавцем, означає залишатися на позиціях крайнього формалізму і догматизму, не сумісних з сучасними уявленнями про право та місце у ньому людини. Сказане зовсім не означає, що судове тлумачення – правотворення чи судова «добудова» і «розвиток» права не мають меж і визначаються виключно судовим розсудом [16, с. 6-7].

Таким чином, судове тлумачення виходить за межі роз'яснення за з'ясування волі законодавця, наповнення конституційних, законодавчих положень змістом, який має певну відмінність від змісту який законодавець вклав в норму. Але не потрібно забувати, що судове тлумачення або судова правотворчість має свої певні межі і вона не може визначатися тільки розсудом суду.

Тлумачення-правотворення існує для того щоб стабільно підтримувати право. Всі тлумачення повинні відповідати принципу юридичної визначеності, це означає, що громадяни повинні довіряти судовій системі, вони мають знати, що якщо їхні права будуть порушені чи обмежені, вони обов'язково будуть

захищені. У практиці ЄСПЛ сформовано вимоги до офіційного тлумачення. Серед яких слід виокремити наступні: 1) у процесі тлумачення не можуть бути обмежені права і свободи людини [16, с. 7]; 2) тлумачення не може звужувати зміст та права і свободи людини, змінювати суть їх розуміння [16, с. 7]; 3) якщо, під час тлумачення виникають якісь сумніви в регулюванні суспільних відносин між громадянином і державою, то тлумачення повинно бути на користь громадянина [16, с. 7]; 4) тлумачення, що стосується дозволів громадян повинно бути дослівним та точним, не має бути ніяких обмежувальних дозволів.

Між судовим тлумаченням та судовою правотворчістю існує досить тонка грань, тому їх законодавче регулювання є недопустимим. Законом можуть закріплюватися лише загальні принципи, якими б могли користуватися суди при визначенні меж своєї інтерпретаційної або правотворчої діяльності. Самообмеження є основним принципом даної діяльності. Суди спокійно можуть звертатися до правотворення у випадках, коли реалізація прав людини не може обійтися без елементів правотворчості. Саме права людини є тим основним критерієм, який визначає межі офіційного тлумачення і правотворчості [15, с. 263].

П. Комар, цитуючи С. Максимова, наголошує, що «судова правотворчість шляхом розширеного тлумачення писаного права, яке не слугує вирішенню суспільних проблем, дає можливість висвітлити певні суспільні цінності, що закладені в конституційному порядку, але які знайшли недостатнє втілення в законодавчих текстах, та підтвердити фундаментальні надпозитивні принципи правової системи і тим самим захистити концепцію справедливості, яка сприймається і поділяється суспільством» [8, с. 56; 19, с. 46].

Підсумовуючи, зазначимо, що критерії розмежування судової правотворчості та тлумачення існують, серед яких слід виокремити наступні: 1) юридична сила положень, які закріплено в рішенні суду. Іманентною ознакою нормативних актів є їх загальнообов'язковий характер [18, с. 13], тоді

як інтерпретаційні акти цілком можуть мати рекомендаційний характер; 2) нормативна новизна виступає другим критерієм розмежування інтерпретаційних актів та судових прецедентів; 3) встановлення обов'язкових для виконання правових положень, що не виводяться з існуючих нормативних приписів, не може вважатися тлумаченням правових норм, а є ні що інше, як створення нових нормативних приписів, тобто це і є судова правотворчість. Вироблені судом загальнообов'язкові правоположення для регулювання суспільних відносин за наявності прогалин у законодавстві, мають нормативний характер, навіть якщо вони сформульовані як тлумачення норм права. Судова практика як найбільш істотний інструмент і спосіб, який забезпечує на основі закону оптимальне в конкретному суспільстві правове регулювання, являє собою живий досвід правосуддя, що виражений в рішеннях з конкретних юридичних справ [20, с. 131; 21, с. 111].

ВИСНОВКИ ДО ПЕРШОГО РОЗДІЛУ

Судова практика та судовий прецедент поняття не рівнозначні, оскільки вони є окремими складовими судової правотворчості, тож окреслена проблема термінологічної розбіжності вимагає використання логічних правил диференціювання. Прецедентне право традиційно визначають як право, сформоване суддями під час винесення ними судових рішень.

Судова правотворчість є допоміжним інструментом, що сприяє заповненню прогалин, спрямована на підвищення ефективності реалізації правових норм. Прогалини у праві є постійними супутниками правотворчості [22, с. 112]. Право вищих судових органів влади видавати акти правотворчого змісту впливає з правової природи судової влади та її ролі у процесі державотворення, захисті демократичних інститутів держави та громадянського суспільства, зближенні права і суспільства.

Критеріями розмежування судової правотворчості та тлумачення є: 1) юридична сила положень, які закріплено в рішенні суду; 2) нормативна новизна; 3) встановлення обов'язкових для виконання правових положень, що не виводяться з існуючих нормативних приписів.

РОЗДІЛ 2

СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ: ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КОНКРЕТИЗАЦІЇ ТА СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ

2.1 Проблеми застосування конкретизації у судовому правозастосуванні та судова правотворчість

Конкретизація норми права - техніко-юридичний метод уточнення вихідного змісту норми права, що реалізується уповноваженим суб'єктом шляхом правозастосовного або інтерпретаційного розширення (або звуження) обсягу окремих ознак або елементів структури правової норми для досягнення їх визначеності, що забезпечує досягнення об'єктивної відповідності цілей і результатів правозастосування. У процесі правозастосовної конкретизації зміст загальної правової норми індивідуалізується стосовно окремого випадку, виробляються конкретні форми реалізації дозволеного нормою загального типу поведінки.

Основними етапами правозастосовної конкретизації є: уточнення - етап, при якому уточняється зміст правової норми без зміни тексту; деталізація - розвиток права виходить за межі тлумачення за обсягом і здійснюється в межах судової правотворчої. Текст норми права офіційно приводиться у відповідність з новими суспільними відносинами і новим змістом, шляхом його зміни, доповнення та виправлення; розвиток – норма права набуває остаточного змісту і в подальшому зазнає змін у разі необхідності [23, с. 111-112].

Як відомо, в процесі судової правозастосовної діяльності відбувається співвіднесення питань «права» і «факту», норми і казусу, що об'єктивно зумовлює необхідність конкретизації абстрактних нормативних приписів з урахуванням реальних фактичних обставин. При цьому слід враховувати, що потреба у конкретизації виникає як в умовах належної правової

урегульованості відповідної життєвої ситуації, так і при виявленні дефектів правового регулювання даних суспільних відносин. Основними засобами конкретизації у процесі судового правозастосування є: казуальне тлумачення; уточнення оціночних понять; колізійні правила; аналогії [24, с. 26, 28].

Однією з головних проблем є те, що зміст терміну "конкретизація" застосовується у різних значеннях. В юриспруденції бажаним є однозначне розуміння правових категорій і тих процесів, які вони відображають [25, с. 14].

О. Ф. Черданцев вважає, що конкретизація як процес виведення більш конкретних положень із загальних норм - це сам процес тлумачення і нічого більшого. Ніяких специфічних розумових дій в процесі конкретизації норм права, крім процесів тлумачення немає [26, с. 38].

На думку С. М. Братуся дуже важливою проблемою є те, що у вітчизняній судовій практиці виділяють дві форми конкретизації: в результаті тлумачення, тобто прийняття, так званих «інтерпретаційних» правоположень і формування правоположень, як результату судової правотворчості. Як бачимо, погляди на можливість конкретизації норм законодавства шляхом правоположень судової практики не змінилися за майже 40-річчя суперечок про неї. Можна сказати, що ведеться діалог поколінь або «діалог епох» [27, с. 233].

На думку М. Ю. Горбань, сьогодні малодослідженими залишаються проблеми судової конкретизації. Виходячи з принципів правової економії і доцільності, законодавець при конструюванні нормативно-правових приписів зазвичай використовує досить гнучкі, абстрактні загальні формулювання, намагаючись забезпечити відносну стабільність норми права і поширити її дію на максимальну кількість аналогічних випадків, з огляду на різноманіття можливих ситуацій об'єктивної дійсності. При цьому досить часто виникає необхідність корекції значення понять для правильного розуміння і застосування таких норм на практиці, що в свою чергу, ставить питання про місце і значення конкретизації в судовій правотворчості. Питання про співвідношення тлумачення і конкретизації залишається одним з найбільш дискусійних [28].

В сучасній правовій системі України частіше застосовуються правоінтерпретаційна і правозастосовча судова конкретизація. Найбільш вузькі межі застосування конкретизації у судовій правотворчості, оскільки вона використовується, в основному. Безумовно, конкретизація не може підміняти собою вихідні норми. В результаті конкретизації створюється правило поведінки, новизна якого в порівнянні з вихідною нормою полягає лише в його меншому логічному обсязі і більш широкому змісті (сукупності ознак), але повністю включає зміст конкретизуючої норми. З точки зору їх логічного обсягу і змісту дане співвідношення можна визначити як загальне і особливе. При цьому акти конкретизації мають межі, які визначаються сукупністю обсягів понять, в яких висловлено зміст конкретизуючої норми, і змістовною межею, яким є виклад норми у вигляді наочного, що допускає емпіричну перевірку способу, правомірної поведінки і обставин [29].

На думку С. О. Гордієнка, цілком очевидно, що знання правозастосовником відповідей на такі питання, як: ступінь відповідності вітчизняної правової системи принципам міжнародного права, приведення правозастосовної практики у відповідність до вимог правової системи та ін. – є загальнотеоретичною проблемою праворозуміння, що зумовлені помилковим уявленнями судді про необхідність конкретизації норми права [30, с. 9-10].

Суддя зобов'язаний сприймати право як системну субстанцію, виходячи з єдності, взаємодії і взаємозв'язку правових норм, що значно спрощує проблему конкретизації права, а нерідко й зовсім її знімає. Дана позиція є правильною, чим вище буде рівень знань у судді тим менше буде незаконних рішень. Йдеться про правові позиції суду, неоднаковість судової практики, недостатня компетентність суддів, взаємовиключні рішення Верховного Суду, несталість законодавства, а також внутрішнє переконання суду зумовлюють необхідність конкретизації.

Прикладом практичного застосування конкретизації суддями, можна навести рішення Конституційного суду України у справі за конституційним

зверненням громадянина Рейніша Леоніда Валерійовича щодо офіційного тлумачення положення п. 10 частини 1 ст. 293 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПКУ) у взаємозв’язку з положеннями п. 8 частини 3 ст. 129 Конституції України, частини 2 ст. 293 ЦПКУ [31].

В даному рішенні суд вказує на те, що принцип забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду конкретизовано в главах 1, 2 розділу V ЦПКУ, «якими врегульовано процедуру перегляду рішень та ухвал суду в цивільному судочинстві. Зокрема, у частині першій статті 293 Кодексу міститься перелік ухвал суду першої інстанції, які можуть бути оскаржені в апеляційному порядку окремо від рішення суду. Згідно з частиною другою статті 293 Кодексу заперечення на ухвали, що не підлягають оскарженню окремо від рішення суду, включаються до апеляційної скарги на рішення суду. Аналіз положень цих статей дає підстави для висновку, що вони встановлюють особливості оскарження ухвал суду першої інстанції, а саме – разом із рішенням суду або окремо від нього» [31].

Також, доцільно розглянути окрему думку судді Конституційного Суду України М. І. Мельника стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 12 розділу I Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України» від 28 грудня 2014 року № 76-VIII [32]. В ній М. І. Мельник зазначає, що «суд не повинен конкретизувати сформульовані ним раніше юридичні позиції щодо змісту положень частини 3 ст. 22 Конституції України, а також те, що суд жодним чином не обґрунтував необхідності у такому розвитку і конкретизації, що свідчить про недотримання судом конституційних і законодавчих приписів, а також вказує на відсутність передбачених законом підстав для розвитку (конкретизації)» [32].

Маємо наочний доказ того, що проблема неоднозначного розуміння інституту конкретизації існує навіть в конституційному судочинстві, де думки

суддів не співпадають одна з одною, і кожен трактує законодавство за своїм переконанням.

Ще однією проблемою С. О. Гордієнко визначає те, що наразі потрібно працювати над поглибленням знань та компетенцій вітчизняних суддів з проблемних питань застосування інституту правозастосовної конкретизації рішень ЄСПЛ. Адже ця проблема досі не вирішена, а у контексті останніх тенденцій судової реформи питання належного використання практики ЄСПЛ є досить критичним [30, с. 15-16].

Дуже важливо щоб представники публічної влади, а особливо судді засвоїли і сформували належний правовий механізм застосування правозастосовної конкретизації з урахуванням практики ЄСПЛ.

Ще однією проблемою судової конкретизації є обсяг повноважень судів. Вже декілька років ми є свідками грандіозного експерименту над судовою системою України. Передусім це стосується найвищого судового органу – Верховного Суду, який за всіма ознаками мав би виконувати свою основну функцію – забезпечення єдності судової практики судів всіх юрисдикцій. Проте, на жаль, Верховний Суд дотепер залишається позбавленим необхідного обсягу повноважень, які б давали йому можливість дієво впливати на становлення ефективного судочинства в Україні. Натомість практика засвідчила, що лише у процесуальний спосіб – шляхом ухвалення Верховним Судом рішень, які містять правові висновки, що мають обов'язковий характер, конкретизувати й забезпечити однакове й правильне застосування судами законодавства неможливо. З огляду на це, з метою забезпечення однакового застосування норм законодавства та його конкретизації Верховний Суд повинен мати додаткові повноваження.

Судовий орган є компетентним суб'єктом судової правотворчої конкретизації, як і інший суб'єкт правотворення повинен досягнути при формуванні приписів точності, повноти норми права та максимальної визначеності її змісту.

Таким чином, можна зробити висновок, що проблем на сьогоднішній день більш чим достатньо. Проте питання вітчизняної судової правоконкретизації є малодослідженим юридичною наукою і вимагає подальших наукових розробок, актуальних для розвитку правової системи України, які мають значення для створення ефективної судової системи, що здійснює належне правосуддя.

2.2 Застосування суддівського розсуду як складової судової правотворчості

Проблема вільного суддівського розсуду – це класична проблема процесуального права. Виникла вона разом з появою суду. Попри множинність визначень поняття суддівського розсуду, багато правознавців вважають його неприпустимим у судовому правозастосуванні і заперечують можливість його існування. Прихильником такого підходу є професор Р. Дворкін. Д. П. Поповський, цитуючи Р. Дворкіна, наголошує, що на його переконання, кожна правова проблема має тільки одне законне рішення, оскільки право – це замкнена система, яка не схвалює застосування вільного суддівського розсуду. Суддя не виходить і не створює нові правові норми, а розкриває або виявляє вже існуючі [33, с. 229].

Принципово іншу позицію займають прихильники іншого, прямо протилежного щодо невизнання суддівського розсуду. На їхню думку, суддівський розсуд присутній у кожній розглянутій справі: як складній, так і простій. Так, А. Барак під суддівським розсудом розуміє повноваження, яке закон дає судді, щоб робити вибір з декількох альтернатив, з яких кожна законна [34, с. 125]. При цьому він підкреслює, що вибір варіанта вирішення спору за розсудом можливий тільки в межах зони формальної законності. На думку А. Барака, розсуд має місце не лише тоді, коли правова норма для вирішення спору відсутня, але й тоді, коли така норма є в законодавстві. У першому випадку суд самостійно формує нове правило, що і є правотворчістю

суду, а у другому – розсуд суду полягає у виборі необхідної для вирішення спору про право норми. Крім того, А. Барак вважає, що «суддівський розсуд має застосовуватися об'єктивно», тобто обраний за відсутності правової норми варіант повинен відповідати принципам законності та справедливості [35, с. 329].

Ще один погляд на проблему існування суддівського розсуду є своєрідним компромісом між першими двома підходами і полягає в тому, що суддівський розсуд все-таки існує, але існує там, де відсутні необхідні правові норми, а також там, де складно дати кваліфікацію спору або правильно встановити обставини справи. Враховуючи всі аргументи і противників, і прихильників суддівського розсуду, слід все ж підкреслити, що законодавець при всьому бажанні ніколи не зможе ні виявити, ні врегулювати все різноманіття проблем, що виникають.

В юридичній літературі справедливо зазначалося, що в житті існує неминучий конфлікт між бажанням скерувати суспільні відносини в певне русло через ясні, певні, узгоджені і розумні норми права і неможливістю це зробити. З одного боку, ми хочемо ясності і простоти викладу норм закону. З іншого боку, виявляється, що коли ми встановлюємо норми закону, необхідна простота норми стикається зі складністю людського досвіду. Це говорить про те, що життя завжди виявляється складнішим за ті форми права, які ми встановлюємо. Це протиріччя переважно вирішується через суддівський розсуд, тлумачення закону, які часто межують з судовою правотворчістю. Саме через ці інститути, разом з судовою правотворчістю, значною мірою твориться наша правова система [35, с. 165].

Існує і негативний момент впливу правосвідомості на реалізацію дискреційних повноважень. Як вбачається з аналізу визначення дискреційних повноважень, характерною ознакою таких повноважень є те, що уповноваженому органу надається свобода вибору при ухваленні рішення, пов'язаного із застосуванням розсуду до конкретного життєвого випадку. При цьому реалізація дискреційних повноважень та прийняття рішення

здійснюється за посередництвом аналізу нормативно-правових приписів суб'єктом правозастосування [37, с. 52].

Характер мисленнєвої аналітичної діяльності визначається рівнем правосвідомості суб'єкта розсуду. Варто зауважити, що такого роду мисленнєва діяльність має складний психофізіологічний та системно-аналітичний характер, потребує значних розумових затрат, високого рівня професійної обізнаності у праві суб'єкта розсуду та повинна ґрунтуватися на виконанні публічних функцій певного суб'єкта дискреційних повноважень. Тому деформована правосвідомість суб'єкта правозастосування завжди пов'язана з ризиками прийняття рішення, що базується на власних егоїстичних, корисливих інтересах, або з викривленням, спотворенням співвідношення державних, публічних, суспільних та індивідуальних інтересів та потреб [37, с. 55].

Інколи висловлювалась позиція, що розсуд є наслідком недосконалості законодавчої техніки. Про таку специфічну роль суддівської дискреції (але в дещо іншому контексті) можна знайти згадування і в сучасних наукових джерелах. Так, М. Рісним обґрунтовується теза про те, що поняття розсуду є центральною категорією судового процесу у ситуаціях застосування відносно-визначених правових норм, існування прогалін у законодавстві та колізій. Суддівський розсуд, продовжує він, є своєрідним інструментом «пов'язання» якості законодавства з ефективністю судового правозастосування. Тому навіть при недосконалості законодавства суддя, застосовуючи суддівський розсуд, може «виправити» недоліки законодавчого акту відповідно до обставин розглянутої ним справи [38, с. 90].

Судова практика не повинна виправляти недоліки нормативного матеріалу, що становить самостійну проблему юриспруденції. Крім того, специфічні риси правосвідомості суб'єктів різних видів юридичної практики, які втілюються в діяльнісному аспекті, забезпечують якісну реалізацію своїх повноважень.

Побічний ефект корекції недосконалості законодавства свідомим суддею не може характеризуватись як його напрям діяльності. Тому твердження, що «суддівська правотворчість починається з моменту ототожнення суддею певної життєвої обставини з юридичним фактом у гіпотезі правової норми» [39, с. 10] може бути вірним лише в контексті тих правових систем, де правотворчість дійсно визнається однією з функцій судового органу. У підсумку, слід погодитися з думкою Г. Мельника, що «судовий розсуд передбачає відхід від стандартизованого, механічного застосування правових норм і максимальне врахування конкретики певної справи, надання судам дискреційних повноважень є практичним втіленням концепції індивідуалізованої справедливості. Також на основі дискреційних повноважень суддя може відступити від суто нормативного правового регулювання і вирішити справу на основі принципів права. Отже, судовий розсуд забезпечує дієвість принципу верховенства права. Таким чином, судовий розсуд (дискреція) є невід'ємним елементом правової системи, завдяки котрому забезпечується існування саме тих властивостей правової системи, які характеризують її як системне утворення» [40, с. 47]

ВИСНОВКИ ДО ДРУГОГО РОЗДІЛУ

Судовий орган є компетентним суб'єктом правотворчої конкретизації. У процесі правозастосовної конкретизації зміст загальної правової норми індивідуалізується стосовно окремого випадку, виробляються конкретні форми реалізації дозволеного нормою загального типу поведінки. Основними етапами правозастосовної конкретизації є: уточнення - етап, при якому уточняється зміст правової норми без зміни тексту; деталізація - розвиток права виходить за межі тлумачення за обсягом і здійснюється в межах судової правотворчої. Текст норми права офіційно приводиться у відповідність з новими суспільними відносинами і новим змістом, шляхом його зміни, доповнення та виправлення; розвиток – норма права набуває остаточного змісту і в подальшому зазнає змін у разі необхідності [23, с. 111-112].

Застосування суддівського розсуду у межах судової правотворчості визначає напрямки формування та розвитку сучасної правової системи. Адже законодавець ніколи не зможе ні виявити, ні врегулювати все різноманіття правових проблем, що виникають при застосуванні права. Тому судова правотворчість у ході якої має місце застосування суддівського розсуду є своєрідним компромісом між нормотворчістю та правозастосуванням. Це дозволяє стверджувати, що суддівський розсуд все-таки існує, але існує там, де відсутні необхідні правові норми, а також там, де складно надати кваліфікацію спору про право або правильно встановити обставини справи.

ВИСНОВКИ

1. Судова практика й судовий прецедент поняття не рівнозначні, оскільки вони є окремими складовими судової правотворчості. Під судовою практикою слід розуміти не поодинокі судові рішення, а їй притаманна така властивість як стійкість та однаковість. Формують судову практику суди вищої інстанції, які вирішують складні питання, їх рішення є обов'язковими для застосування судами нижчої інстанції. Судова практика забезпечує реалізацію принципу справедливості судового рішення.

2. У контексті правової системи України судова правотворчість знаходить своє вираження в рішеннях КСУ, що містять правові позиції, а також у практиці Верховного суду. З огляду на визнання Конвенції невід'ємною складовою національного законодавства, важливою є практика Європейського суду з прав людини [11, с. 7]. Під судовою правотворчістю розглядаються судові рішення, у яких відбувається зміна змісту норми права, що закладений законодавцем, шляхом тлумачення цих норм. Судова правотворчість передбачає вироблення вищими судовими органами нових правил правового регулювання суспільних відносин, тлумачення норм у процесі судочинства із об'єктивацією цих результатів у судовому рішенні. Суддя при вирішенні справи керується принципами справедливості, рівності, розумності, пропорційності. Важливість судової правотворчості полягає у тому, що вона забезпечує однаковість вирішення справ та усталену судову практику.

3. В Україні спостерігається реалістичний підхід до співвідношення судової правотворчості і тлумачення. Правотлумачна діяльність має елементи правотворення, які є об'єктивно необхідні та мають певні межі, але дані елементи не можуть бути виключені з діяльності, як судів загальної юрисдикції так і КСУ тому, що вони закладені в основу їхнього функціонування. Суди звертаються до правотворення у випадках, коли реалізація прав людини не може обійтися без елементів правотворчості. Саме

права людини є тим основним критерієм, який визначає межі офіційного тлумачення і правотворчості [15, с. 263].

4. В сучасній правовій системі України частіше застосовуються правоінтерпретаційна і правозастосовча судова конкретизація. Найбільш вузькі межі застосування конкретизації у судовій правотворчості. Безумовно, конкретизація не може підміняти собою вихідні норми. В результаті конкретизації створюється правило поведінки, новизна якого в порівнянні з вихідною нормою полягає лише в його меншому логічному обсязі і більш широкому змісті (сукупності ознак), але повністю включає зміст конкретизуючої норми. Основними етапами правозастосовної конкретизації є: уточнення - етап, при якому уточняється зміст правової норми без зміни тексту; деталізація - розвиток права виходить за межі тлумачення за обсягом і здійснюється в межах судової правотворчої. Текст норми права офіційно приводиться у відповідність з новими суспільними відносинами і новим змістом, шляхом його зміни, доповнення та виправлення; розвиток – норма права набуває остаточного змісту і в подальшому зазнає змін у разі необхідності [23, с. 111-112].

5. Застосування суддівського розсуду у межах судової правотворчості визначає напрямки формування та розвитку сучасної правової системи. Адже законодавець ніколи не зможе ні виявити, ні врегулювати все різноманіття правових проблем, що виникають при застосуванні права. Тому судова правотворчість у ході якої має місце застосування суддівського розсуду є своєрідним компромісом між нормотворчістю та правозастосуванням. Це дозволяє стверджувати, що суддівський розсуд все-таки існує, але існує там, де відсутні необхідні правові норми, а також там, де складно надати кваліфікацію спору про право або встановити обставини справи.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Гук П. А. Судебное нормотворчество: вопросы теории и практики. *Lex russica*. 2016. № 7. С. 14–27.
2. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. К.: Реферат, 2007. 640 с.
3. Загальна теорія права: підручник / [О. В. Петришин, Д. В. Лук'янов, С. І. Максимов, В. С. Смородинський та ін.]; за ред. О. В. Петришина. Харків: Право, 2020. 568 с.
4. Форманюк В. Судова практика як специфічне джерело права. *Юридичний вісник*. 2014. № 6. С. 24–27.
5. Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text> (дата звернення: 01.11.2021).
6. Ляшенко Р.Д., Нагієв Б. М., Кудра А. В. Проблеми виконання рішень Європейського суду з прав людини Україною. *Часопис Київського університету права*. 2021. № 2. С. 320–324.
7. Хабарова Д. В., Калашникова Е. Б. Судебная практика как источник права в Российской правовой системе. *Scientific Cooperation Center «Interactive plus»*. URL: <https://www.readcube.com/articles/10.21661/r-541307> (дата звернення: 24.10.2021).
8. Комар П. А. Роль судової правотворчості в утвердженні принципу верховенства права: дис. ... на здоб. наук. ступ. доктора філософії з галузі знань 08 «Право» за спец. 081 «Право» / Донецький національний університет імені Василя Стуса; Міністерства освіти і науки України. Вінниця, 2021. 242 с.
9. Потапенко С.В., Даниелян А.С. Судебное правотворчество в контексте правовой системы России: вопросы теории и практики: монография /

- С.В. Потапенко, А.С. Даниелян. Краснодар: Кубанский государственный университет, 2018. 153 с.
10. Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Право України*. 2016. № 10. С. 38–48.
11. Загурський Р. Р., Гриневиц Т. П. Судова правотворчість: сутнісна характеристика. *Розвиток державності та права в Україні: реалії та перспективи*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Львів, 17–18 вересня 2021 р. Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», 2021. С. 7–9.
12. Соломонюк О. Загальнотеоретичні концепції судової правотворчості. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. Юриспруденція*. 2016. № 23. С. 57–60.
13. Гончаров В.О., Завгородня А.С, Точій А.О. Судова практика як джерело права в українській правовій системі. *Юридичний науковий електронний журнал*. URL: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-3/3> (дата звернення: 06.09.2021).
14. Ображиев К. В. Судебное толкование и судебное нормотворчество: проблемы соотношения. *Журнал российского права*. 2010. № 3. С. 98–103.
15. Загальна теорія права / За загальною редакцією доктора юридичних наук, професора М.І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. 396с.
16. Козюбра М. І. Юридичне тлумачення: проблеми методології. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2014. Т. 155. С. 3–8.
17. Ципеліус Р. Юридична методологія. К. : Реферат, 2004. 173 с.
18. Николаев О. В. Проблема нормативности актов в российском уголовном законодательстве. *Юрист*. 2002. № 11. С. 13–14.
19. Максимов С. Конституційний принцип верховенства права: загальне та особливе. *Вісник Академії правових наук України*. 2009. № 3. С. 127–134.
20. Алексеев С. С. Право: Азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. 711 с.

21. Невмержицька І. А., Загурський Р. Р. Функції судового тлумачення норм права. *Правова політика України: історія та сучасність*: матеріали II Всеукраїнського науково-практичного семінару (м. Житомир, 8 жовтня 2021 року). Ж.: Житомирська політехніка, 2021. С. 111–113.
22. Присяжнюк Д. А., Загурський Р. Р. Причини виникнення прогалин у праві. *Сучасні тенденції розбудови правової держави в Україні та світі*: зб. наук. ст. за матеріалами IX Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Житомир, 11 листопада 2021 р.) / Поліський національний університет. Житомир, 2021. С. 111–113.
23. Андрущакевич Ю. В. Поняття та риси правозастосовчої конкретизації. *Держава і право*. 2011. Вип. 53. С. 110–116.
24. Волошенюк О. В. Засоби конкретизації норм права. *Форум права: електрон. наук. фахове вид.* 2018. № 1. С. 23–31.
25. Лазарев В. В. Эффективность правоприменительных актов: вопросы теории. Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1975. 208 с.
26. Черданцев А. Ф. Вопросы толкования советского права: учеб. пособ. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. 191 с.
27. Братусь С. Н. Судебная практика в советской правовой системе / Под ред. С. Н. Братуся. М., 1975. 328 с.
28. Горбань М. Правоконкретизація: до питання визначення поняття. *Вісник Львівського університету*. Сер. : Юридична. 2013. Вип. 58. С. 3–10.
29. Дячук М. И. Конкретизация гражданского законодательства Верховным Судом Республики Казахстан: необходимость и пределы. URL: <https://cyberleninka.ru/article/v/konkretizatsiya-grazhdanskogo-zakonodatelstva-verhovnym-sudom-respubliki-kazahstan-neobhodimost-i-predely> (дата звернення: 06.11.2021).
30. Гордієнко О. С. Поняття і види конкретизації в українському праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2017. 19 с.
31. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Рейніша Леоніда Валерійовича щодо

- офіційного тлумачення положення пункту 10 частини першої статті 293 Цивільного процесуального кодексу України у взаємозв'язку з положеннями пункту 8 частини третьої статті 129 Конституції України, частини другої статті 293 Цивільного процесуального кодексу України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-14?lang=en> (дата звернення: 16.11.2021).
32. Окрема думка судді Конституційного Суду України Мельника М. І. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 12 розділу І Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України» від 28 грудня 2014 року № 76-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nb05d710-18> (дата звернення: 16.11.2021).
33. Поповський Д. П. Суддівський розсуд: погляд на проблему. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія ПРАВО. 2014. Випуск 29. Том 2. С. 226–230.
34. Ужакін Ю. Підстави судового розсуду при встановленні факту зловживання процесуальними правами у господарському процесі. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 12. С. 124–129.
35. Онищук І. І. Правовий моніторинг: проблеми методології, теорії та практики: монографія. Івано-Франківськ–Дрогобич: Коло, 2017. 512 с.
36. Онищук І. І. Теоретичні засади моніторингу правозастосування. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія : Юридичні науки. 2016. № 837. С. 161–167.
37. Желтобрюх І. Л. Розсуд в податковому правозастосуванні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Національний ун-т державної податкової служби України. Ірпінь, 2016. 201 с.
38. Рісний М.Б. Правозастосувальний розсуд у юридичній практиці (загальнотеоретичне дослідження). *Праці Львівської лабораторії прав*

людини і громадянина Науково-дослідного Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України. Серія 1 «Дослідження та реферати». Вип. 10. Львів, 2007. С. 90.

39.Ярославцев В. Г. Нравственное правосудие и судебское правотворчество. М.: ЗАО «Юстицинформ», 2007. 304 с.

40.Мельник Г. П. Судовий розсуд (дискреція) як явище правової системи. *Наукові записки. Юридичні науки*. 2009. Том 90. С. 44–47.