О.В. ГЕСЕЛЕВ

ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ ПРАВОРОЗУМІННЯ ТА РОЗСУДУ ПРАВОЗАСТОСУВАЧА ПРИ ОБҐРУНТУВАННІ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ РІШЕНЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ. ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Анализируются вопросы взаимозависимости между пониманием или восприятием права как социального явления и усмотрением правоприменителя. Исследуется влияние правопонимания, как процесса выделения приоритетных аспектов права, на усмотрение во время выбора нормы права для разрешения конкретной ситуации. Использование дискреционных полномочий в уголовном процессе рассматривается как такое, что основывается на определенном типе понимания права, его сущности и определяющих признаков. Осознание множественности разнообразных проявлений феномена права, понимания того, что рядом с официально признанным существуют и другие нормативные порядки, обуславливает возможность применения для решения правовых коллизий не только норм, предусмотренных в законодательных актах, а и норм, принадлежащих к альтернативным официально господствующим правовым системам.

Ключевые слова: *взаимодействие правоприменения и усмотрения правоприменителя, обоснование процессуальных решений, разрешение правовых коллизий, восприятие права как социального явления, правовая реальность, приоритетные аспекты права, проблемы усмотрения и применение дискреции во время юридической практики, множественность проявлений феномена права, альтернативные нормативные порядки.*

In the article from conceptual positions are analysed the questions of interdependence between understanding or perception of law as the social phenomenon and by discretion of law applier. Research influence of understanding of law, as to the process of selection of pri-

---

© *ГЕСЕЛЕВ Олексій Валерійович* – завідувач кафедри Інституту підвищення кваліфікації кадрів Національної Академії прокуратури України, старший радник юстиції

ority aspects of law, on discretion during the choice of norm of law for the decision of concrete situation. The use of discretionary plenary powers in a criminal process is examined as such, which is based on the certain type of understanding of law, his essence and determining signs. Awareness of multiplicity of various displays to the phenomenon of law, understanding of that next to officially acknowledged, existence other normative orders, stipulates possibility of application for the decision of legal collisions of not only norms, certain in legislative acts but also norms, which belong to alternative the officially dominating legal systems.

Key words: *co-operation of understanding of law and discretion of law applier, ground of judicial decisions, decision of legal collisions, perception of right, as social phenomenon, legal reality, priority aspects of law, problem of discretion and application of discretion, during legal practice, multiplicity of displays of the phenomenon of law, alternative normative orders.*

Розсуд визначається як усвідомлена суб'єктом правових відносин можливість вибору найбільш оптимального, пріоритетного варіанту правомірної поведінки, що виходить з аналізу правового припису та конкретних життєвих обставин (у т.ч. мети, інтересу, що підлягає задоволенню, тощо). У той же час розсуд, крім врахування змісту правових норм та конкретних обставин їх застосування, безпосередньо залежить, ще й від третього основного, як на нашу думку, фундаментального критерію. Це – внутрішня правова установка на цілісне сприйняття права як явища, його сутності та визначальних ознак. Від такого певного сприйняття та розуміння права залежить вибір правової норми та відповідного їй рішення або варіанту поведінки. Розсуду як процесу вибору оптимальної поведінки чи оптимального рішення, що використовується у ситуації, яка потребує правового регулювання, передує вибір певного аспекту існування права (правової реальності) та відповідної цьому аспекту правової форми. Розсуд у такому випадку залежить від об'єктивних чинників – культурно-історичних традицій, цивілізаційних характеристик права як багатогранного феномену, які впливають на домінуюче сприйняття та розуміння права суб'єктами суспільних відносин, а відтак, на вибір тієї форми для вирішення казусу, спору, справи, що найбільш відповідає пануючому у суспільстві традиційному розумінню права.

З одного боку, історичні та культурні традиції обумовлюють існування у певному соціумі тих чи інших пріоритетних сторін права. З іншого – у будь-якому соціумі, у будь-якій культурі поряд з домінуючими існують інші, альтернативні аспекти права, які знаходять своє об'єктивоване, зовнішнє вираження у різних нормативних порядках та формах. Тому право як об'єктивно багатогранне, багатоаспектне явище у кожному суспільстві існує у вигляді не однієї, а декількох нормативних форм. Як наслідок, мова може йти лише про визнання (легітимацію) їх альтернативного, одночасно з пануючими формами, існування.

Внутрішня установка на певне сприйняття й розуміння права, надання переваги тим чи іншим його аспектам та відповідним їм об'єктивованим формам, визначає й найбільш оптимальний та прийнятний для суб'єкта чи групи суб'єктів – учасників суспільних відносин – вибір правової норми та відповідного їй варіанту правомірної поведінки задля досягнення своєї мети у конкретній ситуації, що вимагає правового регулювання.

Результатом дії розсуду правозастосовувача, як усвідомленої можливості вибору певних варіантів поведінки щодо вирішення правової колізії, є вибір правової норми, на підставі якої буде вирішена ця колізія. Відповідно вибір правової норми грунтується на виборі чи наданні переваги, пріоритетного значення певно-

му аспекту існування права, правової реальності, до якої ця норма належить. Подібний вибір, у свою чергу безпосередньо залежить від типу праворозуміння, або розуміння тієї сутності та тих визначальних ознак права як явища, які є домінуючими для суб'єкта правових відносин, а також мають домінуючий характер для певної соціальної групи чи в цілому для соціуму, до яких він належить.

Однак головною, на перший погляд навіть парадоксальною особливістю тут є те, що під час практичної правозастосовної діяльності для вирішення правових колізій перевага не завжди надається нормам, що належать до офіційно домінуючої у суспільстві нормативно-правової системи. Тобто у реальності мова не йде про виключне застосування норм, визначених у законодавчих актах, (характерних до систем т.з. романо-германського права), дуже часто застосовуються норми, що належать до альтернативних пануючим правовим системам. Концептуальною основою цього є розуміння того, що поряд з офіційно визнаним, існують й інші нормативні порядки, усвідомлення їхньої множинності, яка є наслідком множинності проявів феномену права.

У літературі досить широко представлена тема з різних питань розуміння права, різноманітних методологічних підходів до пізнання права, поглядів на онтологічні підстави його існування. Значна увага приділялась вказаним питанням у роботах відомих радянських правознавців: С.С. Алексєєва, М.І. Байтіна, С.П. Братуся, В.Д. Зорькіна, В.П. Казимирчука, Д.А. Керимова, В.М. Кудрявцева, Г.В. Мальцева, Л.С. Мамута, М.М. Марченка, В.С. Нерсесянца, М.С. Строговича, В.А. Туманова, Л.С. Явича та ін. У даному напрямку продовжують свої дослідження і деякі сучасні російські та українські теоретики і філософи права, зокрема: О.В. Аверін, І.Ю. Козліхін, А.В. Медведєв, П.А. Оль, А.В. Поляков, І.Л. Честнов, Р.А. Ромашов, С.І. Максимов, П.М. Рабінович, та інші. У роботах названих авторів було сформовано основні типи праворозуміння, зокрема: нормативний, природно-правовий, соціологічний, та з урахуванням сучасної ситуації постмодерну – діалогічний і комунікативний.

Разом з тим, наявні дослідження фактично не відображають складної проблематики взаємозв'язку і взаємозалежності між розумінням й сприйняттям права як соціального явища та розсудом правозастосовувача. Відсутній аналіз впливу праворозуміння, як процесу виділення пріоритетних аспектів права та правової реальності, на розсуд під час вибору норми права для вирішення певної юридичної ситуації, обгрунтування та прийняття рішень під час правозастосовної діяльності. Дослідженню саме цих питань і присвячено дану статтю.

Слід зазначити, що осмислення проблеми процесуального розсуду проводиться, головним чином, у межах вузького нормативістського розуміння права. Разом з тим, плюралістичне, багатовимірне розуміння феномену права дозволяє підійти до проблеми розсуду та застосування дискреції під час юридичної практики з точки зору існування багатьох аспектів права, існування правової реальності як цілісного соціального явища. Саме правозастосування з жорсткою необхідністю актуалізує відхід від суто нормативістського уявлення про право, обумовляє більш широкий погляд на право та правові норми.

Як зазначає Р. Давид, підхід до норми права у країнах романо-германської правової сім'ї, де вона розуміється у законодавчому та доктринальному аспектах, докорінно відрізняється від підходу у країнах загального права, де норма розглядається в аспекті судової практики[1]. Норма романо-германського права для юриста правової системи загального права вбачається скоріш не нормою, а певним за-

гальним принципом, який не може бути безпосередньо застосований для вирішення конкретної справи. Такий принцип обов'язково повинен бути адаптований, конкретизований судом, і тільки після цього він набуває риси справжньої норми права.

У той же час представники класичної школи природного права не визнають процесуального судового розсуду, притримуючись традиційної думки про те, що суддя не винаходить і не створює нові правові норми, а розкриває чи виявляє вже існуючі. Судді, на їх думку, лише декларують природно-правові норми, будучи не творцями а оракулами права. Таким чином вони розподіляли поняття «право» та «судовий прецедент»[2].

Прихильники позитивістського напрямку займають протилежну позицію щодо проблеми використання дискреції під час правозастосовної діяльності. Вони можуть визнавати факт судової нормотворчості (судового права), тобто права судів як державних органів творити, створювати право. Однак цей висновок витікає з основної ідеї позитивізма про похідність права від держави. У такому випадку нормотворчість судів визнається на тій підставі, що суди – це є органи державної влади.

Разом з тим, якщо прихильники аналітичного позитивізму розглядають судовий прецедент як одну з форм існування права, як одне з джерел права, що дає суду можливість фактично творити право[3], то представники соціологічного напрямку намагаються все право звести до прецедентного[4], наполягає на особливій ролі суду, аж до зведення всього права до того, що створюють судді. На думку прибічників соціологічного розуміння права судді при обгрунтуванні та ухваленні судового рішення не просто застосовують вже існуюче право, але також створюють й нове право.

Вважаємо, що названа теза є актуальною, такою, що має реальне підгрунття для існування, враховуючи, з одного боку, плюралістичний характер реальності буття права, різних його проявів, а з іншого, існуючу у юридичній практиці нормотворчу діяльність правозастосовних органів, перш за все, судів у випадках нагальної необхідності заповнення прогалин статутного права, необхідності оперативного визначення нових стандартів та норм з метою правового регулювання фактів, що потребують цього.

В якості причин, що викликають необхідність застосування судової дискреції у системі законодавчого або т. з. писаного права, можна виділити: невизначеність загальних положень та правових принципів, що відображаються у законодавчих актах; наявність суперечностей у нормах чинного законодавства; альтернативний характер норми закону, у якій закріплено право вибору того чи іншого рішення. Розсуд використовується й тоді, коли формулювання норми права (закону) неясні, нечіткі. Як наслідок, суду (правозастосувачу) нічого не залишається як самому, на власний розсуд тлумачити дану норму.

Однак, ситуація необхідності застосування розсуду виникає, на нашу думку, не тільки у разі неясності чи суперечності формулювань чинних норм статутного права. Розсуд використовується правозастосувачем й тоді, коли подібні норми права взагалі відсутні, незважаючи на існуючу необхідність правового регулювання тих чи інших фактів. У таких випадках суд не тлумачить, а фактично формулює чи створює нове правило, нову норму, яка в подальшому застосовується для вирішення схожих, однотипних ситуацій. Загальновідомо, що з цією метою, для усунення прогалин законодавства судом застосовується розсуд за принципом

т. з. «аналогії права». У той же час вказана «аналогія права» насправді фактично зводиться до «вибору права» та грунтується, насамперед, на різних методологічних підходах та світоглядних установках щодо розуміння права, його сутності та конститутивних ознак.

Так, А. Барак достатньо обгрунтовано доводив, що судовий розсуд означає, передусім, створення права суддею. Це має місце при тлумаченні статута, це має місце при тлумаченні норми прецедентного права. Однак це має місце і при здійсненні судового розсуду й за відсутності будь-якої норми. У всіх цих випадках суддя створює нову норму, створює нове право, будучи обмеженим наданими йому межами судового розсуду[5].

Соціологічне розуміння права передбачає, зокрема, реальність, практичну актуальність та повноцінність існування прецедентного права, у т.ч. у юрисдикціях, де за традицією визнавався пріоритет закону як єдиного джерела права. Правотворче значення діяльності суду, незважаючи на панування вузько нормативістського розуміння права, визнавалось раніше і окремими правознавцями.

Зокрема, судову правотворчість у процесі правозастосування цілком визнає і теоретично обгрунтовує Л.С. Явич, відмічаючи, що сприйняття суду як єдиного державного органу, що відправляє правосуддя, ніяк не означає обов'язкове обмеження його діяльності лише застосуванням законів. Автором фактичне надається формула легітимізації відповідних рішень суду: «Коли ж виявляються прогалини у законодавчому регулюванні яких-небудь відносин, то у цьому випадку тривале й масштабне, одноманітне їх заповнення судом вже у чистому вигляді формує нову юридичну норму»[6].

Діяльність правозастосувача у даному випадку зводиться до пошуку норми, необхідної для врегулювання конкретного факту. Подібний «пошук норми» треба розуміти у широкому сенсі – не тільки як вибір вже існуючих, схожих норм, а й створення на їх підставі, а також несанкціонованих законом звичаїв, нових норм, що застосовуються для прийняття рішень у всіх аналогічних випадках.

Вкрай важливою з точки зору існуючої правозастосовної практики та теоретично обгрунтованою є думка Р.З. Лівшиця про те, що судова практика у самих різноманітних своїх проявах стає джерелом права. Автор дійшов висновку, що «з теоретичних позицій закон перестав бути єдиним вираженням і втіленням права. І, відповідно, не тільки законодавство може розглядатися в якості джерела права. Якщо судова практика почала відбивати й реалізовувати гуманістичні, справедливі, дійсно правові засади, то відпали теоретичні передумови для невизнання її джерелом права»[7].

Сам факт наявності нормотворчих функцій суду, не суперечить одночасному існуванню й законодавчих актів, як до речі й інших форм права, оскільки їх існування має об'єктивний характер і обумовлено потребами практики суспільних відносин, яка знаходиться у постійному розвитку й русі, а відтак потребує динамічного існування та взаємодії різних втілень та проявів правової реальності.

Право у своїй онтологічній реальності характеризується одночасним реальним існуванням різних, альтернативних нормативних порядків (правових систем), які при цьому часто існують тільки за фактом, без офіційного визнання, тобто не визначаються нормами законодавства. На підтримку вказаної тези свідчить усвідомлення фактично існуючої, реальної суспільної практики та звичаїв, що формуються в результаті цієї практики, які вирішують досить важливі й актуальні питання соціального регулювання, зв'язані з улагоджуванням конфліктів,

вирішенням спірних ситуацій, тощо. Об'єктивний характер їх виникнення та існування обумовлюється, насамперед, необхідністю правового регулювання певних життєвих обставин щодо яких відсутні законодавчі норми. Вони представляють ніщо інше як прояв звичаєвого права, що існує у будь-якій правовій системі, у взаємному зв'язку й взаємно доповнюючи формалізоване право. Поряд з ними діють і відповідні рішення суду та інших правозастосовних органів, які створюють нормативну практику в основі якої знаходиться судовий і, у більш широкому контексті, процесуальний прецедент, що вводить нові правила у реальні правові відносини, ще до того як вони могли б бути передбачені нормами спеціального законодавства.

Актуалізація певних аспектів буття права, залежно від типу праворозуміння, безпосередньо впливає на розсуд правозастосовувача при виборі правової норми для вирішення ситуації, що потребує правового регулювання. Вказані ситуації постійно виникають під час будь-якої соціальної, у т.ч. кримінально-процесуальної практики. Остання, навіть маючи публічний характер, так чи інакше, подібно до інших, відображає певну сторону суспільного життя соціуму, що існує у постійному русі й динаміці, створює нові соціальні форми та стосунки, за якими не встигає чинне законодавство, яке пов'язано з тривалою громіздкою процедурою встановлення відповідних норм. За вказаних обставин, для правозастосувача об'єктивно наступає ситуація правового вибору, тобто вибору найбільш прийнятних аспектів існування права з загального цілого правової реальності та відповідаючих ним правових норм для вирішення фактів, що мають суспільно важливе, пріоритетне, по суті правове значення.

Подібне визнання сформованих вказаним чином норм, може відбуватись ще до їх офіційного визнання з боку державних органів. Воно відбувається альтернативним шляхом, у вигляді згоди всіх учасників правових відносин на існування таких правил та їх реальне систематичне застосування на практиці. У кримінальному процесі, як, до речі й в інших галузях права, подібні правила, або альтернативні норми існують у формі судових, або у більш широкому розумінні, процесуальних прецендентів. Останні стосуються основних, ключових рішень, що приймаються під час провадження у справах. Нормативний тип розуміння права доповнюється у такому випадку соціологічним та природно-правовим його розумінням, що сприяє ефективному правовому регулюванню та гарантує дотримання принципу верховенства права, забезпечення прав і свобод учасників процесу.

Як вбачається із проведеного аналізу, використання дискреційних повноважень під час правозастосовної діяльності грунтується на певному типі розуміння права, його сутності та визначальних ознак. Можна погодитись з тим, що формування нової правової реальності у системах романо-германського права відбувається, головним чином, у контексті існуючих законів. Проте, у будь-якому випадку це не заперечує і не відміняє реальне об'єктивне існування у будь-якій правовій сім'ї інших, альтернативних аспектів права, та, незалежно від пануючого та офіційно визнаного, альтернативних його розумінь, що відображають подібне існування. Мова йде про нові правові норми, сформовані в інші, ніж традийційні та офіційно передбачені, способи і процедури, грунтуючись на іншому, альтернативному розумінні права. Актуальною у сучасних умовах залишається думка Б.Леоні про те, що «…закон – це дещо, що необхідно відкрити, але не ввести в дію, і що у суспільстві немає нікого настільки могутнього, щоб він зміг ототожнювати свою волю із законом всієї країни»[8].

1. *Давид Р.* Основные правовые системы современности. – М., 1967. – С. 122. **2**. *Богдановская И.Ю.* Судебный прецедент – источник права? // Государство и право. – 2002. – № 12. – С. 6. **3.** *Марченко М.Н.* Основные источники англо-саксонского права: понятие, прецедент // Вести. Моск. ун-та. Сер.11. Право. – 1999. – № 4. – С. 29. **4**. *Богдановская И.Ю.* Цит. работа. – С. 6. **5.** *Черданцев А.Ф., Русинов Р.К.* Критика современных буржуазных государственно-правовых теорий. – Свердловск, 1977. – С. 37. **6**. *Барак А.* Судейское усмотрение. – М., 1999. – С.145–147. **7**. *Явич Л. С.* Сущность права. – Л., 1985. – С. 140. **8**. *Братусь С. Н., Венгеров А. Б.* Понятие, содержание и форма судебной практика. – М., 1975. – С. 32. **9.** *Лившиц Р.З.* Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права. – М., 1997. – С. 5. **10.** *Леони Б.* Свобода и закон. – М., 2008. – С. 23. **11**. *Леони Б.* Цит. работа. – С. 25.