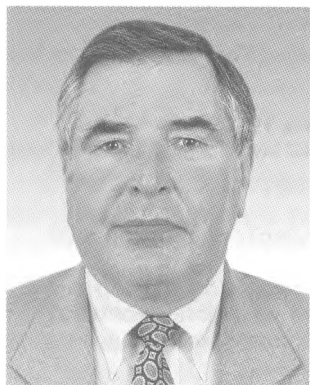


СУДОВА ПРАВОТВОРЧИСТЬ: АНОМАЛІЯ ЧИ ІМАНЕНТНА ВЛАСТИВІСТЬ ПРАВОСУДДЯ



М. КОЗЮБРА

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри загальнотеоретичних
та державно-правових наук
(Національний університет
«Києво-Могилянська академія»),
суддя Конституційного Суду України у відставці*

Проблема судової правотворчості має давню історію: своїм корінням сягає ще періоду Стародавнього Риму з його преторським правом (*jus praetorium*), яке склалося на основі рішень (едиктів) претора (*praetor*) — посадової особи, що фактично виконувала судові функції. З тих часів цій проблемі присвячено безліч праць не лише учених-юристів.

За довгі століття незмінного наукового інтересу до проблеми судової правотворчості діапазон підходів до її вирішення істотно коливався — від визнання суду визначальним творцем права і, відповідно, судового права (*judge — made — law*) — одним з основних його джерел до зведення ролі суду виключно до «вуст, що проголошують слова закону» [1, 64], тобто до механічного застосування судом тексту закону, що виключає будь-яку творчу роль суддів, характерного для періоду панування в Європі концепції юридичного позитивізму.

Не лишалося осторонь названої проблеми й вітчизняне правознавство — як дореволюційне (до 1917 р.), так і післяреволюційне, радянське (після 1917 р.). Причому в дореволюційному правознавстві коло питань, що стосува-

лося судової правотворчості, визначалося переважно питаннями, які активно обговорювалися у європейській правовій літературі: сутності судової правотворчості, її співвідношення з парламентською законотворчістю, місця судової практики, зокрема судового прецеденту, в системі джерел права тощо [2, 71–79]. У радянському правознавстві (принаймні на початкових етапах його становлення) основний акцент робився на обґрунтуванні класової новизни радянського законодавства, що, згідно з Декретом про єдиний народний суд від 30 листопада 1918 р. та деякими іншими нормативними документами того часу, виключало будь-яке пристосування до його цілей «законів повалених урядів» і «практики дореволюційних судів» [3, 47–55]. Втім, це не завадило визнати за «єдиним народним судом» фактично необмеженої, основаної виключно на революційній правосвідомості, дискреції у сфері правотворчості [3, 47–55].

Лише згодом, усвідомивши згубність для «соціалістичної законності» такого джерела правотворчості, як «революційна правосвідомість народного суду», радянська правова теорія і практика повернулися до класичної

юридико-позитивістської моделі судового правозастосування: рішення суду безпосередньо будується на основі силогізму, компонентами якого є норма, фактичні обставини справи і рішення, що впливає з підведення під норму цих обставин [4, 20]. До зарубіжних напрацювань у питаннях судової правотворчості радянські правознавці почали наближатися лише в 70-х роках минулого століття, про що свідчить книга «Судова практика в радянській правовій системі» [4], чимало положень якої не втрачають своєї актуальності і сьогодні.

Дискусії з приводу судової правотворчості як на Заході, так і на пострадянському просторі, зокрема в Україні, тривають досі. Позиції учасників цих дискусій обумовлюються низкою чинників: їхнім ставленням до існуючих типів праворозуміння, співвідношенням права і закону, загальними принципами права та іншими правовими цінностями, суб'єктами їх конкретизації, джерелами права та місцем серед них судової практики тощо.

Проте, якщо в західному правознавстві (у тому числі й правознавстві Франції, де наведені вище слова Ш.-Л. Монтеск'є [1] тривалий час мали визначальний вплив на судову практику) можна спостерігати тенденцію до поступового зближення позицій учасників вказаних дискусій — визнання активної ролі суду у процесі правотворчості (яке, щоправда, часом супроводжується певними застереженнями з використанням різної термінології — «судовий розвиток права», «судова добування права» [5, 67–124] тощо¹), то у вітчизняному, як загалом і в пострадянському, правознавстві 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 зростає [7; 8; 9, 8–60], в юридичній літературі нерідко трапляється також категоричне заперечення будь-яких взаємозв'язків правосуддя і правотворчості.

Зокрема, О. Ющик зазначає: «Оскільки Конституцією та законами України суди є не правотворчими органами, а органами правосуддя, то вони не мають повноважень установлювати (творити) право своїми актами. Їх повноваження обмежуються виключно рамками правосуддя, тобто судженням про право» [10, 5]. Подібні думки висловлюють й інші науковці [11, 573; 12, 161].

Причому вітчизняні правознавці, що обстоюють феномен судової правотворчості, основні зусилля при його дослідженні зосереджують на понятті судового прецеденту як джерела права, особливостях його дії в сучасних правових системах та на міжнародному рівні, можливостях і перспективах використання в Україні, а також на аналізі інших різновидів вітчизняної судової практики — роз'яснень Пленуму Верховного Суду України (далі — ВСУ) щодо правильного застосування законодавства та їхньої природи, узагальнень судової практики судами касаційних інстанцій та ступені їхньої обов'язковості для судів нижчих інстанцій тощо.

Не заперечуючи важливості і плідності таких досліджень, водночас слід зазначити, що участь судів у правотворчості не зводиться до названих форм. Природа судової правотворчості, на нашу думку, глибша і багатогранніша.

Перш ніж перейти до конкретнішого її аналізу необхідно, очевидно, визна-

¹ За певної обережності в підходах до вказаної проблеми вчених — представників континентальної правової сім'ї, все ж, як зазначають деякі автори, стає все очевиднішим, що суди *de facto* «створюють і мають створювати право», а тому відокремлення їх від правотворчості абсолютно невиправдане [6, 14].

читися у поняттях. Якщо під правотворчістю розуміти діяльність спеціально уповноважених на це суб'єктів (передусім органів держави) з розроблення та ухвалення нормативних актів (з тими чи іншими незначними уточненнями таке визначення правотворчості є найпоширенішим у вітчизняному правознавстві), то слід беззастережно визнати, що суд до такої діяльності стосунку не має і мати не може.

Але чи є ця діяльність правотворчістю, чи вона більше відповідає (навіть із позицій необхідності розрізнення права і закону, який за своїм змістом може бути антиправовим, що нині майже не піддається сумніву у вітчизняному правознавстві, не кажучи вже про деякі інші аспекти співвідношення закону і права, про які йтиметься далі) назві «нормотворчість», якою цілком слушно, на нашу думку, оперують деякі автори [13, 210–211]? І чи завершується процес правотворення ухваленням навіть правового за своїм змістом закону (іншого нормативного акта) уповноваженим Конституцією або законом суб'єктом та набранням ним чинності, чи це лише певний етап на шляху творення права? Від відповідей на ці запитання значною мірою залежить визначення місця і ролі суду в процесі правотворчості.

Слід зазначити, що навіть основоположник нормативістської теорії права, яку часто відносять до різновидів юридичного позитивізму, Г. Кельзен фактично не заперечував участі суду у правотворенні, хоча і наполягав на тому, що «судове рішення є продовженням, а не початком створення права» [14, 281], що впливає з конструйованої ним ієрархії норм (своєрідної драбини), на найнижчому щаблі якої перебуває «індивідуальна норма», створена судом для вирішення конкретної ситуації.

Тим характерніше визнання судової правотворчості для представників інших поширених нині правових кон-

цепцій — доктрини природного права, соціологічної юриспруденції та її сучасних варіантів. Один з основоположників соціологічної школи права Є. Ерліх, зокрема, у своїй незавершеній праці «Теорія суддівського (*richterlichen*) знаходження права» слушно зазначав, що «застосування закону суддею лише доти можна було вважати простим <...> завданням, доки припускалося, що суддя просто виконує те, що доручено йому законодавцем» [15, 332]. Насправді ж механізм застосування закону суддею набагато складніший: суддя не є простим «копіювальником» приписів закону [15, 372], при ухваленні судових рішень він має зважувати безліч не лише юридичних, а й політичних, моральних, психологічних та інших чинників, перебувати в постійному контакті з потребами правового життя [15, 368]. Тобто судові рішення завдяки творчій роботі судді є результатом не тільки (а за Є. Ерліхом, навіть не стільки) діяльності законодавця, а й самого судді [15, 375].

В умовах синтезу (інтеграції) надбань основних концепцій праворозуміння, до необхідності якого схиляється все більше як західних, так і вітчизняних правознавців (принаймні представників загальної теорії права), ігнорувати такі підходи до співвідношення правосуддя і правотворчості (особливо враховуючи помітне зростання колізій, невизначеностей, прогалин у законодавстві, його відставання від динамізму сучасного життя), очевидно, не варто.

Пошук судом права — це не результат делегованих йому повноважень чи офіційного визнання за судом поряд із правозастосовною правотворчою функцією, як вважають деякі вітчизняні автори — прихильники судової правотворчості [9, 24]. Ніхто суддів правових систем, що належить до сім'ї загального права (*common law*), на ґрунті якої сформувалася і концептуально оформилася судова правотворчість (*judicial*

law making) як феномен, до неї офіційно не уповноважував. Вона обумовлена необхідністю виконання судом визначальної для нього функції — здійснення правосуддя. Колишній голова Верховного Суду США Е. Уоррен з цього приводу наголошував, що жодною метою підмінити Конгрес, а тим більше узурпувати законодавчу владу, яку він уособлює, американські суди не мають. Судді створюють право по ходу своєї основної судової діяльності «й інакше бути не може» [16, XXI].

Отже, судова правотворчість — це не аномалія, а іманентна властивість правосуддя, яка хоча і має свої межі, про що йтиметься далі, проте вилученою з діяльності суду бути не може, оскільки закладена в самій природі правосуддя.

Причому пошук судом права не зводиться до «виведення» його шляхом логічних операцій із норми закону чи системи законодавства в цілому. Жоден його логічний зміст не здатний дати більше того, що в ньому закладено. Тому все ще існуючі у вітчизняному правознавстві юридико-позитивістські уявлення про те, що право (а по суті — законодавство) являє собою логічно замкнену систему, з якої можна вивести будь-яке судове рішення — не більше ніж ілюзія, про що автору цих рядків доводилося писати ще в радянські часи [17, 189].

Хоча всяке право, як зазначав свого часу видатний німецький філософ І. Кант, «залежить від закону» [18, 84], «тексти законів <...> ніколи не втілюються в чистому вигляді в діюче право» [19, 329]. І не тільки тому, що закон за своїм змістом може бути «правопорушущим», що вимагає від судді зіставлення застосовуваних ним положень закону із загальними принципами права, зокрема з вимогами — складовими верховенства права, та іншими нагромадженими людством правовими цінностями, визначальними серед яких є невідчужувані права і свободи людини, а й з інших причин.

Один із найавторитетніших правознавців післявоєнної Німеччини А. Кауфманн (до речі, колишній суддя) писав, що «закон і право співвідносяться одне з одним як потенція і актуальність, як можливість і дійсність» [20, 171]. Сам собою закон (навіть правовий за своїм змістом) ще не є дійсністю права; він лише один зі щаблів на шляху його актуалізації. Як всезагальна норма для багатьох можливих випадків закон, з одного боку, набуває певної стабільності; це робить його менш залежним від змінюваності (динамізму) регульованих ним суспільних відносин; у цьому полягає його перевага. Але, з другого боку, абстрагуючись від повноти конкретного, закон схематизує реальність. Право ж, як слушно наголошував А. Кауфманн, — це «не абстрактна схема для правильних вчинків, воно швидше само є цим правильним вчинком або ж правильним рішенням у конкретній ситуації» [20, 172]. Інакше кажучи, якщо закон є всезагальною нормою для багатьох випадків, то право, навпаки, вирішує дійсну ситуацію тут і зараз [20, 171]. Воно, на відміну від закону, за своєю сутністю завжди «буттєве», тобто прив'язане до конкретного людського буття.

Таким чином, однією з основних причин, які обумовлюють необхідність суддівської правотворчості, є потреба у конкретизації норм законів та інших нормативних актів, прийнятих офіційними суб'єктами нормотворчості, або ж точніше — їх актуалізації, тобто пристосування до конкретних ситуацій, що є предметом розгляду суду, з урахуванням безлічі чинників, які впливають на ухвалення судового рішення, про які згадувалося вище.

Без елементів правотворчості не може обійтися також процес судового тлумачення конституції, законів та інших нормативних актів, яке є такою ж невід'ємною властивістю правосуддя, як і правотворчість (по суті — її складовою).

Все ще поширені у вітчизняному правознавстві твердження про те, що акти судового тлумачення «не можуть містити в текстах нічого нового, що не входить до змісту норми, яка тлумачиться» [21, 433], що вони є нічим іншим, як виявленням намірів волі конституцієдавця чи законодавця, або ж пізнання істинного смислу тексту закону чи іншого нормативного акта — є досить сумнівними. Вони небезпідставно піддаються критиці у юридичній літературі, щоправда, передусім західній. Як зазначає почесний професор Університету «Париж-10 Нантер» М. Тропер, такі уявлення про юридичне тлумачення не враховують того, що теорія тлумачення може ґрунтуватися на різних концепціях «смислу». Смысл може бути зведений до намірів авторів тексту; до об'єктивного смислу самого тексту, незалежно від намірів його авторів, але залежно від значення слів у буденній мові або в юридичній термінології; від соціальної чи політичної функції тексту або від місця цього тексту в нормативній системі! Оскільки кожний із цих варіантів, у свою чергу, може бути підданий численним інтерпретаціям, то ідея про «єдиний істинний смысл» просто позбавлена будь-якого значення [22, 193].

Тлумачення відповідних правових текстів — це не тільки результат використання методів наукового пізнання. Воно ще з часів Стародавнього Риму розглядається як поєднання елементів науки і мистецтва. Подібно до акторів чи музикантів, що мають безліч способів зіграти п'єсу чи музичний твір у власній інтерпретації (обробці, аранжуванні), які не завжди точно відтворюють авторський текст, суб'єкти тлумачення — «правові актори» також, як правило, «грають п'єсу закону» більшою чи меншою мірою відмінно від його буквального тексту, яким його написав законодавець. Головне полягає у тому, щоб така гра «правових акторів» не порушувала загальної гармонії

права, тобто узгоджувалася з «музикою» правової системи. У зв'язку з цим не можна не згадати сформульовану німецьким філософом, філологом і теологом Ф. Шлейєрмахером, з іменем якого пов'язаний розквіт розробки проблем герменевтики (яка, до речі, також розглядалася ним як синтез науки і мистецтва) в XIX ст., основну мету герменевтичного методу: інтерпретатор повинен зрозуміти автора та його працю краще, ніж він сам її розуміє [23, 6], що набуває все більшого поширення в юриспруденції. Чи не найвлучнішим у цьому аспекті є висловлювання відомого німецького філософа права Г. Радбруха про те, що «інтерпретатор може зрозуміти закон краще, ніж його творець, закон може бути мудрішим, ніж його автор — він, власне, мусить бути мудрішим, ніж його автор» [24, 107]. Спрощенням було б вважати, що розкриття мудрості закону в процесі його тлумачення не привносить нічого нового в його розуміння, відмінного від авторського. Адже мистецтво мудрості в цьому разі якраз і передбачає нове прочитання змісту закону чи окремих його положень, без внесення відповідних поправок у його текст, з урахуванням трансформацій, що відбулися у соціальному житті і суспільній свідомості після прийняття закону, зокрема уявлень про справедливість, свободу, рівність та інші гуманістичні ідеали і цінності, без опори на які право немислиме.

Таке тлумачення (його, як відомо, називають динамічним, еволюційним або функціональним) цілком відповідає позиції Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ), який у своїх рішеннях неодноразово наголошував на тому, що будь-який закон має тлумачитися у світлі умов сьогодення, тобто в процесі тлумачення, відповідно до духу часу, має змінюватися дух закону, що тлумачиться. А це не може не супроводжуватися привнесенням у зміст закону нових моментів, про

наявність яких історичні конституціодавці чи законодавці могли навіть не здогадуватися. Зарубіжна (меншою мірою вітчизняна) судова практика дає безліч підтверджень цьому. Класичним прикладом залежності тлумачення від трансформації суспільної, зокрема моральної, свідомості є неодноразово згадувані у вітчизняній літературі рішення Верховного Суду США у справах від 18 травня 1896 р. «*Plessy v. Ferguson*» та від 17 травня 1954 р. «*Oliver Brown et al v. Board of Education of Topeka et al*» щодо расової сегрегації. Якщо в рішенні у першій справі Суд визнав расову сегрегацію такою, що не суперечить проголошеній Конституцією США рівності громадян перед законом, пославшись на сформульований ним раніше принцип «розділені, але рівні» (*separate but equal*), то в рішенні у другій справі той же Суд (зрозуміло, в іншому складі) дійшов висновку про невідповідність розділеного (відокремленого) навчання чорношкірих і білих школярів чотирнадцятій поправці до Конституції США [25]. Це рішення стало важливою подією у боротьбі проти расової дискримінації у США, яка, зрештою, призвела до прийняття у 1964 р. Закону про громадянські права, яким дискримінація була заборонена.

У чомусь подібний шлях проходить нині практика щодо ЛГБТ¹. Відмінності в тлумаченні конституційного принципу недискримінації в різних країнах обумовлені різним ступенем моральної готовності суспільств до позитивного вирішення проблеми ЛГБТ. Як свідчить зарубіжна практика, суди часто реагують на таку готовність швидше, ніж законодавець. Заперечувати елементи правотворчості в правотлумачній діяльності суду в таких випадках немає підстав.

Тим більше підстав для визнання активної участі суду у правотворчості у тих випадках, коли йому доводиться

долати прогалини у законах та інших нормативних актах. Прийнято вважати, що прогалини в нормативно-правовому регулюванні долаються за допомогою такого інструменту, як аналогія, можливість застосування якої передбачена низкою кодексів України (ст. 8 Цивільного кодексу України, ст. 10 Сімейного кодексу України, ст. 9 Цивільного процесуального кодексу України, стаття 9 Кодексу адміністративного судочинства України та ін.).

Аналогія (навіть аналогія закону, не кажучи вже про аналогію права, мова про яку далі) – це не суто механічна процедура, тобто не обмежується пошуком у відповідній галузі законодавства, а інколи й за межами галузі (так звана міжгалузєва аналогія) норми права, що регулює найбільш подібні суспільні відносини, та формально-логічними підведенням під неї не врегульованої законом (іншим нормативним актом) ситуації, що є предметом розгляду суду. Вона завжди являє собою творчий процес, який передбачає аналіз комплексу передумов (моральних, політичних, економічних тощо), що впливають на ситуацію, яка розглядається судом, але перебувають за межами позитивного права. Тільки за таких умов можливо робити висновок про схожість фактичного складу відносин, що врегульовані законом, з відносинами, які є предметом судового розгляду, але законом не врегульовані. Інакше кажучи, окрім зовнішньої подібності необхідно констатувати, що випадки, які дають підстави для застосування аналогії, є ціннісно порівнюваними (рівними). А це фактично є нічим іншим, як конструюванням судом за аналогією, хоч і подібного, але іншого правила, на основі якого ухвалюється судове рішення. Воно може набувати прецедентного характеру для вирішення аналогічних справ у майбутньому.

¹ Аббревіатура прийнята як самоназва людей, які об'єднуються на основі сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Складніша річ з аналогією права, яка у вітчизняній літературі зазвичай визначається як вирішення справи (за наявності прогалин у законодавстві і відсутності подібної норми права) на основі принципів відповідної галузі права або ж загальних принципів права в цілому. У такій інтерпретації, як зазначали деякі автори ще в радянський період, аналогія права не є власне аналогією, тобто аналогією в буквальному смислі слова [26, 138]. Принципи права, зокрема й ті, які не мають чіткої фіксації у конституціях чи законах, хоч і не є тотожними правовим нормам («нормами-принципами» — як їх називає чимало вітчизняних правознавців), проте являють собою невід’ємний елемент духовної сторони права, без якої воно немислиме. Один із провідних сучасних німецьких теоретиків права Р. Алексі цю його властивість (складову) іменує ідеальним виміром права [27, 257–274; 28, 40–41], на відміну від реального виміру, якими є, на його думку, правові норми. А. Кауфманн розглядає загальні принципи права як першу ступінь його становлення (актуалізації) [20, 173].

Навіть у тих випадках, коли принципи права чітко сформульовані у конституції і законах, «виведення» із них рішень неминуче передбачає активну участь правосвідомості судді, за допомогою якої надається необхідна визначеність принципу, «заповнюється» його форма стосовно певної ситуації. Тим більше активна, творча роль суду має місце у разі необхідності залучення для їхнього пошуку додаткового нормативного матеріалу, який перебуває за межами національних законодавчих текстів.

Властива принципам права незаповненість форми є тим внутрішнім рушієм, за допомогою якого формальні характеристики принципів набувають для себе нового змісту, пристосовуючись до змін у суспільному житті. Їхня висока «еластичність» забезпечує

динамізм принципів, дає їм можливість краще за правові норми реагувати на вказані зміни; свою змістовну визначеність вони набувають у процесі свого застосування, зокрема судом.

Ігнорувати у таких випадках очевидні факти виходу суду за межі звичайних логічних суджень про право в межах тексту закону означає залишатися на позиціях крайнього формалізму, не сумісних із сучасними уявленнями про право та місце в ньому людини — основного його творця.

Посилення правотворчої ролі судів є одним із проявів помітної тенденції до «юридизації» суспільного, передусім політичного, життя, характерної нині для країн не тільки загального, а й континентального права, як, втім, і для всіх інших розвинених країн світу. Така «глобальна експансія судової влади» [29], зокрема у сферу правотворчості, поряд із позитивними рисами — динамічністю судового права порівняно з нормами, створеними спеціально уповноваженими суб’єктами нормотворчості; його неконсервативністю, тобто здатністю швидко реагувати на потреби життя; прив’язкою до конкретних життєвих обставин і повсякденних інтересів людей, права активність яких справляє вирішальний вплив на його динаміку (зміну), тощо — містить у собі певні ризики. Серед них, зокрема, можливі порушення принципу розподілу влади та перетворення верховенства права у верховенство суддів, на що небезпідставно звертають увагу зарубіжні фахівці (навіть прибічники судової правотворчості) [30, 299; 31, 153–156].

Тим більше такі ризики існують в Україні, судова влада в якій поки що не має того авторитету, який має на Заході, та й професіоналізму і досвіду участі у процесі судової правотворчості з огляду на попередні традиції, які зберігаються донині, їй явно бракує. Тому проблема меж судової дискреції в процесі правотворчості, актуальна для всіх

європейських країн (навіть для країн, правові системи яких належать до сім'ї загального права, з їхніми давніми традиціями судової правотворчості), для України залишається особливо гострою.

Не претендуючи на повноту і завершеність міркувань із приводу судової правотворчої дискреції (проблема потребує спеціального аналізу), зупинимось лише на деяких її аспектах.

По-перше, судова правотворчість не може порушувати єдності правової системи, тобто має узгоджуватися з загальними цілями права та цінностями, закладеними у правову систему, уособленням яких у демократичному суспільстві є насамперед конституція. Дотримання цих цінностей, які забезпечують наскрізну єдність і цілісність правової системи — одна з основних цілей судової правотворчості.

По-друге, судова правотворчість не повинна йти далі, ніж це потрібно для забезпечення стабільності права. Вона має підпорядковуватися утвердженню принципу правової певності, тобто впевненості людей у тому, що їхнє правове становище залишатиметься стабільним і не буде погіршене. Звідси випливають відповідні вимоги до такої складової судової правотворчості, як тлумачення, сформульовані, зокрема, у рішеннях ЄСПЛ. Серед них такі:

- права і свободи людини не можуть бути обмежені шляхом тлумачення у процесі судової практики;
- тлумачення не може призводити до звуження змісту та обсягу прав і свобод, спотворювати розуміння їх сутності;
- всі сумніви, які виникають у процесі інтерпретації норм, які регулюють відносини держави і громадянина, мають тлумачитися на користь громадянина;
- всі дозволи щодо громадян необхідно тлумачити або буквально, або розширювально, проте аж ніяк не обмежувально. Обмеження дозволів — це виняткова сфера законодавця, а не суду.

По-третє, винятковою сферою законодавця є також усунення певних прогалин у законах. Хоча у вітчизняному правознавстві поширена думка про те, що аналогія закону й аналогія права взагалі не стосуються кримінального права, залишається суперечливою, проте не можна не визнати, що застосування аналогії в кримінальному праві є вкрай обмеженим.

Відповідно до відомого ще з давніх часів принципу *nullum crimen, nulla poena sine lege* (без закону немає ні злочину, ні покарання), який, хоч і опосередковано, знайшов своє відображення у п. 22 ст. 92 Конституції України та в Рішенні Конституційного Суду України (далі — КСУ) від 30 травня 2001 р., суд не може, зокрема, застосувати аналогію закону у випадках виявлення прогалин у кримінальному законі, що стосується кваліфікації складу злочину, визначення міри покарання за нього тощо. Не можуть створюватися чи навіть змінюватися склади правопорушень і встановлюватися санкції за них на підставі аналогії закону також в адміністративному, податковому та інших галузях публічного права. Це, відповідно до п. 22 ст. 92 Конституції України, є прерогативою законодавця.

Недопустиме для суду й створення у процесі застосування закону правових підстав для втручання у сферу прав і свобод інших осіб, якщо відсутні застереження щодо допустимості подібних втручань у конституції [5, 75].

Можна, очевидно, назвати й деякі інші обставини, що обумовлюють обмеженість дискреції суду в сфері правотворчості. Однак навряд чи можна вважати обґрунтованими пропозиції, які інколи лунають на пострадянському просторі, про необхідність чіткого визначення меж інтерпретаційної (а отже, і правотворчої) судової діяльності (такі пропозиції автору цих рядків траплялися, зокрема, під час роботи із законопроектом «Про Конституцій-

ний Суд України та засади конституційного судочинства»). Між судовим тлумаченням і правотворчістю межі настільки тонкі і рухливі, що їх більш-менш повна регламентація законом неможлива. У кращому разі законом можуть бути зафіксовані лише загальні критерії — орієнтири, які б суди брали за основу при визначенні меж своєї інтерпретаційної і правотворчої діяльності. Основним же принципом такої діяльності має залишатися принцип самообмеження.

Будь-яка судова правотворчість, а тим більше правотворчість у «складних справах», коли виникає потреба (необхідність) в ухваленні судового

рішення, яке може викликати сумнів з позицій його відповідності принципу розподілу влади, таке рішення має прийматися тоді, коли на основі всебічного зважування аргументів «за» і «проти», суд дійде висновку, що захист права людини, яке є предметом його розгляду неможливе без створення ним відповідного правоположення нормативного характеру. Інакше кажучи, коли аргументи забезпечення прав людини виявляються вищими (переконливішими) в ієрархії цінностей за аргументи дотримання принципу розподілу влади в конкретній ситуації. Права людини — це і є той базовий критерій — орієнтир, який визначає межі судової правотворчості.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Монтескьє Ш.* О духе законов. — М., 1964.
2. *Требецкой Е. Н.* Энциклопедия права: издательство по запискам студентов. — Киев, 1906. — 182 с. — СПб., 1998.
3. *Курский Д. И.* Избранные статьи и речи / сост.: Г. Н. Амфитеатров, А. С. Курский, М. Л. Шифман. — М., 1948. — 198 с.
4. *Судебная практика в советской правовой системе.* — М., 1979. — 328 с.
5. *Циппельс Р.* Юридична методологія / пер. з нім. Р. Корнута (пер., адапт., прикл. з права України і список термінів). — К., 2004. — 176 с.
6. *Hesselink M.* The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe. — N. Y., 2002.
7. *Хорошковська Д. Ю.* Роль судової практики в системі джерел права: теоретико-правове дослідження : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. — К., 2006. — 194 с.
8. *Шевчук С. В.* Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні : моногр. — К., 2007. — 640 с.
9. *Прилуцький С. В.* Вступ до теорії судової влади (Суспільство. Правосуддя. Держава) : моногр. — К., 2012. — 317 с.
10. *Ющук О.* Проблема законності нормативних постанов Пленуму Верховного Суду України // Вісник Конституційного Суду України. — 2006. — № 3. — С. 3–9.
11. *Котюк В. О.* Загальна теорія держави і права : навч. посіб. — К., 2005. — 592 с.
12. *Селіванов А. О., Стрижак А. А.* Питання теорії конституційного правосуддя в Україні: актуальні питання сучасного розвитку конституційного правосуддя. — К., 2010. — 276 с.
13. *Теорія держави і права : підруч.* / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін. ; за ред. проф. О. В. Петришина. — Х., 2014. — 368 с.
14. *Кельзен Г.* Чисте правознавство / пер. з нім. — К., 2004. — 495 с.
15. *Эрлих О.* Судейское нахождение права. Четыре отрывка из незавершенной работы «Теория судейского нахождения права» / пер. с нем. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. — СПб., 2009. — № 2.
16. *Sheldon Ch.* Supreme Court. Politician sin Robes. — Beverly Hills, 1970.
17. *Козюбра Н. И.* Социалистическое право и общественное сознание : моногр. — Киев, 1979. — 207 с.
18. *Кант И.* Сочинения : в 6 т. — М., 1966. — Т. 4. — Ч. 2.
19. *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение. — М., 2003. — 480 с.
20. *Кауфманн А.* Онтологическая структура права / пер. с нем. А. В. Стоббы // Российский ежегодник теории права. — 2008. — № 1. — С. 151–174.
21. *Загальна теорія держави і права : підруч.* / М. В. Цвік, О. В. Петришин та ін. ; за ред. проф. М. В. Цвіка, проф. О. В. Петришина. — Х., 2009. — 584 с.
22. *Тропер М.* Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 190–202.
23. *Капіна О. В.* Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права : моногр. — Х., 2008. — 296 с.
24. *Радбрух Г.* Философия права. — М., 2004. — 240 с.

25. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://supreme.justia.com/us/349/294case.html>.
26. Лазарев В. В. Применение советского права. — Казань, 1972. — 200 с.
27. Alexy R. The Dual Nature of Law. IVR 24th World Ciongress «Global Harmony and Rule of Law» (septembre 15–20. 2009, Beiling, China) Papers. Plenary Session — Beiling, 2009. — Pp. 257–274.
28. Масимов С. І. Дуальність права // Право України. — 2010. — № 4. — С. 36–42.
29. Tate C., Vollinder T. The Glabal Expansion of judicial Power. — N. Y., 1995.
30. Хессе К. Основы конституционного права ФРГ / пер. с нем. — М., 1981. — 368 с.
31. Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія / пер. з англ. — К., 2007. — 268 с.

REFERENCES

1. Monteske Sh. O dukhe zakonov [About spirit of laws], Moscow, 1964.
2. Trebetskoj E. N. Entsiklopediya prava: izdatelstvo po zapiskam studentov [The law encyclopaedia: publishing house on notes of students], Kiev, 1906, 182 p., Saint Petersburg, 1998.
3. Kurskiy D. I. Izbrannye stati i rechi [The selected clauses and speeches], Moscow, 1948, 198 p.
4. Sudebnaya praktika v sovetskoj pravovoy sisteme [Court practice in the Soviet system of law], Moscow, 1979, 328 p.
5. Tsypelius R. Iurydychna metodolohija [Legal methodology], Kyiv, 2004, 176 p.
6. Hesselink M. The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe, N. Y., 2002.
7. Khoroshkovska D. Іu. Rol sudovoi praktyky v systemi dzherel prava: teoretyko-pravove doslidzhennia [A court practice role in system of sources of law], Kyiv, 2006, 194 p.
8. Shevchuk S. V. Sudova pravotvorchist: svitovyi dosvid i perspektyvy v Ukraini [Judicial law-making: world experience and prospects in Ukraine], Kyiv, 2007, 640 p.
9. Prylutskiy S. V. Vstup do teorii sudovoi vlady (Suspilstvo. Pravosuddia. Derzhava) [Entering in the judicial authority theory (the Society. Justice. The state)], Kyiv, 2012, 317 p.
10. Iushchik O. Problema zakonnosti normatyvnykh postanov Plenumu Verkhovnoho sudu Ukrainy [A problem of legality of standard resolutions of Plenum of the Supreme court of Ukraine], *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy*, 2006, no. 3, pp. 3–9.
11. Kotiuk V. O. Zahalna teoriia derzhavy i prava [The general theory of the state and the law], Kyiv, 2005, 592 p.
12. Selivanov A. O., Stryzhak A. A. Pytannia teorii konstytutsiinoho pravosuddia v Ukraini: aktualni pytannia suchasnoho rozvytku konstytutsiinoho pravosuddia [Questions of the theory of the constitutional justice in Ukraine: pressing questions of modern development of the constitutional justice], Kyiv, 2010, 276 p.
13. Teoriia derzhavy i prava [The theory of state and law], Kharkiv, 2014, 368 p.
14. Kelzen H. Chyste pravoznavstvo [Pure jurisprudence], Kyiv, 2004, 495 p.
15. Erlikh O. Sudeyskoe nakhodzenie prava. Chetyre otryvka iz nezavershennoy raboty «Teoriya sudeyskogo nakhodzeniya prava» [Judicial finding of the right. Four fragments from incomplete work «The theory of judicial finding of the law»], *Rossiyskiy ezhegodnik teorii prava*, Saint Petersburg, 2009, no. 2.
16. Sheldon Ch. Supreme Court. Politician sin Robes, Beverly Hills, 1970.
17. Kozyubra N. I. Sotsialisticheskoe pravo i obshchestvennoe soznanie [The Socialist law and public consciousness], Kiev, 1979, 207 p.
18. Kant I. Sochineniya [Compositions], Moscow, 1966, vol. 4, Part 2.
19. Kokh Kh., Magnus U., Vinkler fon Morenfels P. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo i sravnitelnoe pravovedenie [International private law and comparative jurisprudence], Moscow, 2003, 480 p.
20. Kaufmann A. Ontologicheskaya struktura prava [Ontologic structure of the law], *Rossiyskiy ezhegodnik teorii prava*, 2008, no. 1, pp. 151–174.
21. Zahalna teoriia derzhavy i prava [The general theory of state and law], Kharkiv, 2009, 584 p.
22. Troper M. Svoboda tolkovaniya u konstitutsionnogo sudi [Interpretation freedom in the constitutional judge], *Rossiyskiy ezhegodnik teorii prava*, 2011, no. 4, pp. 190–202.
23. Kaplina O.V. Pravozastosovne tлумachennia norm kryminalno-protsesualnoho prava [Law-enforcement interpretation of standards of the criminal procedure law], Kharkiv, 2008, 296 p.
24. Radbrukh G. Filosofiya prava [Philosophy of law], Moscow, 2004, 240 p.
25. Available at: <http://supreme.justia.com/us/349/294case.html>.
26. Lazarev V. V. Primenenie sovetskogo prava [Application of Soviet law], Kazan, 1972, 200 p.
27. Alexy R. The Dual Nature of Law. IVR 24th World Ciongress «Global Harmony and Rule of Law» (septembre 15–20. 2009, Beiling, China) Papers. Plenary Session, Beiling 2009, pp. 257–274.
28. Masymov S. I. Dualnist prava [Duality of law], *Pravo Ukrainy*, 2010, no. 4, pp. 36–42.
29. Tate C., Vollinder T. The Glabal Expansion of judicial Power, N. Y., 1995.
30. Khesse K. Osnovy konstitutsionnogo prava FRG [Bases of a constitutional law of Germany], Moscow, 1981, 368 p.
31. Tamanaha B. Verkhovenstvo prava. Istorii. Polityka. Teoriia [Supremacy of law. History. Policy. Theory], Kyiv, 2007, 268 p.

Козюбра М. І. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя

Анотація. У статті на основі аналізу сучасних тенденцій в теоретичному і практичному осмисленні участі суддів у процесі правотворчості обґрунтовується висновок про те, що судова правотворчість — це іманентна властивість, яка хоч і має свої межі, проте вилученою з діяльності суду бути не може, оскільки закладена в самій природі правосуддя. У зв'язку з цим аналізуються основні причини та напрями судової правотворчості, а також межі судової правотворчої дискреції.

Ключові слова: судова правотворчість, нормотворчість, абстрактність закону, конкретність (буттєвість) права, актуалізація права, тлумачення, прогалини, аналогія, межі судової дискреції.

Козюбра Н. И. Судебное правотворчество: аномалия или имманентное свойство правосудия

Аннотация. В статье на основе анализа современных тенденций в теоретическом и практическом осмыслении участия судов в процессе правотворчества обосновывается вывод о том, что судебное правотворчество — это имманентное свойство правосудия, которое хотя и имеет свои пределы, однако не может быть исключено из деятельности суда, поскольку заложено в самой природе правосудия. В связи с этим анализируются основные причины и направления судебного правотворчества, а также пределы судебной правотворческой дискреции.

Ключевые слова: судебное правотворчество, нормотворчество, абстрактность закона, конкретность (бытийность) права, актуализация права, толкование, пробелы, аналогия, пределы судебной дискреции.

Koziubra M. Judicial Law-Making: Anomaly or Immanent Property of Justice

Annotation. On the basis of the analysis of current trends in theoretical and practical judgment of participation of courts in the course of law-making a conclusion that judicial law-making is an immanent property of justice which though has the limits is proved in article, however it cannot be excluded from activity of court as it is put in the nature of justice. In this regard the main reasons and the directions of judicial law-making, and also limits of a judicial law-making diskretion are analyzed.

Key words: judicial law-making, rule-making, abstractness of the law, concreteness (straightness) of the law, updating of the law, interpretation, gaps, analogy, limits of a judicial diskretion.