

DOI <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2021.67.56>  
УДК. 342.130.3

## СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ: ПРИРОДНА ОСОБЛИВІСТЬ ПРАВОСУДДЯ ЧИ ЙОГО АНОМАЛІЯ?

**Іванюра І. С.,**

*студент 3 курсу Інституту підготовки кадрів для органів юстиції України  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого  
ORCID: 0000-0003-3221-8242*

**Шевченко Д. В.,**

*студент 3 курсу Інституту підготовки кадрів для органів юстиції України  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого  
ORCID: 0000-0001-8568-5851*

**Сівець А. С.,**

*студентка 3 курсу Інституту підготовки кадрів для органів юстиції України  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого  
ORCID: 0000-0003-0600-075X*

**Іванюра І. С., Шевченко Д. В., Сівець А. С. Судова правотворчість: природна особливість правосуддя чи його аномалія?**

Дана стаття присвячена судовій правотворчості та її особливостей. У статті аналізується одне із найбільш поширених питань, яке часто ставлять у своєму колі вчені-правники і на яке немає однозначної відповіді, у зв'язку з чим розгортаються гострі суперечки і дискусії: «Чи створюють судді норми права?»

Природно склалося, що саме судова влада, тобто суди, покликані вершити правосуддя. При вирішенні судових справ суд зобов'язаний використовувати норми права, які створюються уповноваженими на це органами. Проте виникають ситуації, коли певні відносини залишаються неврегульованими. Це покликано насамперед тим, що відносини у суспільстві розвиваються швидше, ніж саме право. Суд не має права відмовити громадянину у вирішенні справи лише через те, що в законодавстві бракує відповідної норми права. Тому суддя у кожній справі бере на себе відповідальність – створює норму права, щоб вирішити відповідну справу. Процес створення суддями норм права називається правотворчістю.

Значна увага приділена історичним витокам судової правотворчості, проаналізовано позиції найвидатніших правознавців з приводу цієї теми: Г. Харта, Р. Дворкіна, Г. Кельзена. Також було взято до уваги погляди на дану проблематику суддів Конституційного Суду України у відставці – Миколи Івановича Козюбри та Станіслава Володимировича Шевчука. Наголошено на тому, що після Першої світової війни почалася тенденція, коли в європейських державах органи конституційного контролю нерідко намагаються своїми рішеннями змінити положення законодавства. Це вказує на наявність судової правотворчості.

Нами зроблений висновок про те, що судді дійсно створюють норми права. Більше того правотворчість – іманентна риса правосуддя, тобто така, що впливає із її внутрішньої природи. Судді створюють норми права незалежно від типу правової сім'ї, незалежно від того, чи визнається судовий прецедент як джерело права, чи ні.

**Ключові слова:** право, судова правотворчість, правова сім'я, прогалини у праві, дискреція, судовий розсуд.

**Ivanyura I. S., Shevchenko D. V., Sivets A. S. Judicial lawmaking: a natural feature of justice or its anomaly?**

The article is devoted to judicial lawmaking and its features. In article is analyzed one of the most common question that is often asked by legal scholars and that still has no definitive answer, the question that has spurred sharp debates and discussions: “Do judges create rules of law?”

Naturally, it is the judiciary, that is the court, called to administer justice. In resolving court cases, the court is obliged to use the rules of law created by the authorized bodies. However, there are situations when certain relationships remain unresolved. This is primarily due to the fact that relations in society are developing faster than the law itself. The court has no right to deny a citizen a decision only because the law lacks a relevant rule of law. Therefore, the judge in each case takes responsibility - creates a rule of law to decide the case. The process of judges creating rules of law is called lawmaking.

Considerable attention was paid to the historical origins of judicial lawmaking, the positions of the most prominent jurists on this topic were analyzed, among them, H. Hart, R. Dworkin, H. Kelzen. The views of retired judges of the Constitutional Court of Ukraine Mykola Ivanovych Kozyubra and Stanislav Volodymyrovych Shevchuk on this issue were also taken into account. It is emphasized that after the First World War the bodies of constitutional control in European states tend to change the provisions of the legislation by their decisions. This indicates the existence of judicial lawmaking.

We have concluded that judges do create rules of law. Moreover, law-making is an immanent feature of justice, that is, one that follows from its inner nature. Judges create rules of law regardless of the type of legal family, regardless of whether judicial precedent is recognized as a source of law or not.

**Keywords:** Law, judicial lawmaking, legal system, gap in the law, discretion, judicial discretion.

**Постановка проблеми.** Історично склалося так, що суди покликані вершити правосуддя. При здійсненні правосуддя суди застосовують норми права, які створюються уповноваженими на це органами. Але відносно динамічно розвиваються – і, як наслідок, законодавство не встигає їх врегулювати нормами права. Можна говорити про утворення в праві прогалів, тобто нерегульованих правом суспільних відносин. Людина, звертаючись до суду, шукає захисту своїх порушених прав та справедливості. Оскільки судді покликані нести справедливість, то вони не можуть відмовити людині у захисті її прав лише через відсутність норм права. Тому, на нашу думку, дана тематика заслуговує на увагу.

**Мета статті** – проаналізувати правову природу судової правотворчості, її характерні риси, простежити її витoki крізь призму історії та надати власну точку зору з приводу можливості створення судьями норм права.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** Судову правотворчість, її правову природу цікавила багатьох вчених, серед яких треба виокремити Б.В. Малишева, С. В. Шевчука, М. Н. Марченка, М.І. Козюбра, С. В. Прийму, В. О. Сердюка та багатьох інших.

**Виклад основного матеріалу.** Щоб детальніше зануритися у дане питання, на нашу думку, треба звернутися до історії, щоб розібратися у витках цієї проблеми. Як вважають більшість вчених-правознавців, витік даної проблеми сягає ще часів Стародавнього Риму. Там була така посада як претор – посадова особа, функції якої змінювались з часом: спочатку так називали вищих магістратів – консулів і диктаторів, пізніше почали обирати два види преторів: міський, який стежив за порядком у містах і водночас мав повноваження здійснення правосуддя у цивільних справах та претор для ведення справ між римськими громадянами і чужоземцями або самими чужоземцями. Пізніше функція здійснення правосуддя преторів була послаблена, оскільки влада імператора сильно посилювалась, і за ними лише тепер залишились функція управління римськими провінціями. Нас цікавить претор насамперед як здійснювач правосуддя. Проте варто додати, що поряд із здійсненням правосуддя претори займалися активною правотворчою діяльністю. Активна правотворча діяльність преторів призвела до створення права, яке почали іменувати преторським. Воно стало одним із джерел римського права. Можливо, правотворча діяльність була пов’язана з тим, що в той час влада не поділялась, як в наш час, на законодавчу, виконавчу і судову гілки, і не було чітко прописано повноваження кожного органу влади. Такої ж думки дотримується у своїй науковій статті «Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя» доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри загальнотеоретичних та державно-правових наук Національного університету «Києво-Могилянська академія», суддя Конституційного Суду України у відставці Микола Козюбра[9].

Століттями науковий інтерес до даної проблеми був незмінним. Варіанти підходів до її вирішення були різними: одні вважали, що судді є визначальними творцями права, в той час інші зводили роль судді до «уст, що проголошують слова закону»[1, с.64], тобто суддя просто використовує і застосовує текст закону. Таким чином виключається будь-яка творча роль суддів, проголошується, що судді не є творцями права. Варто сказати, що це характерно для концепції юридичного позитивізму.

Також варто не забувати, що дорадянське(до 1917 року) і радянське(після 1917 року - післяреволюційне) правознавство приділяли значну увагу вивченню даного питання. Дорадянське(дореволюційне) правознав-

ство вивчало питання, що стосувалися судової правотворчості. Коло питань переважно включало питання, які активно обговорювалося на Заході, у європейській правовій літературі: суть судової правотворчості, її співвідношення із законотворчістю парламенту, місце судового прецеденту, судової практики в системі джерел права[2, с.71-79]. На початкових етапах становлення радянське (післяреволюційне) правознавство зробило основну ставку на обґрунтування класової новизни радянського права. Відповідно до Декрету про єдиний народний суд від 30 листопада 1918 р. припинялося використання законів урядів, які були повалені, а також практики дорадянських судів. На початкових етапах суди мали фактично необмежені, засновані на революційній правосвідомості, повноваження у сфері правотворчості. Це явище отримало назву дискреції, тобто вирішення будь-яких справ на власний розсуд[3]. Радянська влада усвідомила всю небезпеку, яку несли революційні суди, оскільки це були самостійні суди, і повернула правову теорію та практику до класичної моделі юридичного позитивізму. Тепер рішення суду ґрунтувалось просто на основі силогізму: суддя співвідносив фактичні обставини справи із нормою, що регулювала їх, і виносив рішення. Фактично це було вигідно для радянської влади(верхівки Комуністичної партії Радянського Союзу), яка таким чином позбавила самостійності суддів, могла втручатися в правосуддя.

Варто сказати, що суперечки з даного приводу не ущухають і досі як на Заході, так і в пострадянських державах, зокрема в Україні. Позиції учасників цих суперечок зумовлюються низкою факторів. Насамперед, на нашу думку, це ставлення учасників суперечки до концепцій праворозуміння, співвідношення права і закону, фундаментальними і загальними принципами права, джерелами права та місцем судового прецеденту і судової практики серед джерел права.

Пропонуємо спочатку визначити, що означає поняття «правотворчість». Під правотворчістю варто розуміти діяльність уповноважених на це суб'єктів з розроблення, розгляду, ухвалення, прийняття та офіційного оприлюднення нормативних актів. З цього можна визнати, що суди до такої діяльності взагалі не мають і не можуть мати ніякого відношення. Метою правотворчості є встановлення, зміни або скасування норм права. Але варто задати логічне запитання: «А чи буде така судова діяльність відповідати поняттю «правотворчість?», «Чи завершується процес правоутворення 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 створення права?» Саме від відповідей на дані питання залежатиме місце і роль суду в процесі правотворчості.

Ганс Кельзен(далі – Г. Кельзен) – засновник нормативістської теорії права, яка у свою чергу склалася на основі методології, виробленої в юридичному позитивізмі – не заперечував того, що судді беруть участь у правотворчості, проте наполягав на тому, що «судове рішення є продовженням, а не початком створення права», що впливає із ієрархії норм, створеним ним – своєрідна драбина, на найнижчій ланці якої знаходиться так звана «індивідуальна норма», яку створює суд для вирішення конкретної справи. Також Г. Кельзен вважає, що теорія, згідно з якою суди лише творять право в англо-американській правовій сім'ї є такою ж однобокою, як і виплекана на ґрунті європейсько-континентального юридичного права теорія, начебто суди взагалі не творять права, а тільки застосовують уже створені закони. «Ця остання теорія зводиться до того, ніби існують лише загальні правові норми, а перша — ніби правові норми є тільки індивідуальні. А правда лежить десь посередині. Суди створюють право, а саме — як правило — індивідуальне право, однак вони це роблять у межах правового порядку, що запроваджує законодавчий орган чи визнає звичай за правотворчий чинник, і вони застосовують загальне право, уже вироблене шляхом законодавства чи узвичаєння»[4, с.276-281].

Варто згадати суперечку між представником школи юридичного позитивізму Гербертом Хартом(далі - Г. Харт) і представником школи природного праворозуміння Рональдом Дворкіним(далі – Р. Дворкін ). Дана суперечка стосується ухвалення судових рішень у т. зв. «важких справах» («hard cases»). Г. Харт був переконаний і стверджував, що у важких справах(таких, для вирішення яких не існує прийнятних норм права або існують конфліктуючі прецеденти чи неясні статутні норми) судді здійснюють правотворчість. У таких випадках судді діють на власний розсуд, тобто дискреційно. Г. Харт також підкреслює те, що такі дискреційні дії суддів мають межі, які залежать від особистих переконань суддів, оскільки одні є прихильниками суддівського активізму (позиція суду, котра більше базується на власних або чинних міркуваннях, ніж на чинному праві. Це явище є спірним політичним питанням, особливо у США), інші є прихильниками суддівського самообмеження( протилежність суддівському активізму). Г. Харт вважає, що «важку справу» неможливо вирішити способом простого правозастосування, оскільки деякі норми права є неоднозначними, тобто складаються з ядра( положення права, які є в цілому зрозумілі) і т. зв. «сутінкової зони», зміст яких не можна зрозуміти без розширеного тлумачення. Г. Харт приходить до досить цікавого висновку, згідно з яким кожна позитивна норма права має таку «сутінкову зону» неоднозначного розуміння. Отже, згідно з ідеєю Г.

Харта суддя у «важких» справах законодавствує – займається правотворчістю і тому нема ніякого сенсу це приховувати[5, с. 129; 12, с. 225]. Вони здійснюють правотворчість виправдано, адже законодавці не ясно-видчі: не можуть передбачити всіх ситуацій, що виникнуть у майбутньому, а отже немає жодної можливості, аби вони створили абсолютно чіткі і зрозумілі норми права, в яких не буде ніяких елементів невизначеності. Тому судді в даних ситуаціях виконують функції законодавців, заповнюючи прогалини в законодавстві своєю правотворчістю.

На противагу Р. Дворкін вважає, що суддя ні за яких умов і в жодному разі не має права діяти на власний розсуд, навіть у т. зв. «важких справах». Коли суддя зіштовхується з «важкою справою», яка створює труднощі тлумачення, він все одно не має займатися правотворчістю. Р. Дворкін розробив власну теорію щодо ухвалення рішень «важких справ» - «теза про права». Відповідно до цієї теорії, суддя при вирішенні такої справи має керуватися насамперед принципами, що різняться від правил, які містяться в прецедентах або статутах. Тому Р. Дворкін противник того, аби судді ухвалювали рішення у формі розсуду, таким чином здійснюючи правотворчу функцію. Натомість він вважав принципи права, що перебувають у його глибинних пластах, тим засобом, проаналізувавши який і на основі якого можна вирішити будь-яку «важку справу». Під принципами права він називає ті міркування, на які суддя має право покладатися, вирішуючи, чи варто створювати або видозмінювати норму права. Судді тлумачать принципи права з метою, аби знайти закон, який був би придатний для справи, що розглядається. Також Р. Дворкін зазначив те, що «теорія важких справ» породжена юридичним позитивізмом. Якщо немає конкретної норми права, яка регулює дані відносини, тоді суддя має «дискреційне право» вирішити справу на користь тієї чи іншої сторони. Однак в такому випадку суддя спершу встановлює нові юридичні правила, а вже потім ретроспективно застосовує їх до справи, яку розглядає. Однак Р. Дворкін не сприймає таку теорію, він вважає, що головний обов'язок судді у складних випадках – встановлення того, які права мають сторони справи, а не винайдення нових норм права і їх ретроспективне застосування. Суддя має застосовувати закони, створені іншими інститутами влади, при цьому не створюючи новий закон(ідеальний випадок)[7, с.126]. Однак, на нашу думку, це утопія, адже завжди знайдеться справа, в основу якої буде покладено судовий розсуд, оскільки не всі відносини регулюються нормами права. Ідеальний випадок Р. Дворкіна неможливо в повній мірі реалізувати на практиці, оскільки досить часто законодавчі акти та інші норми права є досить нечіткими та потребують інтерпретації, оскільки ніхто не може прорахувати все наперед і створити ідеальне право. До того ж суспільні відносини розвиваються швидше, ніж право.

Р. Дворкін називає дві причини, чому саме суддівська правотворчість є неприйнятною: 1) спільнотою, державою повинні управляти ті, хто обраний більшістю і відповідальний перед нею. Як відомо, в більшості випадків судді не обираються і тому, на відміну від законодавців, обраних більшістю, не є відповідальними перед електоратом, а отже, творення суддями норм права прямо суперечить принципам демократії; 2) коли суддя творить нову норму права і застосовує до справи, яку розглядає, то сторона, яка зазнала поразки, тобто опинилась в програші, зазнає негативних наслідків, оскільки спочатку суддя творить нову норму права, а вже потім застосовує її до справи, виходить, що така норма за своїм характером є ретроспективною. Тобто сторона, яка опиняється в програші, має зазнавати негативних наслідків не за те, що порушила певний обов'язок, який мала, а через нібито порушення «нового» обов'язку, створеного після того, як подія відбулася[7, с.130-131]. На нашу думку, це порушення принципів правової визначеності і суперечить принципу незворотності дії в часі законів та інших правових актів.

Досить цікаво, на нашу думку, з приводу даної проблеми висловився Суддя Верховного Суду Ізраїлю. Він захищає право суддів здійснювати правотворчість у формі суддівського розсуду у важких справах. Він вважає, що це повноваження, надане суддям, надає право обирати між двома й більше альтернативами, коли кожна з альтернатив є законною. «Там, де є розсуд, — пише А. Барак у своїй праці «Суддівський розсуд», — закон ніби говорить: «Я визначив зміст правової норми до цієї межі. Звідси ж ти, суддя, маєш визначати зміст правової норми, адже я не здатний допомогти тобі в ухваленні рішення»[6, с.39-41].

За А. Бараком, судовий розсуд полягає в тому, що суддя має свободу вибору з кількох законних альтернатив. Варто сказати, що немає суддівського розсуду, якщо існує єдина законна альтернатива. Логічно, що в такій ситуації суддя має обирати даний варіант, і в нього немає ніякої свободи вибору. Тобто, ніякого розсуду взагалі не може бути, коли відбувається вибір між законним і незаконним актами. Суддя повинен обирати законний акт, і він не має жодного права обрати незаконний акт. Існування альтернативи визначається її законністю. Обраний варіант робить законним не вибір, а навпаки: вибір базується на факті, що відповідний варіант точно є законним. Таким чином, може виникнути логічне питання: «Як саме визначити законність варіантів суддівських рішень?» На нашу думку, це досить нелегка справа, оскільки просто немає певного показника, який би допоміг визначити законність юридичної можливості. На жаль, право поки ще не створило



таких пристроїв, інструментів, які визначали б, що є дозволеним, а що є забороненим, законним чи незаконним. Проте є інший шлях вирішення цього: варіант вважатиметься законним, якщо спільнота юристів визнає його таким і сприйматиме без жодного натяку на відчуття недовіри. Це саме той показник законності, що є аналогічним до правила визнання Г. Харта.

Якщо говорити про правотворчість суддів у конкретній правовій сім'ї, то, мабуть, зрозуміло, що головними творцями норм права у англо-американській правовій сім'ї є саме судді. Не даремно ж цю систему ще називають прецедентною. Прецедент - рішення, основу якого складає створена судом загальна норма права, та якого повинні дотримуватися і на якому ґрунтуватися рішення судів нижчестоящої інстанції під час розгляду аналогічної справи в майбутньому.

Якщо з правотворчістю суддів в англо-американській правовій сім'ї все виглядає досить просто і зрозуміло, то за романо-германську правову сім'ю так просто не можна сказати. Однак ми вважаємо, що незалежно від типу правової сім'ї судді здійснюють правотворчість. В європейських державах органи конституційного контролю нерідко намагаються своїми рішеннями змінити положення законодавства. Дана тенденція почалася після Першої світової війни. В романо-германській правовій сім'ї доказом цього, на нашу думку, є те, що в Австрії на законодавчому рівні закріплена правотворча функція органів конституційного контролю. У 1922 році до статті 140 Конституції Австрії було включено положення, згідно з яким при анулюванні закону або його частини, якщо у постанові конституційного суду не зазначено інше, відновлюється дія тих законів, які у свій час були скасовані законом, який визнаний неконституційним. В даній державі вирішення питань щодо поновлення дії старого закону цілком залежить від суду. До того ж у науковій літературі почали порівнювати Конституційний Суд Австрії із федеральним законодавцем, оскільки Конституційний Суд виносить рішення про відновлення раніше скасованих законів, що, звичайно, є функцією законодавчої влади (в даному випадку - федеральний законодавець) [13].

Ще одним яскравим прикладом, на нашу думку, яка підтверджує те, що судді займаються правотворчістю у романо-германській правовій сім'ї є закріплення у Конституції ФРН положення про те, що рішення Федерального конституційного суду мають вищу юридичну силу. Ці рішення обов'язкові для всіх інших органів влади федерації та земель, для всіх судів, установ і приватних осіб. Парламент також знаходиться серед тих органів влади, що зобов'язані неухильно виконувати рішення Федерального конституційного суду, і він не може прийняти закон, який суперечить рішенням конституційного суду. Таким чином Федеральний конституційний суд ФРН своїм рішенням обмежив діяльність законодавчого органу на майбутнє. Проте варто додати, що Федеральний конституційний суд ФРН своїми рішеннями сам не зв'язаний і може їх переглядати спеціальним рішенням Пленуму у разі необхідності [13].

Якщо говорити стосовно України, то ми можемо сказати, що дана проблема актуальна і для нашої держави. Ми вважаємо, що це закономірний процес, коли посилаються на судові рішення як джерела права. Даний процес відбувається не лише в Україні: він охоплює країни із романо-германською правовою системою, до якої відносять й нашу державу. Правотворча діяльність судів в Україні розвивається переважно за такими основними напрямками як: застосування закону (норми права) за аналогією під час розгляду конкретної справи; створення судового прецеденту (квазіпрецедент, псевдопрецедент); формування правових рішень Конституційного Суду України; видання Верховним Судом роз'яснень із питань судової практики.

Більшість вчених відносить до результатів судової правотворчості саме судовий прецедент, а також інші, схожі на нього за своєю природою, правові явища. С.Шевчук включає до даного списку судову практику, судовий прецедент, правові позиції, правоположення, роз'яснення вищих судів [12, с.202]. М. Марченко - судову практику, судовий прецедент, судовий розсуд. Але нам варто розуміти, що це лише суб'єктивна точка зору, яка також має право на існування [10].

Важливу роль у судовій правотворчості посідають рішення Верховного Суду. Вони публікуються в офіційних виданнях і служать своєрідною правовою моделлю для органів судової влади, нижчих за ієрархією. Суди загальної юрисдикції зобов'язані керуватись такими рішеннями при вирішенні подібних справ, адже невиконання даного зобов'язання може потягти за собою скасування рішення такого суду [14]. Тому, як ми бачимо, такі рішення носять загальнообов'язковий характер і поширюються на всі суди загальної юрисдикції. Рішення Верховного Суду можна сміливо назвати судовим прецедентом, але в нас він офіційно не віднесений до джерел права. Тому можна зустріти інші його назви: наприклад, квазіпрецедент, псевдопрецедент - оскільки за судами в Україні не визнано повноважень на правотворчість [11, с.29].

Проблема судової правотворчості, на нашу думку, набула зовсім іншого характеру з моменту створення Конституційного Суду України (далі - КСУ). Повноваження КСУ прямо говорять нам, що його рішення не лише роз'яснюють чинне законодавство, визначають його конституційність, а й суттєво доповнюють або й навіть змінюють закон. Варто додати, що за час свого існування КСУ створив чимало прецедентів, які на

даний час активно застосовуються. Наприклад, саме КСУ розтлумачив поняття «захисник у кримінальному процесі»: ним можуть бути не лише адвокати, а й інші спеціалісти у галузі права[8]. За такі дії неодноразово КСУ зазнавав критики від єдиного законодавця України – Верховної Ради України. З вищевикладеного можна зрозуміти, що такі суди займаються правотворчою діяльністю.

Ми вважаємо, що судову правотворчість можна назвати особливим, специфічним різновидом правотворчості. Спробуємо надати їй характерні властивості. По-перше, вона здійснюється спеціально-уповноваженим суб'єктом(судом). По-друге, вона спрямована на створення, зміну або скасування нормативних приписів. По-третє, вона визнана процесуально-процедурною діяльністю. По-четверте, її результати закріплюються в документах, судових правотворчих актах тощо. По-п'яте, вона пов'язана із реалізацією функцій судової влади. З проаналізованого можна побачити і зрозуміти, що більшість ознак правотворчості притаманні судовій правотворчості.

**Висновки.** На підставі всього вищесказаного робимо висновок, що судді дійсно створюють норми права, тобто займаються правотворчістю. Більше того правотворчість – іманентна риса правосуддя, тобто така, що впливає із її внутрішньої природи. Навіть якщо офіційно не визнано, що суд має повноваження правотворчості, він правотворить, оскільки законодавці, як ми вже наголошували, не «ясновидці»: вони не можуть створити ідеальні норми права, які регулюватимуть всі життєві ситуації, вони не можуть передбачити виникнення нових життєвих ситуацій і створити норми права, які регулювали б їх. Оскільки суспільні відносини розвиваються набагато швидше, ніж право, то, на нашу думку, завжди виникатимуть прогалини у праві, колізії – вирішення таких проблем на суді завжди вирішуватиметься саме суддями. Ще ми хочемо сказати, що в нас склався стереотип вважати, що в англо-американській правовій сім'ї судді дійсно творять право, а в романо-германській - ні. В даному випадку правда знаходиться десь посередині. Вважається, що судова правотворчість не встановлює нових норм права, але ми переконалися на прикладах, які ми навели, аби спростувати цей стереотип. Дана дискусія щодо судової правотворчості продовжується і надалі, проте ми, авторський колектив, вважаємо, що суддя займається правотворчістю незалежно від типу правової сім'ї, оскільки правотворчість – невід'ємна властивість правосуддя.

### Список використаних джерел:

1. Монтеск'є Ш. «О духе законов». М., 1964. 690 с.
2. Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права. СПб.: Издательство «Лунь». 1998. 224 с.
3. Гринюк В.О. Суд Радянської доби. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2012. № 2(6). Веб-сайт. URL: <https://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n2/12hvosrd.pdf> (дата звернення: 02.10.2021)
4. Кельзен Г. Чисте правознавство / пер. з нім. О. Мокровольський. Київ: Юніверс. 2004. 495 с.
5. Харт Х.Л.А. Концепція права / Пер. з англ. Н. Комарова. К.: Сфера, 1998. 238 с.
6. Барак А. Судейское усмотрение. Пер. с англ. Москва: Изд-во НОРМА, 1999. 376 с.
7. Дворкін Р. Серйозний погляд на права / Пер. з англ. А. Фролкін. К.: Основи. 2000. 519 с.
8. Рішення Конституційного Суду України у справі про право вільного вибору захисника від 16 липня 2000 року N 13-рп/2000. Веб-сайт. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-00>
9. Козюбра М. І. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. Право України. 2016. №10. Веб-сайт. URL: [http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/11425/Kozyubra\\_Sudova\\_pravotvorchist%27\\_anomaliya.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/11425/Kozyubra_Sudova_pravotvorchist%27_anomaliya.pdf?sequence=1&isAllowed=y)(дата звернення: 02.10.2021)
10. Прийма С. В. Роль судді в розгляді важких справ: тлумачення чи правотворчість? Державне будівництво та місцеве самоврядування. 2008. №15 Веб-сайт. URL: [http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/2939/1/Pruima\\_176.pdf](http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/2939/1/Pruima_176.pdf) (дата звернення: 02.10.2021)
11. Сердюк В. О. Роль судової правотворчості в процесі здійснення судової реформи в Україні. Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского Серия «Юридические науки». Том 27 (66). 2014. № 4. С. 28-35.
12. Шевчук С. В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні : моногр. К., 2007. 640 с
13. Вронська Г. О. Чи творять судді право? Веб-сайт. URL: <https://blog.liga.net/user/avronskaya/article/28515>(дата звернення: 02.10.2021)
14. Романюк Я.М. Єдність судової практики: теоретичні засади та вдосконалення законодавчого забезпечення. Вісник Верховного Суду України. 2012. №5. С.37-42