

DOI <https://doi.org/10.51647/kelm.2022.5.31>

## WYBRANE ASPEKTY ZWIĄZKU MIĘDZY NIEPEWNOŚCIĄ PRAWNĄ A DYSKRECJĄ SĘDZIOWSKĄ

*Iryna Malekh*

*student Naukowo-Badawczego Instytutu Prawa Publicznego (Kijów, Ukraina)*

*ORCID ID: 0000-0002-6923-188X*

*imalekh@ukr.net*

**Adnotacja.** Celem artykułu naukowego jest analiza uprawnień sędziego według własnego uznania i skorelowanie ich z niepewnością prawną. W artykule przeanalizowano związek między niepewnością prawną a dyskrecją sędziowską. Udowodniono, że orzeczenie jako wynik postępowania w dowolnej kategorii spraw ma na celu osiągnięcie pewności prawnej w spornych stosunkach. Ustalono, że podmiotem koniecznego ograniczenia uprawnień uznaniowych jest państwo jako całość. W takich warunkach mówimy o całym kompleksie wydarzeń publicznych przyjętych w celu zorganizowania bytu społecznego w tym państwie. Przez uprawnienia rozumie się prawną zdolność państwa do właściwego uregulowania za pomocą instrumentów prawnych stosunków społecznych.

**Słowa kluczowe:** dyskrecja sędziowska, niepewność prawna, sędzia, sąd, postępowanie karne, przekonanie sędziowskie.

## CERTAIN ASPECTS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN LEGAL UNCERTAINTY AND JUDICIAL DISCRETION

*Iryna Malekh*

*Applicant of the Research Institute of Public Law (Kyiv, Ukraine)*

*ORCID ID: 0000-0002-6923-188X*

*imalekh@ukr.net*

**Abstract.** The purpose of the scientific article is to analyze the judge's discretionary powers and compare them with legal uncertainty. The article analyzes the relationship between legal uncertainty and judicial discretion. It has been proven that a court decision as a result of proceedings in any category of cases aims to achieve legal certainty in disputed relations. It was determined that the subject of the required limitation of discretionary powers is the state in general. Under such conditions, we are talking about the entire complex of public measures taken to organize social life in this state. Powers mean the legal ability of the state to properly regulate social relations with the help of legal instruments.

**Key words:** judicial discretion, legal uncertainty, judge, court, criminal proceedings, judicial conviction.

## ОКРЕМІ АСПЕКТИ СПІВВІДНОШЕННЯ МІЖ ЮРИДИЧНОЮ НЕВИЗНАЧЕНІСТЮ ТА СУДДІВСЬКИМ РОЗСУДОМ

*Ірина Малех*

*здобувач Науково-дослідного інституту публічного права (Київ, Україна)*

*ORCID ID: 0000-0002-6923-188X*

*imalekh@ukr.net*

**Анотація.** Мета наукової статті є аналіз повноважень судді на власний розсуд та співставлення їх з юридичною невизначеністю. У статті проаналізовано співвідношення між юридичною невизначеністю та суддівським розсудом. Доведено, що судові рішення як результат провадження у будь-якій категорії справ має на меті досягнення юридичної визначеності у спірних відносинах. Визначено, що суб'єктом потрібного обмеження дискреційних повноважень виступає держава загалом. За таких умов ідеться про весь комплекс публічних заходів, ужитих для організації суспільного буття в цій державі. Під повноваженнями розуміється правова можливість держави належно врегулювати за допомогою правових інструментів суспільні відносини.

**Ключові слова:** суддівський розсуд, юридична невизначеність, суддя, суд, кримінальне провадження, суддівське переконання.

**Вступ.** Судове рішення як результат провадження у будь-якій категорії справ має на меті досягнення юридичної визначеності у спірних відносинах. В свою чергу, неможливо уявити існування юридичної визначеності без правової доктрини «res judicata», що означає остаточність (незмінність) судового рішення. «res judicata», це скорочення від фрази «res judicata pro veritate habetur!» (лат.- судове рішення визнається за істину).

На сьогодні в суспільстві існує неоднозначна думка, що за результатами вирішення справи завжди є «ображена» сторона, сторона не на користь якої ухвалено рішення. А тому у діяльності судді завжди буде вільне місце для критики.

**Мета наукової статті** – аналіз повноважень судді на власний розсуд та співставлення їх з юридичною невизначеністю.

**Виклад основного матеріалу.** Насамперед першочерговим завданням національного суду, з огляду на негативне ставлення суспільстві до судової гілки влади, є поступове формування самими суддями рейтингу довіри суспільства до національних судів. Немає сенсу розповідати про позитивний ефект від зростання довіри суспільства до судової гілки влади, адже це очевидно. Є сенс зупинитися на важелях впливу, які мають самі судді для досягнення необхідного ефекту, а саме поваги з боку суспільства до себе (судді) та результатів своєї діяльності (судового рішення). Повага до судової гілки влади формується безпосередньо суддею: на стадії відкриття провадження – за рахунок забезпечення реалізації права особи на доступ до правосуддя; на стадії розгляду справи – у судовому засіданні, за рахунок послідовних та обґрунтованих дій судді; за наслідками вирішення справи по суті – за рахунок обґрунтованих висновків суду та мотивів покладених в основу судового рішення або вироку.

Ключовим тут буде принцип правової визначеності, який, власне, й формулює основні вимоги до правового закону. Загалом принцип правової визначеності означає чітке й однозначне розуміння правових норм, відсутність суперечностей між ними, неприпустимість законодавчих прогалин. Закон повинен мінімізувати наявність дискреційних повноважень в органів влади, оскільки це порушує верховенство права (Марчук, 2008: 38).

Визначаючи місце обмеження дискреційних повноважень серед вимог принципу верховенства права, необхідно, насамперед, з'ясувати зміст самого поняття «дискреційні повноваження». Словник іншомовних слів надає визначення терміна «дискреція» як «вирішення посадовою особою чи державним органом певного питання на власний розсуд» (Бибик, Сюта, 2006: 183). У цілому таке визначення відповідає широкому значенню цього терміна, проте воно є надто загальним та не відображає його правових аспектів. Адже буквально розуміння такого визначення слід назвати свавіллям посадової особи, а не повноваженнями в будь-якій формі. Відсутність щодо такого визначення певних поняттєвих рамок робить його нелогічним та неправовим.

Тлумачення поняття «дискреційна влада» (від лат. *discretion*, франц. *discretionnaire* – той, що залежить від власного розсуду) як надання вищим органам виконавчої влади, судам та іншим органам повноважень діяти на власний розсуд залежно від обставин як у рамках закону, так і поза ними (Сінельнік, 2009: 65).

Французький учений Г. Бребан вважає, що дискреційні повноваження, які означають свободу адміністрації оцінювати ситуації й ухвалювати щодо них рішення, надають адміністрації простір у здійсненні вибору між вільними рішеннями. Вона має право діяти або не діяти, а коли вона діє, то може вибирати один або кілька з можливих варіантів поведінки (Резанов, 2009: 483).

Варто зазначити, що за радянських часів поняття «дискреція» сприймалося по-іншому, бо воно базувалося на «концепції превалювання доцільності над законністю за умови надзвичайного стану чи особливих обставин, коли досягнення поставленої мети може бути здійснено будь-якими засобами» (Сінельнік, 2009: 65). Така позиція також видається не виправданою, насамперед, виходячи з вимог верховенства права та сучасних правових реалій. Таким чином, дискреційні повноваження можуть бути досить небезпечним інструментом управління. Чи так це з позиції суду? Спробуємо розібратися у семантичному та правовому сенсі.

Судовий розсуд не є абсолютним правом суду. Право суду на розсуд позитивно обмежується законом. Таке твердження можна зробити виходячи з положень частини 2 статті 19 Основного Закону, де органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Ухвалюючи рішення у будь-якій справі, національні суди повинні забезпечити кожній стороні процесу гарантії, що передбачені пунктом першим статті 6 ЄКПЛ. За рахунок якості судового рішення, яка досягається у спосіб реалізації встановлених вищевказаною нормою принципів, суддя зможе «заслужити» довгоочікуване визнання з боку суспільства. У наведеному контексті розуміємо, що стаття 6 ЄКПЛ гарантує кожній людині, при визначенні її громадянських прав та обов'язків або при висуненні проти неї будь-якого кримінального обвинувачення, право на справедливий і відкритий судовий розгляд. Практика ЄСПЛ містить широке визначення статті 6 ЄКПЛ, оскільки вона має важливе значення для забезпечення демократії.

У контексті загальних положень ми говоримо про доступ до правосуддя, як найголовнішу складову судового розсуду. Тут ми можемо згадувати закони, що обмежують доступ до правосуддя у деяких категоріях справ, обмеження суддівської винагороди, як складової незалежності судової гілки влади, обмеження фінансування апарату суду, наслідком чого стає відправлення працівників суду у відпустку за власний рахунок, що не впливає позитивно на доступ громадян до правосуддя і т. ін.

ЄСПЛ з урахуванням викладеного констатовано, що держава має пов'язувати застосування принципу «необхідності в демократичному суспільстві» з дією однієї зі спеціальних підстав про обмеження, перелічених у відповідній статті: 1) держава не може законно посилатися на загальну необхідність, для того щоб виправдати обмеження прав і свобод; 2) підстави для обмеження прав і свобод мають розглядатися вузько.

Судовий розсуд, який знаходить своє відображення у судових рішеннях базується на принципах європейського права, тому, що при вирішенні питання правомірності втручання держави у права особи національний суд перевіряє підстави втручання на «необхідність втручання у демократичному суспільстві». Застосовуючи

такий підхід до ухвалення та обґрунтування рішення національним судом забезпечується баланс інтересів суспільного та приватного.

Існування зв'язку між юридичною невизначеністю та дискреційним правом є моментом, які і породжують твердження юридичної невизначеності. І зміст вибору, і його обмеження відрізнятимуться залежно від ситуації, яка аналізується. У цій статті ми зробимо огляд судового розсуду та його зв'язку з правовою невизначеністю, що має подвійну мету: визначити цей зв'язок і визначити обсяг суддівського розсуду.

Реалістичний погляд стверджує, що закон можна тлумачити кількома різними способами завдяки множинності правових матеріалів. Цей підтверджує той факт, що судді та адвокати можуть приписувати та виправдовувати конкуруючі правові результати, використовуючи доступні їм правові матеріали. Який юридичний матеріал буде використано та як цей юридичний матеріал буде використано, залежатиме від вибору на основі критеріїв, які виходять виключно із закону. Іншими словами, при визначенні використання правових матеріалів судді користуються дискрецією. Для тих, хто реаліст - адвокати та судді мають таку свободу тлумачення досить часто, щоб внести в закон значний ступінь невизначеності. Реалістична позиція пояснює наявність розсуду (тобто можливості вибору) на основі різноманітності юридичних матеріалів. Здійснення дискреційних повноважень (тобто сам вибір) пояснюється складним набором неправових факторів.

Дві такі версії юридичною мовою трактують судовий розсуд подібним чином. Теза про подвійну невизначеність стверджує, що дискреційні права застосовуються як у тлумаченні *in abstracto*, так і в тлумаченні *in concreto*. Коли судді тлумачать *in abstracto*, їм потрібно вибрати серед різних норм, які можна віднести до формулювання норми, таким чином поклавши край двозначності, що впливає на формулювання норми, що не тлумачиться. Коли судді тлумачать *in concreto*, дискреційні повноваження застосовуються у альтернативному випадку, тобто коли невизначено, чи можна віднести конкретну справу до загального класу справ, які регулюються нормою.

Такі випадки ще раз підтверджують, що у випадках, які потрапляють у зону подвійного трактування правової норми, судді мають право вирішувати питання, якщо певна справа підпадає під основне значення формулювання норми, яке вони хочуть застосувати. Як стверджує Харт, коли виникає непередбачений випадок, ми стикаємося з поставленими на кону проблемами, а потім можемо вирішити питання, вибираючи між конкуруючими інтересами способом, який найкраще нас задовольняє.

З точки зору різниці між володінням і використанням дискреційних повноважень, відповідно до підходу природної мови, судді мають дискреційні повноваження через двозначність і нечіткість. Крім того, судді вирішують питання двозначності та нечіткості на власний розсуд.

Систематична невизначеність свідчить про те, що право на власний розсуд є результатом наявності інтерпретації Кодексу з більш ніж однією інтерпретаційною директивою та правилом *non-liquet*. Враховуючи, що загальні принципи покликані заповнювати прогалини у праві, у випадках, коли міжнародні звичаї та договори недостатньо ясно регулюють те чи інше правове питання, або коли вони перебувають у протиріччі. Заповнюючи «правовий вакуум», загальні принципи запобігають виникненню ситуації *non liquet* та відіграють значну роль у правосудді, дозволяючи судам розглядати більше справ та ухвалювати законні рішення.

Термін «*non-liquet*» можна перекласти як «це незрозуміло», і він відноситься до ситуації, в якій компетентний суд не приймає або утримується від вирішення справи через відсутність закону, який регулює це питання, або існуючий закон нечіткий. У законодавстві існує загальна заборона, яку можна виразити як правило, що забороняє суддям не розглядати справи. Ці правила впливають із загального принципу права, відомого як принцип повноти розслідування. Загалом, принцип повноти стверджує, що правові системи повинні забезпечувати вирішення кожної справи.

Принцип повноти може трактуватися у двох значеннях: широкому та вузькому. Під широким розуміється, що принцип повноти пов'язує як законодавчу, так і судову владу. Іншими словами, як законодавча, так і судова влада повинні забезпечувати вирішення кожної справи. Спосіб, за допомогою якого законодавці дотримуються суворого читання, це запровадження так званих правил «закриття». Прикладом правила закриття в кримінальному праві є правило *nullum poena sine lege*, яке можна сформулювати приблизно так: це забороняється карати діяння, не заборонені законом. Прикладом правила закриття в публічному праві є наступний: все, що не дозволено, заборонено. Ці приклади ілюструють той факт, що всі дії, які не були деонтично кваліфіковані законом певним чином, підпадають під ці правила закриття, і, таким чином, є деонтично кваліфікованими загальним чином. Іншими словами, правила закриття надають судді необхідні вказівки для визначення вирішення справ, які охоплюють дії, які не кваліфікуються конкретно законом.

У вузькому розумінні - принцип повноти наказує суддям вирішувати кожну справу, навіть якщо немає норм, які регулюють ці справи, тобто зобов'язує лише судову владу. Наприклад, стаття 4 Цивільного кодексу Франції передбачає, що «суддя, який відмовляється винести рішення під приводом того, що законодавство є мовчазним, неясним або недостатнім, може бути притягнутий до відповідальності за відмову у правосудді». Інший приклад норми *non-liquet* можна знайти в статті 76, пункт 2 Конституції Чилі, який передбачає, що «після втручання подано в юридичній формі та з питань, що належать до компетенції судів, не можуть звільнитися від здійснення своїх влади, навіть за відсутності закону для вирішення спору чи питання, переданого на їхнє вирішення».

Для вирішення справи судді юридично зобов'язані вибрати інтерпретаційну директиву, на основі якої вони обґрунтовуватимуть тлумачення формулювання норми, яка регулюватиме справу. Оскільки правило *non-liquet* передбачає зобов'язання приймати рішення *tout court*, це рішення стосується вибору

з інтерпретаційних директив. Крім того, це рішення має бути прийнято, навіть якщо інтерпретаційний кодекс не містить правових норм, які керують використанням та/або встановлюють ієрархію між інтерпретаційними директивами.

Системна невизначеність визначає, що судді мають право на власний розсуд через безліч тлумачних директив. Ми вважаємо, що судді мають право на власний розсуд через правило «non-liquet». Таким чином, якщо судді мають дискреційні повноваження, вони за законом зобов'язані ним користуватися. Хоча незрозуміло, чи передбачає наявність дискреційних повноважень її використання як у реалістичному розумінні, так і в контексті природної мови, зрозуміло, що наявність дискреційних повноважень передбачає використання такого дискреційного права системної невизначеності.

Поняття свободи дій, яке використовується в усіх аспектах правової невизначеності можна розглядати як вибір. Зміст вибору дещо відрізнятиметься від однієї версії до іншої. Як у реалістичному підході, так і в підході до системної невизначеності вибір залежить від правових матеріалів, які слід використовувати та тлумачити. Однак, з огляду на природну мову, обидві версії, здається, поділяють те, що зміст вибору в кінцевому підсумку пов'язаний із вирішенням «питання значення» формулювання норми, яке є або неоднозначним або розпливчастим.

Розбіжність щодо повноважень на власний розсуд полягає в тому, що можна визначити проблему щодо обсягу повноважень на розсуд. У граничних випадках буде доступна дискреція щодо правового тлумачення. Реалістичний, систематичний і природний підхід допомагають визначити, на якому етапі процесу винесення рішення судді матимуть право на власний розсуд. Крім того, поєднання цих різних причин невизначеності показує, що це явище присутнє в усіх судових справах.

На сьогодні Європейський суд з прав людини активно застосовує концепцію обмеження компетенції та дискреційних повноважень до певної держави в цілому, не конкретизуючи, який орган цієї держави і в який спосіб зловживав своїми повноваженнями або не вживав необхідних заходів. Найчастіше таке застосування Судом здійснюється в світлі принципу пропорційності обмеження прав людини меті такого обмеження. Зокрема, Д. Гом'єн зазначає, що «Комісія та Суд, контролюючи здійснення державою дискреційних повноважень щодо обмеження гарантованих Конвенцією прав і свобод, вивчають, у першу чергу, законність подібних дій у світлі зазначених критеріїв» (Гом'єн, 1998: 58).

Таким чином, суб'єктом потрібного обмеження дискреційних повноважень виступає держава загалом. За таких умов ідеться про весь комплекс публічних заходів, ужитих для організації суспільного буття в цій державі. Під повноваженнями розуміється правова можливість держави належно врегулювати за допомогою правових інструментів суспільні відносини.

#### Список використаних джерел:

1. Бибик С.П., Сютя Г.М. Словник іншомовних слів. Х.: Консум, 2006. 380 с.
2. Гом'єн Д. Короткий путівник по Європейській конвенції з прав людини. Пер. Т. Іваненко, О. Павличенка. Львів: Кальварія, 1998. 173 с.
3. Марчук Р., Савчин М. Принцип правової визначеності у діяльності Конституційного Суду України. *Вибори та демократія*. 2008. № 4 (18). С. 35–42.
4. Резанов С.А. Використання дискреційних повноважень в діяльності органів державного управління. *Форум права*. 2009. № 1. С. 480–483.
5. Сінельник Р.В. Дискреційні повноваження президента України в контексті проведення конституційної реформи. *Вісник Запорізького національного університету*. 2009. № 1. С. 62–68.

#### References:

1. Vybyk, S.P., Siuta, H.M. (2006). Slovyk inshomovnykh sliv [Dictionary of foreign words]. Kh.: Konsum, 380 p. [in Ukrainian].
2. Homien, D. (1998). Korotkyi putivnyk po Yevropeiskii konventsii z prav liudyny [Short guide to the European Convention on Human Rights]. Per. T. Ivanenko, O. Pavlychenka. Lviv: Kalvariia, 173 p. [in Ukrainian].
3. Marchuk, R., Savchyn, M. (2008). Prynysyp pravovoi vyznachenosti u diialnosti Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [The principle of legal certainty in the activity of the Constitutional Court of Ukraine]. *Vybory ta demokratiia*, № 4 (18). pp. 35–42. [in Ukrainian].
4. Rezanov, S.A. (2009). Vykorystannia dyskretyiinykh povnovazhen v diialnosti orhaniv derzhavnoho upravlinnia [The use of discretionary powers in the activities of state administration bodies]. *Forum prava*, № 1. pp. 480–483. [in Ukrainian].
5. Sinielnik, R.V. (2009). Dyskretyiini povnovazhennia prezydenta Ukrainy v konteksti provedennia konstytutsiinoi reformy [Discretionary powers of the President of Ukraine in the context of constitutional reform]. *Visnyk Zaporizkoho natsionalnoho universytetu*. № 1. pp. 62–68. [in Ukrainian].