

УДК 340.132.626

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.52>**Олена Копитова,**

канд. юрид. наук,

старший науковий співробітник відділу організації наукової діяльності

та захисту права інтелектуальної власності

Національної академії внутрішніх справ,

суддя

Північного апеляційного господарського суду України

ПРОДУКТИВНІСТЬ СУБСИДІАРНОГО ХАРАКТЕРУ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ ПІД ЧАС СУДОВОГО ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Стаття присвячена дослідженню загальнотеоретичних засад місця і значення судової правотворчості як субсидіарного правового явища правозастосувальної діяльності судів після судової реформи 2016 року у загальнотеоретичному аспекті. Обґрунтовується, що у сучасний період правосуддя продовжує асоціюватися виключно із правозастосувальною діяльністю. У доктрині превалює позиція про застосування судом абстрактних норм права, котрі містяться в законах і підзаконних актах, до конкретних ситуацій як предмета судового розгляду. Констатовано, що суд здійснює контроль за правильністю їх застосування іншими державними органами (як вже було нами досліджено у попередніх розділах роботи). З'ясовано, що після судово-конституційної реформи щодо правосуддя 2016 року ВС відмовився від надання позапроцесуальних роз'яснень судам нижчого рівня: постанов ВП ВС; інформаційних листів про надання роз'яснень з окремих спірних питань, що виникають у судовій практиці, узагальнень судової практики. Встановлено, що судова правотворчість пов'язується із розкриттям, як правило, не тільки змісту правової норми, яка (на думку суду) має бути застосована до спірних відносин, а й відшукуванням інколи внутрішнього смислу норми: яка саме ідея і воля законодавця була закладена під час прийняття цієї норми, чи дотримуються вони у правозастосуванні. Окремі спірні питання з приводу правильного застосування процесуальних норм ВС намагається висловити у його постановках. Зроблено висновок, що у цілому комунікація ВС із юридичною спільнотою та громадянами у позапроцесуальний спосіб сьогодні побудована на оприлюдненні дайджестів (підбірок) постанов ВП ВС і конкретних касаційних судів у складі ВС, а також дайджестів стосовно практики ЄСПЛ (позиції, переклад яких здійснюється ВС). Обґрунтовується, що нині результатами судової правотворчості в Україні є квазіпрецеденти, створені ВС, їх ще можна віднести до так званих переконливих прецедентів. Судові рішення у певних випадках виступають результатом судової правотворчості. Однак не всі, а тільки ті, в яких простежується судовий активізм і творчий характер вирішення спору, і наслідки такого рішення загальнообов'язкові для суб'єктів права. Доведено, що судова правотворчість може мати субсидіарний характер під час судового правозастосування, і це може бути продуктивним. За допомогою судової правотворчості суддя може коректно поєднувати різнопорядкові категорії: конституційні принципи і норми, законодавчо визначені правові норми, а також роз'яснення на різних підзаконно-нормативно-правових рівнях із дотриманням меж судового розсуду і недопущення створення нової норми.

Ключові слова: правосуддя, судова правотворчість, правові висновки, переконливий прецедент, судовий розсуд, судовий активізм.

Постановка проблеми. Концепція суду як виключно правозастосовного органу історично ґрунтується на теорії поділу влади, відповідно до якої в державі мають існувати і функціонувати відносно незалежно законодавча, виконавча і судова гілки державної влади, а отже, суди мають виключні повноваження на здійснення правосуддя, що і становить їхню основну функцію [5, с. 28].

Разом із тим, значне посилення ролі судової влади у державі останніми десяти-

річчями не викликає сумнівів. Судова влада все частіше розглядається не тільки як частина державного механізму, але й скоріше як окремий, незалежний від інших влад, орган контролю громадянського суспільства й одночасно як основний гарант захисту прав і свобод громадян у тому числі і від неналежного утиску політичною владою [14, с. 92] (який, на жаль, дедалі більше актуалізується в Україні – О.К.). Тобто відбувається певна автономія суду від інших

елементів державного механізму. У зв'язку з цим можна говорити про відокремлення судової влади від політичної (законодавчої та виконавчої), що замінює класичний поділ влад [14, с. 92]. Викладене дає підстави вважати, що судова влада у сучасному вимірі отримує нові функції.

Питаннями судової правотворчості в Україні 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, тому, враховуючи загальну мету нашого дослідження, в межах цієї статті спробуємо заповнити цю прогалину.

Викладене зумовлює необхідність визначити **мету** наукової статті: розкрити місце і значення судової правотворчості як субсидіарного правового явища правозастосувальної діяльності судів після судової реформи 2016 року у загальнотеоретичному аспекті.

Виклад основного матеріалу. Однією із нових функцій, що вимагає адекватної реакції законодавця та узгоджених дій суддів, є правотворча функція у судовій владі. Особливо важливим це представляється у класичній континентальній правовій сім'ї, якій згадана функція абсолютно не властива. Застосування історичного методу дослідження еволюції становлення судової правотворчості у згаданій системі права дозволяє стверджувати, що судова правотворчість, по суті, була привласнена магістратурою за мовчазного схвалення суспільства і самої держави [14, с. 93].

Суд у своїй діяльності досягає мети правосуддя внаслідок дії двох взаємопов'язаних процесів, що позначається спеціальними категоріями. Першою категорією є правозастосування як реалізація судом норм права для вирішення правового спору. Другою – професійна правосвідомість судді, яка наповнює процес розгляду справи аксіологічним змістом, саме завдяки їй судочинство стає правосуддям [10, с. 261]. Судова правотворчість може бути третім елементом вказаної моделі. На думку Б. В. Малишева, судова правотворчість не лише нормально співіснує

із правозастосуванням і професійною правосвідомістю, але й надає суддям нових можливостей для досягнення мети правосуддя і навіть виводить суд на новий, більш високий рівень суспільного значення. Здійснення судом правотворчості у формі судового прецеденту та квазіпрецеденту під час безпосереднього розгляду справи жодним чином не вступає у конфлікт з процесом правозастосування, оскільки норма, яка створюється судом, відразу стає предметом судового тлумачення і застосування до конкретних правовідносин у рамках спору, що розглядається [10, с. 261].

Враховуючи обмеженість обсягу дослідження, не вдаючись у детальний аналіз різноманітних підходів різних історичних епох до розуміння судової правотворчості, зупинимось на слухних концентрованих висновках Н. В. Стецика про належність до результатів судової правотворчості різних правових явищ (не тільки власне судових рішень), сформованих за підсумками аналізу ряду загальнотеоретичних праць провідних українських та зарубіжних теоретиків [13, с. 60]. Так, М. М. Марченко вважає, що до них належить судова практика, судовий прецедент, правові позиції суду, судовий розсуд [7, с. 99]. С. В. Шевчук до результатів судової правотворчості включає судову практику, судовий прецедент, правові позиції, правоположення, роз'яснення вищих судів [16]. Б. В. Малишев актами судової правотворчості називає судові прецеденти, квазіпрецеденти та нормативно-правові акти [6, с. 30]. На думку О. М. Верещагіна, пише Н. В. Стецик, формами судової правотворчості є судові прецеденти, правила судів, роз'яснення вищих судів, судові звичаї [2, с. 137-182]. С. П. Чередніченко до результатів судової правотворчості відносить судові прецеденти, акти роз'яснення судової практики, правоприпиняючі акти [15, с. 19]. Є. В. Сем'янов актами судової правотворчості вважає нормативно-правові акти, акти нормативного тлумачення, роз'яснення пленумів вищих судів, правоприпиняючі акти, акти квазіпрецедентного права [12, с. 163-164]. О. В. Попов, як підкреслює Н. В. Стецик, актами судової правотворчості називає судові прецеденти та постанови [9, с. 156, 206; 13, с. 60].

Наведені висновки Н. В. Стецика видаються корисними для цілей нашого дослідження. Водночас вони сформовані вченим до проведеної судово-конституційної реформи щодо правосуддя 2016 року. З цього часу відбулися певні зміни: найвищий судовий орган в системі судуоустрою – ВС – відмовився від надання позапроцесуальних

роз'яснень судам нижчого рівня: постанов Пленуму ВС; інформаційних листів про надання роз'яснень з окремих спірних питань, що виникають у судовій практиці, узагальнень судової практики. Щодо останнього зауважимо, що у цьому напрямі ВС ведеться робота, однак результати узагальнень використовуються у внутрішній роботі судьями ВС для їх підготовки до судових засідань тощо. Узагальнення судової практики за окремими категоріями судових справ чи з конкретних процесуальних питань щодо, зокрема, правильного застосування норм процесуального законодавства нині не оприлюднюються для широкого загалу. Тому результатами судової правотворчості в Україні є квазіпрецеденти, створені ВС. Їх ще можна віднести до так званих переконливих прецедентів.

Окремі спірні питання з приводу правильного застосування процесуальних норм ВС намагається висловити у його постановах. У цілому комунікація ВС із юридичною спільнотою та громадянами у позапроцесуальний спосіб натепер побудована на оприлюдненнях дайджестів (підбірок) постанов ВП ВС і конкретних касаційних судів у складі ВС, а також дайджестів стосовно практики ЄСПЛ (позиції, переклад яких здійснюється ВС).

Таким чином, можна сказати, що нині судова правотворчість ґрунтується на судовому рішенні, точніше на його мотивувальній частині, де формулюються певні суддівські стандарти пояснення, чому саме так вирішена справа [16, с. 15]. Причому простого посилання на формальні джерела права (закон, кодекс, міжнародний договір) або «простого нормозастосування» (застосування чітких та однозначних для розуміння норм права) для наявності судової правотворчості недостатньо, позаяк суд має або здійснювати для цього розширене тлумачення, або виводити з первинних норм права їх додатковий зміст, який прямо не передбачений у текстах нормативно-правових актів. Іншими словами, суд формулює у своїх рішеннях нові положення або правові позиції, які стають обов'язковими насамперед для самих суддів під час прийняття аналогічних рішень. Тобто ці положення набувають прецедентного характеру [16, с. 15].

Отже, судові рішення у певних випадках виступають результатом судової правотворчості. Однак не всі, а тільки ті, в яких простежується судовий активізм і творчий характер вирішення спору, і наслідки такого рішення загальнообов'язкові для суб'єктів права. Якщо зазначити лаконічно, це судові рішення вищих судів, які у загальному роз-

мінні скеровують судову практику у єдине русло (що буде досліджено нами нижче).

Також судова правотворчість пов'язується із розкриттям, як правило, не тільки змісту правової норми, яка (на думку суду) має бути застосована до спірних відносин, а й відшукуванням інколи внутрішнього смислу норми: яка саме ідея і воля законодавця була закладена під час прийняття цієї норми, чи дотримуються вони у правозастосуванні. Крім того, суддя має дослідити і динамічний аспект застосування норми, яка була прийнята за інших суспільно-політичних умов, наприклад приписи Житлового кодексу УРСР, і зіставити ці приписи з нормами інших законодавчих актів, а також конституційними принципами і правами людини і громадянина.

В. Д. Гончаров із цього приводу наголошує, що «часто динамічне тлумачення застосовується з плином часу після ухвалення первинного рішення у справі. Нерідко причиною є те, що відбулися зміни у складі суду, а новий інтерпретатор, звичайно ж, не може бути просто семіотичним клоном свого попередника. Загалом динамічне тлумачення може траплятися, якщо попередній та новий інтерпретатори а) застосовують різну методологію тлумачення або б) по-різному застосовують одну й ту саму методологію. Якщо перша обставина видається самоочевидною, то друга може потребувати пояснень. Річ у тому, що способи (правила) тлумачення являють собою правила для правил. Якщо об'єктом правил (юридичним нормам) властива невизначеність, то вона може бути характерна і для мета-правил» [3, с. 130]. Одна і та сама методологія може застосовуватися по-різному у зв'язку зі зміною обставин тлумачення чи суспільного контексту. Суди нерідко пояснюють зміну тлумачення виникненням нових обставин. Причому йдеться не про те, що попередній суд помилився в ланцюжку своїх міркувань (для свого часу його тлумачення може бути обґрунтованим та цілком відповідати потребам тогочасного суспільства). Йдеться про невідповідність попереднього тлумачення новому горизонту розуміння [3, с. 130].

Прикладом може бути одне із нещодавніх рішень КСУ у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини другої статті 135 Житлового кодексу Української РСР від 20 грудня 2019 року № 12-р/2019, у якому Конституційний Суд України, серед іншого, звертає увагу на те, що «Кодекс прийнято до набуття чинності Конституцією України, а тому ряд його положень

є такими, що нівелюють сутність конституційного права кожної особи на житло, не відповідають їй іншим конституційним засадам соціального, економічного розвитку Українського суспільства та держави, унеможливають вільне набуття кожним права приватної власності на житлові об'єкти відповідно до закону; положення преамбули Кодексу суперечать частинам першій, другій статті 15 Конституції України, згідно з якими суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності, жодна ідеологія не може визнаватися державою як обов'язкова, тож їх слід привести у відповідність до вимог Основного Закону України» [11].

Незважаючи на те, що КСУ за Конституцією не перебуває у системі правосуддя, наведений приклад може стосуватися і діяльності судів системи судоустрою, але в децю іншому аспекті і с формуванням іншого висновку: яка саме норма має бути застосована під час вирішення судової справи без встановлення природи її конституційності, а лише йдеться про правильний вибір суддею норми, коли їх декілька і сторони обґрунтовують власні аргументи по-своєму.

Наприклад, під час встановлення нормативної бази справи, за якою буде вирішуватися судовий спір (у позовному провадженні так званого «цивілістичного процесу»), суддя в аналогічному до цитованого рішення випадку повинен вирішити хронологічні колізії, встановити пріоритет між спеціальною нормою у загальному акті та загальною нормою у спеціальному законі. Йдеться про правило «*lex posterior derogat priori*» [8, с. 241], відоме ще з римського права, яке ґрунтується не на прямо виявленій волі законодавців (хоч відомі випадки законодавчого закріплення цього правила тлумачення і застосування нормативно-правових актів), а на логіці законодавця, яке хоч і складається із численних окремих нормативно-правових актів, утворює певну єдину систему. За наявності суперечності між нормативно-правовими актами одного й того ж ієрархічного рівня, прийнятими у різний час, перевага надається акту, прийнятому пізніше. Це право за своїм юридичним значенням поступається правилам про перевагу у правозастосуванні нормативно-правових актів вищої юридичної сили і про перевагу спеціальної правової норми [8, с. 241]. Спеціальна правова норма, встановлена раніше прийнятим нормативно-правовим актом, підлягає переважному застосуванню перед загальною правовою нормою, встановленою пізніше прийнятим нормативно-правовим актом того ж ієрархічного рівня [8, с. 254]. При цьому

складнощі у судовому правозастосуванні викликають хронологічні колізії у нормативно-правових актах, сфери застосування яких частково не збігаються. У такому випадку суддя має зважати на те, що колізії між текстуально закріпленими несумісними правовими нормами, які встановлені нормативно-правовими актами одного й того ж ієрархічного рівня, прийнятими у різний час, і сфери дії яких частково збігаються, вирішуються за правилами про перевагу правових норм, що встановлені пізніше прийнятим нормативно-правовим актом [8, с. 262].

Окремим питанням у дослідженні судової правотворчості є проблема її самостійного чи субсидіарного характеру під час судового правозастосування. Зокрема, якщо звернутися до напрацювань практики ЄСПЛ стосовно визначення принципу субсидіарності, то слід навести позицію секретаря-канцлера ЄСПЛ М. де Сальва: «Загальна гарантія прав і свобод заснована в Європі на розподілі компетенції між двома рівнями суверенітету: національного рівня, на якому здійснюється вихідний суверенітет держав, щоб об'єднують раду Європи та на наднаціональному рівні, у вигляді системи контролю, утвореного європейською Конвенцією, де укорінився суверенітет моралі і права» [17, с. 373; 4, с. 91]. У сфері захисту прав людини наднаціональний рівень не може бути автономним, оскільки він здійснює власні цілі лише у взаємодії із національним правозахисною системою, на яку він повинен спиратися, якщо має на меті досягнення ефективних гарантій прав і свобод, закріплених у Конвенції. У цій діалектичній взаємодії і полягає смисл принципу субсидіарності: система національного контролю є додатковою (субсидіарною) по відношенню до національної [4, с. 91]. А. І. Ковлер із цього приводу наголошує, що на державу покладається відповідальність за результат, а ось вибір засобів досягнення результату Конвенція віддає на розсуд держави [4, с. 91].

Адаптуючи наведену тезу судді ЄСПЛ у відставці, зауважимо, що саме на суд покладається функція, завдання та обов'язок вирішити спір і ухвалити законне, обґрунтоване рішення, що відповідатиме верховенству права. А ось методи, якими суд досягає цієї мети, можуть бути різними, однак такими, що охоплюються процесуальним і судоустрійним законодавством. Тобто саме ці акти виступають певними «рейками», в межах яких суд має здійснити судове правозастосування і може певним чином творити, якщо обставини конкретної справи вимагають застосування судової правотворчості (прогалини в праві і законі, застосування аналогії, наявність від-

носно визначених, так званих каучукових чи «еластичних» правових, норм).

Специфікація судової правотворчості детермінована системою ознак, що визначають її місце в загальній системі правотворчості. Насамперед судова правотворчість виступає додатковим результатом правосуддя, оскільки вона не є, по суті, самостійною формою судової діяльності і не може бути відокремлена від головної судової функції – здійснення правосуддя, а крім того, судова правотворчість реалізується в цій же процедурній формі. Судова правотворчість, яка є базовою функцією судової влади, тісно пов'язана зі здійсненням правосуддя. Відповідно, судова правотворчість відрізняється від правотворчості, здійснюваної законодавчим (представницьким) органом влади, вже в силу того, що правотворчість для законодавців (представників) є незалежною і основною функцією [1, с. 173].

Висновки

Проблема судової правотворчості в Україні та країнах континентальної системи права 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. Виключно у практичній площині правосуддя продовжує асоціюватися із правозастосовчою діяльністю, що полягає у вирішенні судами спорів про право на засадах і в рамках чинного законодавства. Превалює позиція про застосування судом абстрактних норм права, котрі містяться в законах і підзаконних актах, до конкретних ситуацій як предмета судового розгляду. Суд здійснює контроль за правильністю їх застосування іншими державними органами. Після судово-конституційної реформи щодо правосуддя 2016 року ВС відмовився від надання позапроцесуальних роз'яснень судам нижчого рівня: постанов Пленуму ВС; інформаційних листів про надання роз'яснень з окремих спірних питань, що виникають у судовій практиці, узагальнень судової практики. Окремі спірні питання з приводу правильного застосування процесуальних норм ВС намагається висловити у його постановях. У цілому комунікація ВС із юридичною спільнотою та громадянами у позапроцесуальний спосіб сьогодні побудована на оприлюдненнях дайджестів (підбірок) постанов ВП ВС і конкретних касаційних судів у складі ВС, а також дайджестів стосовно практики ЄСПЛ (позиції, переклад яких здійснюється ВС). Отже, нині результатами судової правотворчості в Україні є квазіпре-

цеденти, створені ВС, їх ще можна віднести до так званих переконливих прецедентів.

Судові рішення у певних випадках виступають результатом судової правотворчості. Однак не всі, а тільки ті, в яких простежується судовий активізм і творчий характер вирішення спору, і наслідки такого рішення загальнообов'язкові для суб'єктів права. Якщо говорити лаконічно, це судові рішення вищих судів, які у загальному розмінні скеровують судову практику у єдине русло.

Судова правотворчість може мати субсидіарний характер під час судового правозастосування, і це може бути продуктивним. За допомогою судової правотворчості суддя може коректно поєднувати різнопорядкові категорії: конституційні принципи і норми, законодавчо визначені правові норми, а також роз'яснення на різних підзаконно-нормативно-правових рівнях, зокрема, шляхом застосування такого прийому тлумачення, як «висновок від попереднього». Ключовим у цьому є, звичайно, дотримання меж судового розсуду і недопущення створення нової норми. Тобто має бути забезпечена функція правосуддя, а не уявлення судді про те, що насправді мав на увазі законодавець і в чому мала би полягати найбільш мудра позиція законодавця у минулому. Особливо небезпечним у цьому сенсі може бути тлумачення волі законодавця із перекручуванням історичного аспекту чи формування власних завдань для окремої сфери регулювання сфери відносин. Зокрема, таке може трапитися у разі необхідності застосування законодавчого акта, що дістався Україні у правонаступництво чи дещо морально застарілий, але є чинним. У таких випадках судова правотворчість в разі надмірного судового активізму може призвести до порушення меж судового розсуду, що може стати підставою як для оскарження, так і для відкриття дисциплінарного провадження щодо судді.

Список використаних джерел:

1. Валитов Д. В. Понятие и признаки судебного правотворчества. *Международный научный журнал «Символ науки»*. 2016. № 10-1. С. 172–174.
2. Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. Москва: Междунар. отношения, 2004. 344 с.
3. Гончаров В.В. Динамічне тлумачення юридичних норм. *Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України* / редкол.: П.М. Рабінович (голов. ред.) та ін. Серія І. Дослідження та реферати. Вип. 27. Львів: СПОЛОМ, 2013. 252 с.
4. Ковлер А. Сцилла и Харибда Европейского Суда: субсидиарность или правовой активизм.

Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 6.(79). С. 90–100.

5. Кузнецова Н.С. Эволюция взглядов на проблему судебной правотворчества у европейской континентально-правовой доктрины. *Право України.* 2016. № 10. С. 28–37.

6. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії. Київ : Праксіс, 2008. 344 с.

7. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебное право. Москва : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. 512 с.

8. Новітнє вчення про тлумачення правових актів : навчальний посібник з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку / В. Г. Ротань, І. Л. Самсін, А. Г. Ярема та ін. ; відп. ред., кер. авт. кол. В. Г. Ротань. Харків : Право, 2013. 752 с.

9. Попов О. В. Теоретико-правовые вопросы судебного правотворчества в РФ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Тольятти, 2004. 221 с.

10. 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. Стівба ; відп. ред. В. С. Бігун. Київ, 2009. 316 с.

11. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних

депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини другої статті 135 Житлового кодексу Української РСР від 20 грудня 2019 року № 12-р/2019. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/2951> (дата звернення: 05.07.2020).

12. Семьянов Е. В. Судебное правотворчество (вопросы общей теории права) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва, 2005. 193 с.

13. Стецик Н. В. Технологія судової правотворчості: загальнотеоретична характеристика : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів, 2011. 205 с.

14. Суд и государство / под ред. Л. В. Головкин, Б. Магъе. Москва: Статут, 2018. 272 с.

15. Чердиченко С. П. Судебное правотворчество: сравнительно-правовое исследование : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва, 2005. 203 с.

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

17. De Salvia M. Contrôle européen et principe de subsidiarité: faut-il encore (et toujours) йmarger a la *marge d'appréciation*? Protection des droits de l'homme: la perspective européenne: Mîlanges a la mîmoire de Rolv Ryssdal. Kîln, 1998. P. 373. Цит. по: Ковлер Анатолий. Сцилла и Харибда Европейского Суда: субсидиарность или правовой активизм. *Сравнительное конституционное обозрение.* 2010. № 6.(79). С. 90–100.

Olena Kopytova. Productivity of subsidiary nature of judicial legislation during judicial enforcement

The article is devoted to the study of general theoretical principles of the place and importance of judicial lawmaking as a subsidiary legal phenomenon of the courts after the judicial reform of 2016. It is substantiated that in the modern period justice continues to be associated exclusively with law enforcement activities. The prevailing position in the doctrine is that the court applies the abstract rules of law contained in laws and bylaws to specific situations as a subject of court proceedings. The court monitors the correctness of their application by other government agencies (as we have examined in previous sections). It was found that after the judicial and constitutional reform of justice in 2016, the Supreme Court refused to provide out-of-court explanations to lower courts: resolutions of the Plenum of the Supreme Court; information letters on the provision of explanations on certain controversial issues arising in judicial practice, generalizations of judicial practice. It is established that judicial lawmaking is associated with the disclosure not only of the content of the legal norm that should be applied to the disputed relationship. Judicial law-making is associated with finding sometimes the inner meaning of the norm: what exactly is the idea and will of the legislator was laid down during the adoption of this rule, whether they are observed in law enforcement. The Supreme Court tries to express certain controversial issues concerning the correct application of procedural norms in its rulings. It is concluded that in general the communication of the Supreme Court with the legal community and citizens in a non-procedural way is currently based on the publication of digests of decisions of the Supreme Court and specific courts of cassation within the Supreme Court, as well as digests of ECHR practice. It is substantiated that today the results of judicial lawmaking in Ukraine are quasi-precedents created by the Supreme Court, they can still be attributed to the so-called convincing precedents. Judicial decisions in certain cases are the result of judicial lawmaking. However, not all, but only those that show judicial activism and the creative nature of dispute resolution and the mandatory consequences of such a decision for the subjects of law. It has been proven that judicial lawmaking can be subsidiary in the course of judicial enforcement and it can be productive. With the help of judicial lawmaking, a judge can correctly combine different categories: constitutional principles and norms, legally defined legal norms, as well as explanations at various bylaws with respect to the limits of judicial discretion and prevent the creation of a new rule.

Key words: judicial law enforcement, justice, judicial lawmaking, legal conclusions, convincing precedent, judicial discretion, judicial activism.