

**ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА;  
ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ УЧЕНЬ****Копитова О.С.,***кандидат юридичних наук, суддя  
Північного апеляційного господарського суду України,  
старший науковий співробітник  
відділу організації наукової діяльності та захисту  
права інтелектуальної власності  
Національної академії внутрішніх справ*

УДК 340.132.626

DOI <https://doi.org/10.32845/2663-5666.2020.2.1>**СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ, СУДОВИЙ АКТИВІЗМ І СУДОВЕ САМООБМЕЖЕННЯ:  
ВЗАЄМОДІЯ ПРАВОВИХ КАТЕГОРІЙ У ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНОМУ АСПЕКТІ**

**Постановка проблеми.** Нині кожна країна перебуває у бурхливому потоці власного розвитку чи, навпаки, деградації. Такі процеси завжди пов'язані із змінами законодавства на різних рівнях. Якщо досліджувати країни перехідної демократії, так звані «транзитні держави» (до яких належить і Україна), то їх прагнення стати країнами розвиненої демократії завжди пов'язано із комплексними змінами. Зазвичай одночасно у всіх провідних сферах суспільного життя. І природним наслідком такого процесу є зміна парадигм регулювання прав і свобод людини і громадянина, скасування певних прав (часто права обмеження соціальних прав, формування нових соціальних стандартів тощо), швидкої імплементації таких змін у рутинне життя. Особливо наразі це відчутно в Україні.

Чимало представників юридичної спільноти, зважаючи на численні різновекторні зміни у законодавстві, об'єктивно не в змозі вчасно пристосуватися до нових умов правового регулювання, не кажучи вже про простого пересічного громадянина, який змушений звертатися до суду через різні правові конфлікти. Оскільки збільшення кількості звернень згаданих осіб до суду про захист своїх прав є логічним наслідком системних чи перманентних поспішних чи кардинальних реформ. І в такому разі саме судді загальних судів та апеляційних інстанцій першими стикаються із новими умовами правового регулювання (інколи підзаконно-нормативного рівня), новим запитом суспільства і незмінними наявними конституційними гарантіями основних прав і свобод людини.

Вважаємо, що саме судова правотворчість тут буде тим правовим інструментом, за допомогою якого формується та ухвалюється справедливе судове рішення. У межах цієї публікації зауважимо, що судовий активізм під час судової правотворчості повинен бути спрямований винятково на ухвалення правосудного рішення. Правосудність такого рішення зазвичай підтверджується судами вищих інстанцій та формуванням правових позицій як

виду квазіпрецеденту (переконливого) прецеденту, що притаманний континентальним системам права, а отже, і Україні.

Питаннями практичного прояву судової правотворчості в правозастосувальній діяльності судів України та країнах континентальної системи права (спільність підходів до визначення джерел права та питання поділу влад) приділяли увагу періодично такі вчені, як С.Л. Дегтярев, А.Г. Карапетов, М.І. Козюбра, С.П. Головатий, Л.А. Луць, Б.В. Малишев, А.В. Малько, Н.М. Марченко, Н.М. Оніщенко, С.П. Погребняк, Н.В. Стецик, С.В. Шевчук та інші. Водночас ця проблема після судової реформи щодо правосуддя 2016 року та прийняття процесуальних кодексів у новій редакції у 2017 році ще не отримала належного наукового пізнання на загальнотеоретичному монографічному рівні, а також враховуючи загальну мету нашого дослідження, в межах цієї публікації спробуємо заповнити цю прогалину.

Викладене зумовлює необхідність визначити **мету** наукової статті: з'ясувати загальнотеоретичні засади природи і розкрити взаємодію таких правових категорій, як судова правотворчість, судовий активізм і судове самообмеження у практичній діяльності судів.

**Виклад основної частини дослідження.** Зазвичай у доктрині за ступенем розробленості процесуального законодавства виділяють рішення, що ухвалюються суддею, тобто рішення, які загалом можуть бути класифіковані на: інтуїтивні, логічні і раціональні, рутинні, селективні, адаптаційні та інноваційні рішення [25, с. 123].

Вважаємо, що судова правотворчість простежується і присутня під час прийняття селективних рішень (коли суддя застосовує судовий розсуд із двох альтернатив); адаптивних (коли рішення приймаються в умовах, коли правове регулювання спірної ситуації залишається незмінним, однак власне ситуація змінюється і вимагається певна модифікація відомих варіантів дій судді з урахуванням особливостей нової ситуації) [25, с. 123]. І, безумовно,

рішеннями, яким найбільше притаманна судова правотворчість, є інноваційні рішення, що приймаються в умовах, коли проблема не може бути вирішена за допомогою відомих правових засобів дій чи їх модифікацій і вимагає розробки принципово нових рішень, що не використовувалися раніше [25, с. 123].

До останніх належать зазвичай рішення найвищих судів, у яких сформовано правовий висновок щодо застосування норм матеріального права. Також інколи можуть бути висновки суду щодо правильності застосування норм процесуального права. В Україні такими судовими рішеннями є постанови Верховного Суду (далі – ВС), а саме постанови касаційних судів (далі – КС) у складі ВС, постанови Об'єднаної Палати (далі – ОП) ВС та Великої палати (далі – ВП у складі ВС). Зазначені рішення повинні містити висновки суду про подолання аналогії в праві чи законодавстві, розв'язання спірних ситуацій у новітньому законодавстві, застосування його призвело до виникнення спірних ситуацій.

Отже, правові висновки судів, викладені у їх рішеннях, якими розкривається зміст норми шляхом конкретизації, інколи відшукується її смисл шляхом тлумачення цієї норми, у підсумку формують певний прецедент, який може поетапно, але істотно змінювати як правозастосування, так і правову систему загалом.

Судова правотворчість впливає на правову систему, може трансформувати її. Тому задача судді під час судової правотворчості сформулювати таку правову позицію, щоб правова система залишалася валідною. Оскільки правова система містить безліч різноманітних норм і перебуває в процесі постійного розвитку, у кожному разі суддя повинен йти непростим шляхом, щоб відшукати необхідну для прийняття рішення правову норму. У такому разі робити прогнози про конкретну норму теоретично і практично можливо, адже процес вибору у свідомості судді нормативної бази не є довільним, а зумовлений поглядами та ідеями, загальною нормативною ідеологією, яка існує і активна в свідомості суддів, коли вони здійснюють свої повноваження [14, с. 42].

Схематично це полягає у такому: судове правозастосування охоплює в собі судову правотворчість, під час якої суддя має постійно дбати про баланс судового активізму [6; 9; 11] і судового самообмеження. І викласти результати власного тлумачення у конкретному рішенні суду, яким справа розглядається по суті чи переглядається судове рішення (особливо судом касаційної інстанції).

При цьому питання суддівського самообмеження є особливо важливим у контексті дослідження правозастосувальної діяльності судів, оскільки воно виступає єдиним способом зовнішнього виправлення постійно зростаючої суддівської активності щодо тлумачення та застосування правових норм. Це також стосується безпеки суддівського вторгнення у законодавчу сферу, а також того, що практично не існує іншого органу, який міг би перевірити якісну сторону діяльності суду щодо застосування правових норм, не втручаючись у конституційність їх змісту [26, с. 167]. Навіть ЄСПЛ неодноразово наго-

лошував, що компетенція цього суду щодо оцінки дотримання внутрішнього законодавства є обмеженою. Передусім саме національна влада має тлумачити і застосовувати це законодавство [1, с. 92].

Судове самообмеження виникло як метод тлумачення під час судової правотворчості у ВС США. Судове самообмеження є інтерпретаційним методом і полягає у передбачуваних обмеженнях з метою не допустити політизації судової діяльності. Окремі консерватори у США перетворили ідеї правового процесу (судова стриманість як відмова від безмежної інтерпретації й надмірного розсуду) в ідеї так званого «політичного процесу» [7, с. 62; 4, с. 159; 2, с. 256]. Чимало консерваторів, як супротивників судового активізму, перетворювалися не на «мінімалістів», прихильників судового самообмеження, а на суддів-радикалів, «перфекціоністів», за його характеристикою, які прагнуть до демонтажу судового активізму, будучи при цьому активістами [3, с. 37; 23, с. 15].

Суб'єктивні чинники обмеження судді (самообмеження), пише С.В. Шевчук, визначаються професійним досвідом та особистістю судді [26, с. 168]. Р. Познер нараховує п'ять самостійних значень, у яких уживається поняття «суддівське самообмеження»: 1) суддя, який самообмежує себе, не дозволить, щоб його власні погляди на політику впливали на його рішення; 2) він є обережним щодо висловлювання та впровадження цих поглядів; 3) він розуміє, що є певні політичні обмеження щодо здійснення судової влади; 4) під час прийняття рішень прецедентного характеру він дбає про їх наслідки, щоб вони не спричинили збільшення навантаження на нижчі суди, що може загрожувати їх ефективній діяльності; 5) він бажає зменшити владний вплив судової системи порівняно з іншими гілками влади [10, с. 10]. Цікаво, на думку С.В. Шевчука, що в основі цієї класифікації лежать погляди судді на політичну ситуацію у країні та його ставлення до практичної поточної політики, якою займається законодавча та виконавча влада: чим менше суддя переймається цими питаннями, тим більше він є самообмеженим [26, с. 168].

Проілюструвавши елементи, що істотно впливають на судову правотворчість як складник судового правозастосування, зауважимо, що у певних випадках судова правотворчість виступає метою правосуддя і її існування під час здійснення правосуддя судами спрямоване на забезпечення принципу правової визначеності як практичного складника верховенства права.

Прагнення до правової визначеності вимагає, щоб рішення, одного разу прийняте судом на його розсуд, відтворювалося в аналогічних випадках, тобто стало правилом, загальною нормою. Якраз у таких випадках і можна говорити про те, що суд здійснює правотворчість, ліквідуючи «сірі зони» в загальних поняттях і класифікаціях, які містяться в законі [18, с. 43]. Отже, судовий розгляд будь-якої справи пов'язаний з елементом творчості, незалежно від того, визнається результат такої творчості

джерелом (формою) права чи актом правозастосування [22, с. 261]. Позиція щодо творчого характеру діяльності суду під час розгляду ним справи підтримується і сучасними науковцями [20, с. 22].

Однак коли суддя здійснює надмірний судовий розсуд під час судового активізму під час розв'язання судових справ і пошуку нормативної бази вирішення спору, судова правотворчість є шкідливою, адже суддя підміняє собою законодавця і, по суті, створює норму, а не розкриває зміст останньої.

У цьому, на наш погляд, вбачається найбільш істотний ризик застосування судової правотворчості під час застосування права судами. Звернення до історичних витоків судової правотворчості та її меж дозволяє стверджувати, що Україна не єдина країна, що стикалася із такими проблемами, як підміна судами законодавця, порушення питання поділу влад, ефективний захист прав і свобод людини і громадянина. До того ж відбувалося все це після певних революційних подій у державі.

Аналогічний досвід переживала Франція кінця XXVIII століття. Так, відразу після Революції (1790 р.) французькі суди були зобов'язані у разі виникнення питання, прямо не врегульованого в законі, кожен раз звертатися за роз'ясненнями до законодавця (система *refere*). У законодавчі збори судам слід було звертатися «кожен раз, коли потрібно тлумачити закон» [24, с. 138, 184–185; 16, с. 10]. А це, по суті, означало позбавлення судів прав самостійного тлумачення і заповнення прогалін у революційних законах. Крім того, французьким судам було заборонено піднімати законодавця, формуючи власне прецедентне право. У сам ФЦК 1804 році була внесена норма, згідно з якою судам було категорично заборонено створювати норми загального характеру (ст. 5) [16, с. 10]. Невипадково, пише з цього приводу Н.С. Кузнецова, у французькій правовій доктрині критика юридичного позитивізму, який радикально обмежував активну позицію суду в правотворчому процесі, була сформована найбільш ґрунтовно та системно [19, с. 29].

З одного боку, логіка і стилістика самого ФЦК передбачали необхідність «судового втручання» під час застосування окремих норм, сформульованих доволі широко, оскільки французький законодавець бачив свою місію у створенні узагальнюючих норм, які своїм регулюванням покривали максимально можливу кількість фактичних життєвих ситуацій. З іншого боку, слід також враховувати, що ст. 4 ФЦК прямо передбачає, що суддя, який відмовляється розглядати справу у зв'язку із наявністю прогалін у законі, неясністю або недостатністю останнього, може бути підданий переслідуванню за звинуваченням у відмові правосуддя. Разом із тим ст. 5 цього ж кодексу прямо забороняла суддям вирішувати спори шляхом встановлення загальнонормативних приписів [19, с. 29–30].

Для запобігання вільного тлумачення законів був заснований при законодавчому органі Касаційний трибунал (згодом – Касаційний суд) Франції. За початковим задумом цей орган не був судом. Його

основним завданням було скасовувати рішення тих судів, які відступали від волі законодавця, вираженої в тексті закону, і займалися недозволим самоуправством під час тлумачення. При цьому Суд, скасувавши судові рішення, спочатку не встановлював вірну інтерпретацію, тим самим самоусуваючись від завдання авторитарного розвитку цивільного права [8, с. 138; 16, с. 10].

Але в реальності, згадує А.Г. Карапетов [16, с. 10–11], втілити ідею про послідовне розділення правотворчої і судової функцій виявилось куди складніше. Система судових запитів, адресованих законодавцю, виявилася абсолютно нежиттєздатною і, по суті, на практиці так і не запрацювала [24, с. 138]. Відповідно, зокрема з моменту прийняття ФЦК, суди були змушені вирішувати спори навіть в тих випадках, коли була відсутня пряма норма закону. Іншого виходу у них не було, оскільки розробники ФЦК, поміркувавши, вирішили прямо заборонити відмовляти в правосудді під приводом відсутності застосовної законодавчої норми (ст. 4 ФЦК) [5, с. 52–54; 16, с. 10–11]. Згодом касаційний суд (перейменований із касаційного трибуналу) замість контролю за свавіллям судів сам очолив процес судової правотворчості, коли під час скасування рішень нижчих судів він почав встановлювати єдино вірну інтерпретацію [24, с. 185; 16, с. 10–11].

У результаті дослідження історичного розвитку судової правотворчості у Франції зарубіжний дослідник А.Г. Карапетов робить надзвичайно цінний висновок для цілей нашого дослідження в аспекті розкриття можливих ризиків надмірного судового розсуду й судового активізму як засобів судової правотворчості під час правозастосування найвищим судом України. Вчений пише, що, «отримавши ексклюзивні повноваження вільного тлумачення законів, французькі суди без зволікань де-факто приступили до розвитку і доповнення цивільної кодифікації. Судова практика, що утворювалася судами, вільно заповнювала прогаліни в ФЦК, створювала нові інститути цивільного права, повністю відсутні в тексті ФЦК або лише фрагментарно згадані, і шляхом досить вільного тлумачення йшла дуже далеко від букви закону (інститут *astreinte*, зловживання правом, відповідальність виробника перед кінцевим споживачем, введення окремих випадків безвинної відповідальності, договори на користь третіх осіб, безпідставне збагачення та ін.) [12, с. 465; 21, с. 127–128; 24, с. 1346–1347; 15, с. 195–196]. Наприклад, продовжує А.Г. Карапетов, правове регулювання відшкодування шкоди з делікту здебільшого є результатом судової нормотворчості, а інститут безпідставного збагачення був створений КЦС у кінці XIX в. практично без найменшого натяку на проходження якимсь законодавчим положенням» [24, с. 185; 16, с. 12].

Зауважимо, що така діяльність КЦС Франції кінця XVII початку XIX століття істотно вплинула на формування підходів до єдності судової практики в Україні сучасним ВС, і ми вбачаємо ймовірність

аналогічних наведеним ризиків порушення меж поділу влад між судами і законодавцем, коли ВС надмірно застосовує судову правотворчість.

Так, фактично сьогодні є п'ять глобальних підрозділів ВС, плюс об'єднані палати касаційних судів, на розгляд яких передається питання права, юрисдикція щодо якого не викликає таких надмірних проблем, як, власне, вирішення виняткової правової проблеми чи усунення розбіжностей між судовими палатами одного суду.

Тобто сьогодні ВС є, по суті, полісудовим органом, численними підрозділами якого здійснюється правосуддя і формуються правові висновки, що мають враховуватися судами нижчого рівня (ст. 13 Закону № 1402-VIII). Така кількість фактично судів (а юридично – складових підрозділів ВС), якщо аналізувати проблеми так званого «цивільістичного» процесу, не сприяє єдності судової практики у найближчій перспективі. Також слід враховувати подальші зміни до процесуальних актів й судоустрійних законів, законодавче встановлення нових процесуальних фільтрів доступу громадян до суду касаційної інстанції, введення їх у дію без достатнього проміжку часу для можливого адаптування учасників судових справ та юридичної спільноти зокрема. Все це виступає окремим зовнішнім ризиком, що може істотно пригальмувати формування спільних підходів до єдності правозастосування в судах залежно від видів судочинства, категорій справ та проблем матеріального і процесуального характеру, які можуть виникати під час судових розглядів (враховуючи також відсутність позапроцесуальних роз'яснень судів).

Окремо слід зазначити, що однією із опосередкованих функцій судової діяльності є встановлення зворотного зв'язку між судами і законодавцем – вказати на дефектність окремих норм. Наприклад, якщо щодо одного і того самого питання звертається велика кількість осіб (діти-війти, чорнобильці, пенсіонери МВС стосовно перерахунку пенсій в адміністративному судочинстві; типові питання корпоративних спорів – у господарському, проблеми розгляду споживчих спорів, відсотки за кредитними договорами, питання іпотеки у цивільному тощо), можна казати, що правова норма є такою, що формує можливість її поліваріантного застосування на практиці. Діаметрально протилежні рішення, ухвалені судами, свідчать про необхідність нормативного корегування такої норми.

Якщо під час вирішення вказаних судових справ ВС сформує ряд висновків (особливо із формуванням правил щодо застосування норм матеріального права, тобто здійснить відповідну судову правотворчість, результати якої будуть обов'язковими для сторін провадження, а також враховані судами), і судова практика загалом піде єдиним шляхом, можна говорити про започаткування єдності судового правозастосування та еволюційного розвитку правової системи відповідно до вимог часу.

Водночас якщо при цьому ВС здійснить надмірний розсуд під час судової правотворчості і, по суті, створить норму – нове правило поведінки

учасників суспільних відносин (керуючись процесуальним принципом неможливості відмови у правосуддя у зв'язку із відсутністю норми закону, яка б регулювала порушене право), зворотний зв'язок між судами і законодавцем буде розірваний. Суди можуть підмінити собою законодавця і, по суті, розробляти судове право через сукупність винесених рішень прецедентного характеру із правовими висновками чи правовими позиціями, що можуть і не ґрунтуватися на жодній нормі чи конституційному принципі. Аргументацією таких прецедентів може бути певне системне тлумачення різних норм ВС, який, на його думку, заповнюватиме прогалини у законі і праві, а, по суті, застосовуватиме право інколи під політичним тиском.

Слід мати на увазі, що правотворчість і законотворчість не є співпадаючими поняттями. Законотворчість виступає однією з форм правотворчого процесу, відповідно, правотворчість не обмежується рамками законотворчої процедури, навпаки, включаючи всі дії, пов'язані з виробленням, зміною та скасуванням правових норм (санкціонування звичаїв, вироблення прецедентів і т.д.) [13, с. 173].

Для того, щоб судові рішення, ухвалені найвищим судовим органом, залишалися судовими, в яких застосовано право, а не створене нове правило поведінки – як закон, потрібно, щоб кожний суддя виходив із принципу верховенства права під час здійснення правозастосування. Елементи цього принципу під час вибору правової норми й тлумачення норм матеріального права, застосованих у рішенні, мають бути зафіксовані із відповідною судовою мотивацією (щонайменше принцип правової визначеності, законні очікування, примат закону, стабільність і послідовність законодавця, відсутність зворотної дії закону, дотримання принципу *res judicata*) [17].

**Наукова новизна.** Судова правотворчість протестується і присутня під час прийняття селективних рішень (коли суддя застосовує судовий розсуд із двох альтернатив); адаптивних (коли рішення приймаються в умовах, коли правове регулювання спірної ситуації залишається незмінним, однак власне ситуація змінюється, і вимагається певна модифікація відомих варіантів дій судді з урахуванням особливостей нової ситуації); інноваційних рішень, що приймаються коли проблема не може бути вирішена за допомогою відомих правових засобів дій чи їх модифікацій і вимагає розробки принципово нових рішень, що не використовувалися раніше.

До останніх належать зазвичай рішення найвищих судів, у яких сформовано правовий висновок щодо застосування норм матеріального права. Також інколи можуть бути висновки суду щодо правильності застосування норм процесуального права. В Україні такими судовими рішеннями є постанови ВС (КС у складі ВС, ОП ВС і ВП ВС). Зазначені рішення повинні містити висновки суду про подолання аналогії в праві чи законодавстві, розв'язання спірних ситуацій у новітньому законодавстві, застосування його призвело до виникнення спірних ситуацій.

Правові висновки судів, викладені у їх рішеннях, якими розкривається зміст норми шляхом конкретизації, інколи відшукується її смисл шляхом тлумачення цієї норми, у підсумку формують певний прецедент, який може поетапно, плавно, але істотно змінювати як правозастосування, так і правову систему загалом. Схематично це полягає у такому: судове правозастосування охоплює в собі судову правотворчість, під час якої суддя має постійно дбати про баланс судового активізму і судового самообмеження. І викласти результати власного тлумачення у конкретному рішенні суду, яким справа розглядається по суті чи переглядається судове рішення (особливо судом касаційної інстанції).

Однією із опосередкованих функцій судової діяльності є встановлення зворотного зв'язку між судами і законодавцем – вказати на дефектність окремих норм. Наприклад, якщо з одного і того самого питання звертається велика кількість осіб, можна казати, що правова норма є такою, що формує можливість її поліваріантного застосування на практиці. Діаметрально протилежні рішення, ухвалені судами, свідчать про необхідність нормативного корегування такої норми. Якщо під час вирішення вказаних судових справ ВС сформує ряд висновків, особливо із формуванням правил щодо застосування норм матеріального права, тобто здійснить відповідну судову правотворчість, результати якої будуть обов'язковими для врахування сторонами провадження та іншими органами, зокрема і судами (але без обов'язку останніх), і судова практика загалом піде єдиним шляхом, можна говорити про започаткування єдності судового правозастосування та еволюційного розвитку правої системи відповідно до викликів часу.

Однак якщо ВС здійснить надмірний розсуд під час судової правотворчості і, по суті, створить норму – нове правило поведінки учасників суспільних відносин (керуючись процесуальним принципом неможливості відмови у правосудді у зв'язку із відсутністю норми закону, яка б регулювала порушене право), зворотний зв'язок між судами і законодавцем буде розірваний. Суди можуть підміняти собою законодавця і, по суті, розробляти судове право через сукупність винесених рішень прецедентного характеру із правовими висновками чи правовими позиціями, що можуть і не ґрунтуватися на жодній нормі чи конституційному принципі. Аргументацією таких прецедентів може бути певне системне тлумачення різних норм ВС, який, на його думку, заповнюватиме прогалини у законі і праві, а, по суті, застосовуватиме право інколи під політичним тиском. Викладене по суті воно може призвести до латентного розколу у взаємодії органів, які несуть відповідальність за розвиток правової системи, Парламенту та судів.

**Висновки.** У випадках, коли суддя здійснює надмірний судовий розсуд під час судового активізму під час розв'язання судових справ і пошуку нормативної бази вирішення спору, судова правотворчість є шкідливою, адже суддя підміняє собою законодавця і, по суті, створює нову норму, а не розкриває зміст

останньої. Звернення до історичних витоків судової правотворчості та її меж дозволяє стверджувати, що Україна не єдина країна, що стикалася із такими проблемами, як підміна судами законодавця, порушення питання поділу влад, ефективний захист прав і свобод людини і громадянина. До того ж все це відбувалося після певних революційних подій у державі.

Не виключається можливість застосування ВС судової правотворчості надмірно. У чому вбачається ймовірність ризиків порушення меж поділу влад між судами і законодавцем (аналогічно діяльності КЦС Франції кінця XVII початку XIX століття). Адже фактично сьогодні існує п'ять глобальних підрозділів ВС, плюс об'єднані палати касаційних судів, на розгляд яких передається питання права, юрисдикція щодо якого не викликає таких надмірних проблем, як, власне, вирішення виняткової правової проблеми чи усунення розбіжностей між судовими палатами одного суду. Сьогодні ВС є, по суті, полісудовим органом, численними підрозділами якого здійснюється правосуддя і формуються правові висновки, що мають враховуватися судами нижчого рівня. Така кількість фактично судів (а юридично – складових підрозділів ВС), якщо аналізувати проблеми так званого «цивілістичного» процесу, не сприяє єдності судової практики у найближчій перспективі.

Окремо слід вказати на подальші зміни до процесуальних актів й судоустрійних законів, законодавче встановлення нових процесуальних фільтрів доступу громадян до суду касаційної інстанції, введення їх у дію без достатнього проміжку часу для можливого адаптування учасників судових справ та юридичної спільноти зокрема. Все це виступає окремим зовнішнім ризиком, що може істотно пригальмувати формування спільних підходів до єдності правозастосування в судах залежно від видів судочинства, категорій справ та проблем матеріального і процесуального права, що можуть виникати під час судових розглядів (враховуючи також відсутність позапроцесуальних роз'яснень судів).

Для того, щоб судові рішення, ухвалені найвищим судовим органом, залишалися судовими, в яких застосовано право, а не створене нове правило поведінки – як закон, потрібно, щоб кожний суддя виходив із принципу верховенства права під час здійснення правозастосування. Елементи цього принципу під час вибору правової норми й тлумачення норм матеріального права застосовані у рішенні, мають бути зафіксовані у цьому із відповідною судовою мотивацією (щонайменше принцип правової визначеності, законні очікування, примат закону, стабільність і послідовність законодавця, відсутність зворотної дії закону, дотримання принципу *res judicata* тощо).

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Application no. 10461/83, Chappell v. the United Kingdom, Judgment of 30 March 1989, Series A, no. 152-A, p. 23, § 54.
2. Burns JM. Packing the Court. The Rise of judicial Power and the coming crisis of the Supreme Court. New York : The Penguin Press; 2009. 326 p.

3. Cass. SR. Radical in Robes: Why Extreme Right Courts Are Wrong for America? New York : Basic Books; 2005. XV, 281 p.

4. Chemerinsky E. The Conservative Assault on the Constitution. New York : Simon & Schuster, 2010. 326 p.

5. Geny F. Methode d'interpretation et sources en droit prive positif. 2nd ed. 1954. (An English translation by Louisiana State Law Institute. 1963. P. 52–54).

6. Kermit Roosevelt. Judicial activism. URL: <https://www.britannica.com/topic/judicial-activism>.

7. Lindquist SA, Cross FB. Measuring Judicial Activism. New York: Oxford University Press; 2009. 176 p. doi:10.1093/acprof:oso/9780195370850.001.0001.

8. Merryman J.H., Perez-Perdomo R. The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. 3rd ed. 2007. P. 40.

9. Moshe Z. Marvit. The Consequences of Judicial Activism on the Supreme Court. Feb. 26, 2018. URL: <https://www.nytimes.com/2018/02/26/opinion/judicial-activism-supreme-court.html>.

10. Posner R. The Meaning of Judicial Self-restraint. Indiana Law Journal. 1983. № 59. P. 10.

11. A Summary of Why We Need More Judicial Activism. Suzanna Sherry, Herman O. *Loewenstein Professor of Law*. URL: <https://law.vanderbilt.edu/news/a-summary-of-why-we-need-more-judicial-activism>.

12. Tunc A. Methodology of the Civil Law in France. 50 Tulane Law Review. 1975 1976. P. 465.

13. Валитов Д.В. Понятие и признаки судебного правотворчества. *Международный научный журнал «Символ науки»* № 10-1/2016. С. 172–174.

14. Васильева Н.С. Валидность и источники права: реалистическая концепция А. Росса. *Вестник РУДН, серия Юридические науки*, 2016. № 4. С. 41–51.

15. Кабрияк Р. Кодификации. М., 2007. 476 с.

16. Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве М.: Статут, 2010. 308 с.

17. Контрольный список вопросов для оценки соблюдения верховенства права. Европейская комис-

сия за демократию через право (Венецианская комиссия). Принят на 106-м пленарном заседании Венецианской комиссии (Венеция, 11-12 марта 2016 г.) Одобрено на Совете министров № 1263 Комитета министров Совета Европы на уровне заместителей министров (6-7 сентября 2016 г.). URL: <https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule%20of%20Law%20Check%20List%20-%20Russian.pdf>

18. Корнев А. В. Разъяснения высших судов по вопросам судебной практики как форма судебного правотворчества в России : дисс. канд. юрид. наук. Москва, 2016. 196 с.

19. Кузнецова Н.С. Еволюція поглядів на проблему судової правотворчості у європейській континентально-правовій доктрині. *Право України*. 2016. № 10. С. 28–37.

20. Лозовская С.В. Правовой прецедент: вопросы теории и практики: автореф. дисс...канд. юрид. наук. Екатеринбург : 2005. 22 с.

21. Морандьер Л.Ж. де ла. Гражданское право Франции. Москва, 1958. Т.1.742 с.

22. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення : колективна монографія. А.М. Бернюков, В.С. Бігун, Ю.П. Лобода, Б.В. Малишев, С.П. Погребняк, С.П. Рабінович, В.С. Смородинський, О.В. Стомба. (Відп. ред. В. С. Бігун). Київ, 2009. 316 с.

23. Сафонов В.Н. Концепция «интерпретивизма» в деятельности Верховного Суда США. *Вестник РУДН. Серия: Юридические науки*. 2017. Т. 21. № 1. С. 9–27.

24. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Москва, 2000. Т. 1. 480 с.

25. Чертова Н.А., Юринская И.С. Механизм принятия судебного решения: теоретические аспекты. *Вестник Северного (Арктического) федерального университета. Серия: Гуманитарные и социальные науки*. 2015. № 3. С. 118–124.

26. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні : монографія. Київ : Реферат, 2007. 640 с.

### **Копитова О.С. СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ, СУДОВИЙ АКТИВІЗМ І СУДОВЕ САМООБМЕЖЕННЯ: ВЗАЄМОДІЯ ПРАВОВИХ КАТЕГОРІЙ У ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНОМУ АСПЕКТІ**

Стаття присвячена з'ясуванню загальнотеоретичних засад природи і розкриттю взаємодії таких правових категорій, як судова правотворчість, судовий активізм і судове самообмеження у практичній діяльності судів. Констатується, що судова правотворчість простежується і присутня під час ухвалення інноваційних рішень, до яких належать зазвичай рішення найвищих судів, у яких сформовано правовий висновок щодо застосування норм матеріального права. Сформовано висновок, що судове правозастосування охоплює в собі судову правотворчість, під час якої суддя має постійно дбати про баланс судового активізму і судового самообмеження. І викласти результати власного тлумачення у конкретному рішенні суду, яким справа розглядається по суті чи переглядається судове рішення (особливо судом касаційної інстанції). Коли ж суддя здійснює надмірний розсуд під час судового активізму під час розв'язання судових справ і пошуку нормативної бази вирішення спору, судова правотворчість є шкідливою, адже суддя підміняє собою законодавця і, по суті, створює нову норму, а не розкриває зміст останньої. Звернення до історичних витоків судової правотворчості та її меж дозволяє вести мову, що Україна не єдина країна, що стикалася із подібними проблемами: підміна судами законодавця, порушення питання поділу влад, ефективний захист прав і свобод людини і громадянина і все це після певних революційних подій в державі. Констатуються можливість застосування ВС судової правотворчості надмірно. Вбачається ймовірність ризиків порушення меж поділу влад між судами і законодавцем у частині вирішення виняткової правової проблеми – правильного застосування норм матеріального права (аналогічно діяльності КЦС Франції кінця XVII початку XIX століття). Наголошено на ймовірності зовнішнього ризику, що може істотно пригальмувати формування спільних підходів до єдності правозастосування в судах. Перманентні зміни до процесуального законодавства із встановленням додаткових процесуальних фільтрів доступу до касаційного суду, судоустрійних законів тощо. Зроблено висновок, що однією із опосередкованих функцій судової діяльності є встановлення зворотного зв'язку між судами і законодавцем – вказати на дефектність окремих норм. Обстоюється позиція, що звернення з одного і того самого питання великої кількості осіб є зовнішнім фактором певної дефектності правової норми із можливістю її поліварантного тлумачення та застосування.

Доведено, що діаметрально протилежні рішення, ухвалені судами, свідчать про необхідність нормативного корегування такої норми, як основи правопорядку.

**Ключові слова:** судове правозастосування, судова правотворчість, судовий розсуд, судовий активізм, судове самообмеження, правосуддя, судове рішення

**Kopytova O.S. JUDICIAL LAW-MAKING, JUDICIAL ACTIVISM AND JUDICIAL SELF-LIMITATION: THE INTERACTION OF LEGAL CATEGORIES IN GENERAL THEORETIC ASPECT**

The article is devoted to clarifying the general theoretical principles of nature and to reveal the interaction of such legal categories as judicial lawmaking, judicial activism and judicial self-restraint in the practice of courts. It is stated that judicial lawmaking is traced and present during the adoption of innovative decisions are usually the decisions of the highest courts, which formed a legal opinion on the application of substantive law. It is substantiated that the legal conclusions of courts set out in their decisions, which reveal the content of the rule by concretization, sometimes find its meaning by interpreting this rule, ultimately form a precedent that can gradually, smoothly, but significantly change both law enforcement and the legal system as a whole. It is concluded that judicial law enforcement includes judicial lawmaking, during which the judge must constantly take care of the balance of judicial activism and judicial self-restraint. And set out the results of their own interpretation in a specific court decision, which considers the case on the merits or reconsiders the court decision (especially the court of cassation). In cases where a judge exercises excessive judicial discretion during judicial activism in resolving court cases and finding a legal basis for resolving the dispute, judicial lawmaking is harmful, because the judge replaces the legislator and essentially creates a new rule, rather than disclosing the content of the latter. Addressing the historical origins of judicial lawmaking and its borders allows us to say that Ukraine is not the only country that has faced similar problems: the replacement of the legislature by courts, violation of the separation of powers, effective protection of human and civil rights and freedoms and all this after certain revolutionary events in the country. The possibility of excessive application of judicial law-making by the Supreme Court is stated. There is a possibility of risks of violating the boundaries of separation of powers between the courts and the legislator in terms of solving an exclusive legal problem – the correct application of substantive law (similar to the activities of the CCC of France in the late XVII early XIX century). Emphasis is placed on the probability of external risk, which can significantly slow down the formation of common approaches to the unity of law enforcement in the courts. Permanent changes to the procedural legislation with the establishment of additional procedural filters of access to the court of cassation, judicial laws, etc. Diametrically opposed decisions made by the courts indicate the need for regulatory adjustment of such a rule.

**Key words:** judicial law enforcement, judicial lawmaking, judicial discretion, judicial activism, judicial self-restraint, justice, court decision.