

МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ

ДНІПРОПЕТРОВСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ  
ВНУТРІШНІХ СПРАВ

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

Кваліфікаційна наукова  
праця на правах рукопису

**МАЛЕХ ІРИНА БОГДАНІВНА**

УДК 343.150.1(477)

**ДИСЕРТАЦІЯ**

**ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ**

12.00.09 - кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза;  
оперативно-розшукова діяльність

Подається на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук (доктора філософії)

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

\_\_\_\_\_ І.Б.Малех

Науковий керівник Власова Ганна Петрівна

доктор юридичних наук, професор

заслужений діяч науки і техніки України

Київ–2022

**АНОТАЦІЯ**

*Малех І.Б.* Теоретичні та практичні аспекти суддівського розсуду. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність. – Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ, Науково-дослідний інститут публічного права, Дніпро, Київ, 2022.

Дисертацію присвячено дослідженню теоретичних і практичних аспектів суддівського розсуду. Висвітлено стан наукових досліджень та генезу з питань суддівського розсуду.

Витоки у дослідженні цього інституту кримінального провадження знайшли свій прояв ще у Стародавньому Римі, де третейські арбітри здійснювали правосуддя у побутових спорах. Звернено увагу на те, що, на відміну від присяжних суддів, третейські судді вирішували спори, опираючись на власний розсуд.

Доведено, що суддівський розсуд у кримінальних справах широко використовувався у період Запорізької Січі. Так, суддями у той час була вся військова старшина (кошовий отаман, писар, військовий осавул, довбиш, паланковий полковник, іноді й самі козаки). Види покарань були різноманітними, у багатьох випадках – страта, і визначалися вищевказаними особами на власний розсуд.

Розглянуто поняття суддівського розсуду. Представлено власну дефініцію «суддівський розсуд», під яким запропоновано розуміти нормативно закріплену інтелектуально-вольову діяльність судді, суду, яка є правозастосовною і полягає у виборі і прийнятті найбільш оптимального і правильного правового рішення з тих чи інших питань, здійснюється у процесуальній формі та визначених кримінальним процесуальним законодавством межах.

З'ясовано співвідношення засад кримінального процесу і суддівського розсуду. Обґрунтовано позицію, що здійснення суддівського розсуду не

суперечить жодній із засад кримінального провадження, в тому числі, засаді законності. У кримінальному процесуальному праві наявні норми, які не є чітко визначеними і потребують спеціального підходу при вирішенні правових питань. Саме тому законодавець наділяє додатковими повноваженнями суддів для того, аби повно та ефективно розглянути матеріали кримінальних проваджень з метою притягнення винних осіб до відповідальності.

Проаналізовано види суддівського розсуду та їх межі. Зазначено, що законодавче визначення меж суддівського розсуду відсутнє. У правовій доктрині ця дефініція не є достатньо дослідженою. У зв'язку з цим, дано авторське визначення меж суддівського розсуду, під яким потрібно розуміти встановлені законодавством рамки інтелектуально-вольової поведінки судді, суду, за які він не може виходити при вирішенні питань у кримінальному провадженні.

Представлено авторську класифікацію суддівського розсуду за такими критеріями: 1) в залежності від сфери функціонування: приватно-правові; публічно-правові; 2) залежності від поділу норм права, що регулюють зміст правовідносин: матеріально-правові; процесуальні; 3) в залежності від суддівської стратегії, у рамках яких реалізується мірою суддівський розсуд: стримування; нейтральність; активність або ініціативність; 4) в залежності від форми (джерела) їх прояву: зовнішні (відображені в праві); внутрішні (відображені в моральності, релігії, культурі тощо); 5) залежності від стадій або етапів кримінального процесу (в даному випадку, у зв'язку з досліджуваною темою): на досудовому розслідуванні; при здійсненні судового розгляду; при винесенні вироку; у апеляційному та касаційному провадженнях; 6) за способом обґрунтування: інтуїтивні рішення; рішення, які ґрунтуються на судженнях; раціональні рішення; 7) за способом прийняття: одноособові рішення; колегіальні рішення.

Охарактеризовано прояв суддівського розсуду на різних стадіях кримінального процесу. Здійснено класифікацію повноважень слідчого судді,

у яких реалізується суддівський розсуд: 1) розгляд відводів; 2) вирішення питання щодо долі речових доказів; 3) визначення процесуальних строків, зокрема, встановлення строку ознайомлення з матеріалами кримінального провадження тощо. Що стосується апеляційного провадження, то слідчий суддя тут також наділений певними повноваженнями: вирішує питання щодо використання ознак кримінального правопорушення, яке встановлене в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Розглянуто окрему думку судді як впливовий фактор щодо суддівського розсуду. На основі проведеного анкетування практичних працівників та аналізу судово-слідчої практики зроблено висновок про практичну необхідність законодавчого закріплення окремої думки судді як окремого процесуального документу у кримінальному провадженні. У зв'язку з цим, запропоновано доповнити ст. 3 КПК України п. 13-1 такого змісту: Окрема думка судді – це процесуальний документ, у якому суддя викладає свою позицію щодо обставин кримінального провадження, наводить мотиви та обґрунтування цієї позиції. Окрема думка судді приєднується до всіх матеріалів кримінального провадження та має бути доступною для ознайомлення».

Висвітлено правові та моральні засади суддівського розсуду як фактор відповідальності суддів. Надано ґрунтовну оцінку поняттю суддівського розсуду у міжнародних стандартах та принципи та правила, пов'язані із його застосуванням. Розглянуто суддівський розсуд у законодавстві країн Європейського Союзу.

Досліджено можливість вдосконалення законодавства України в питаннях суддівського розсуду з урахуванням практики ЄСПЛ. На основі цього запропоновано рекомендації щодо використання прецедентної практики ЄСПЛ у кримінальному провадженні в контексті реалізації суддівського розсуду:

1) право судовий захист не є абсолютним, воно у деяких випадках може бути обмежене, особливо щодо умов прийнятності скарги на рішення. Проте

обмеження цього права не може звужувати реалізацію цього права у такий спосіб або до такої міри, щоб сама суть права було порушено (рішення ЄСПЛ у справах «Мушта проти України», заява № 8863/06, п. 37; «Kreuz v. Poland», заява № 28249/95, п. 53; «Golder v. the United Kingdom», заява № 4451/70, п. 38, «Stanev v. Bulgaria», заява № 36760/06, п.п. 229-230);

2) обов'язково повинно бути дотримане правило щодо застосування процесуальних повноважень вищими судовими інстанціями щодо прогнозованості дій учасників справи (рішення у справах «Мушта проти України», заява № 8863/06, п. 41, «Мельник проти України», заява № 23436/03, п. 26);

3) суддівський розсуд судів вищої ланки повинен полягати у виправленні суддівських помилок, а не винесенні зовсім іншого кардинально нового рішення («Науменко проти України» (заява № 41984/98, п. 53), «Пономарьов проти України» (заява № 3236/03, п. 40);

4) суддівський розсуд у касаційному провадженні повинен здійснюватися з метою врегулювання розбіжностей судової практики судів різних інстанцій («Zielinski and Pradal & Gonzalez and others v. France», заяви № 24846/94 та 34165/96 до 34173/96, п. 59);

5) можливі випадки, коли різні суди у однакових справах виносять різні судові рішення; це не порушує норми міжнародного права (рішення у справі «Stoilkovska v. the former Yugoslav Republic of Macedonia», заява № 29784/07, п. 46).

**Ключові слова:** суддівський розсуд, кримінальне провадження, кримінальний процес, суддівське переконання, суддя, слідчий суддя, межі судового розгляду, окрема думка судді, судовий розгляд.

## SUMMARY

*Malekh I.B.* Theoretical and practical aspects of judicial discretion. – Qualifying scientific work on the rights of the manuscript.

The dissertation on competition of a scientific degree of the candidate of legal sciences on a specialty 12.00.09 - criminal process and criminology; forensic examination; operational and investigative activities. - Research Institute of Public Law, Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs. – Kyiv, Dnipro, 2022.

The dissertation is devoted to the study of theoretical and practical aspects of judicial discretion. The state of scientific research and the genesis of issues of judicial discretion are highlighted.

The origins of the study of this institution of criminal proceedings were found in ancient Rome, where arbitrators administered justice in domestic disputes. Attention was drawn to the fact that, unlike jury judges, arbitrators decided disputes based on their own discretion.

It has been proven that judicial discretion in criminal cases was widely used during the Zaporizhzhya Sich period. Yes, the judges at that time were all the military foremen (the kosh chieftain, the scribe, the military osavul, the dovbysh, the palanquin colonel, and sometimes the Cossacks themselves). The types of punishments were diverse, in many cases - execution, and were determined by the above-mentioned persons at their own discretion.

The concept of judicial discretion is considered. It presents its own definition of "judicial discretion", under which it is proposed to understand the normatively established intellectual and volitional activity of a judge, a court, which is legally enforceable and consists in choosing and making the most optimal and correct legal decision on certain issues, carried out in a procedural form and determined by criminal procedural legislation limits.

The relationship between the principles of the criminal process and judicial discretion has been clarified. The position that the exercise of judicial discretion does not contradict any of the principles of criminal proceedings, including the

principle of legality, is substantiated. In criminal procedural law, there are norms that are not clearly defined and require a special approach when solving legal issues. That is why the legislator gives additional powers to judges in order to fully and effectively consider the materials of criminal proceedings with the aim of bringing guilty persons to justice.

Types of judicial discretion and their limits are analyzed. It is noted that there is no legal definition of the limits of judicial discretion. In legal doctrine, this definition is not sufficiently explored. In this regard, the author's definition of the limits of judicial discretion is given, under which it is necessary to understand the legally established framework of intellectual and willful behavior of a judge, a court, beyond which he cannot go when deciding issues in criminal proceedings.

The author's classification of judicial discretion is presented according to the following criteria: 1) depending on the sphere of operation: private law; public law; 2) depending on the division of legal norms that regulate the content of legal relations: substantive and legal; procedural; 3) depending on the judicial strategy, within which the judicial discretion is exercised: deterrence; neutrality; activity or initiative; 4) depending on the form (source) of their manifestation: external (reflected on the right); internal (reflected in morality, religion, culture, etc.); 5) depending on the stages or stages of the criminal process (in this case, in connection with the research topic): at the pre-trial investigation; when conducting a trial; at sentencing; in appeal and cassation proceedings; 6) by the method of justification: intuitive decisions; judgment-based decisions; rational decisions; 7) by the method of adoption: individual decisions; collegial decisions.

The manifestation of judicial discretion at various stages of the criminal process is characterized. The powers of the investigating judge, in which judicial discretion is exercised, have been classified: 1) consideration of appeals; 2) resolution of the issue regarding the fate of physical evidence; 3) determination of procedural terms, in particular, establishment of the term of familiarization with the materials of criminal proceedings, etc. As for the appellate proceedings, the investigating judge here is also empowered with certain powers: he decides the

issue of the use of signs of a criminal offense established as a result of secret investigative (search) actions.

The separate opinion of the judge is considered as an influential factor regarding the judicial discretion. On the basis of the conducted survey of practical workers and the analysis of judicial and investigative practice, a conclusion was made about the practical necessity of legislatively enshrining the separate opinion of a judge as a separate procedural document in criminal proceedings. In this regard, it is proposed to supplement Art. 3 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, clause 13-1, with the following content: A separate opinion of a judge is a procedural document in which the judge sets out his position regarding the circumstances of the criminal proceedings, cites the motives and justification of this position. The separate opinion of the judge is attached to all the materials of the criminal proceedings and must be available for review.

Legal and moral principles of judicial discretion as a factor of judges' responsibility are highlighted. A thorough evaluation of the concept of judicial discretion in international standards and the principles and rules related to its application is given. Judicial discretion in the legislation of the countries of the European Union is considered.

The possibility of improving the legislation of Ukraine in matters of judicial discretion, taking into account the practice of the ECtHR, has been studied. Based on this, recommendations are proposed regarding the use of precedent practice of the ECtHR in criminal proceedings in the context of the exercise of judicial discretion:

- 1) the right to judicial protection is not absolute, it may be limited in some cases, especially regarding the conditions of admissibility of appeals against decisions. However, the restriction of this right cannot narrow the realization of this right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is violated (ECtHR decision in the cases "Mushta v. Ukraine", application No. 8863/06, paragraph 37; "Kreuz v. Poland ", application No. 28249/95, paragraph 53; "Golder v. the United Kingdom", application No. 4451/70, paragraph 38,



"Stanev v. Bulgaria", application No. 36760/06, paragraphs 229- 230);

2) the rule regarding the application of procedural powers by higher judicial authorities regarding the predictability of the actions of the parties to the case must be observed (the decision in the cases "Mushta v. Ukraine", application No. 8863/06, paragraph 41, "Melnyk v. Ukraine", application No. 23436 /03, item 26);

3) the judicial discretion of the courts of the highest level should consist in correcting judicial errors, and not in rendering a completely different, radically new decision ("Naumenko v. Ukraine" (application No. 41984/98, paragraph 53), "Ponomaryov v. Ukraine" (application No. 3236/ 03, item 40);

4) judicial discretion in cassation proceedings must be exercised in order to settle differences in the judicial practice of courts of different instances ("Zielinski and Pradal & Gonzalez and others v. France", applications No. 24846/94 and 34165/96 to 34173/96, paragraph 59) ;

5) cases are possible when different courts issue different judgments in the same cases; this does not violate the norms of international law (decision in the case "Stoilkovska v. the former Yugoslav Republic of Macedonia", application No. 29784/07, paragraph 46).

**Key words:** judicial discretion, criminal proceedings, criminal process, judicial conviction, judge, investigating judge, limits of judicial proceedings, separate opinion of the judge, judicial proceedings.

## СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ:

*в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:*

1. Малех І.Б. Деякі аспекти визначення суддівського розсуду головуючого у кримінальному процесі України. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2021. Випуск 6. Том 3. С. 188-192.
2. Малех І.Б. Щодо суб'єктів суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Юридична наука*. 2019. №12. Том 2. С. 209-213.
3. Малех І.Б. Особливості визначення суддівського розсуду у кримінальному процесі. *Юридична наука*. 2020. №12. С. 177-181.
4. Малех І.Б. Деякі аспекти визначення суддівського розсуду в кримінальній процесуальній доктрині. *Юридична наука*. 2020. №11. С. 278-283.
5. Малех І. Окремі аспекти співвідношення між юридичною невизначеністю та суддівським розсудом. *KELM*. 2022. № 5. С. 184-189 (Республіка Польща).

*які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:*

6. Малех І.Б. Проблемні аспекти суддівського розсуду у кримінальному процесі. *Становлення та розвиток наукових досліджень: матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції присвяченої Дню науки України (м. Київ, 19-20 травня 2017 р.)*. Київ: Громадська організація «Фундація науковців та освітян», 2017, С. 72-73.
7. Малех І.Б. Суддівський розсуд в ситуації вибору. *Становлення та розвиток наукових досліджень: матеріали III Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої Дню науки України (м. Київ, 18-19 травня 2018 р.)*. Київ: Громадська організація «Фундація науковців та освітян», 2018. С. 67-68.
8. Малех І.Б. Суддівський розсуд та основні засади кримінального процесу. *Актуальні проблеми правової науки в сучасних умовах: збірник тез*

Всеукраїнської науково-практичної конференції (16 травня 2019 року) / Редкол.: Почтовий М.М. (гол. ред.) та ін. Кривий Ріг : КФ ДДУВС, 2019. С. 131-132.

9. Малех І.Б. Суддівський розсуд у кримінальному процесі щодо цивільного позову. *Перспективні напрямки розвитку юридичної науки у XXI сторіччі*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 17–18 лютого 2021 р. – Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2021. С. 71–73.

10. Малех І.Б. Види суддівського розсуду та суддівські стратегії у кримінальному процесі. *Актуальні питання науки і практики та шляхи їх вирішення*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 21–22 квітня 2021 р. Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2021. С. 99–102.

11. Малех І.Б. Суддівський розсуд та можливість його застосування. *Перспективні напрямки розвитку юридичної науки у 21-му сторіччі*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 14–15 червня 2022 р. – Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2022. С. 58–60.

12. Малех І.Б. Суддівській розсуд в кримінальному процесі. *Актуальні проблеми взаємодії правової науки та практики її застосування*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 16–17 березня 2022 р. – Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2022. С. 77–79.

13. Малех І.Б. Суддівський розсуд і суддівське свавілля: межі дозволеного та відповідальність за їх порушення. *Актуальні проблеми імплементації наукових досягнень у практичну діяльність*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 19–20 січня 2022 р. Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2022. С. 51–53.

14. Малех І.Б., Власова Г.П. Суддівський розсуд та можливість його застосування. *Наукові розвідки з актуальних проблем публічного та*

*приватного права*: матеріали V Всеукраїнської науково-практичної конференції з міжнародною участю (Київ, 20 травня 2022 року) – Київ: Київський університет імені Бориса Грінченка, 2022. – С. 300-303.

## ЗМІСТ

ВСТУП .....	14
РОЗДІЛ 1. ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ .....	25
1.1. Стан наукових досліджень та генеза з питань суддівського розсуду .....	25
1.2. Поняття суддівського розсуду.....	57
1.3. Співвідношення засад кримінального процесу і суддівського розсуду .....	70
Висновки до розділу 1.....	89
РОЗДІЛ 2. ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ.....	91
2.1. Види суддівського розсуду, їх межі та класифікація .....	91
2.2. Прояв суддівського розсуду на різних стадіях кримінального процесу .....	116
2.3. Окрема думка судді як впливовий фактор щодо суддівського розсуду .....	127
2.4. Правові та моральні засади суддівського розсуду як фактор відповідальності суддів.....	135
Висновки до розділу 2.....	145
РОЗДІЛ 3. ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ТА ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ДОСВІДУ ПИТАНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ СУДДІВСЬКИМ РОЗСУДОМ .....	146
3.1. Поняття суддівського розсуду у міжнародних стандартах	

та принципи та правила, пов'язані із його застосуванням .....	146
3.2. Суддівський розсуд у законодавстві країн Європейського Союзу .....	161
3.3. Вдосконалення законодавства України в питаннях суддівського розсуду з урахуванням практики ЄСПЛ .....	170
Висновки до розділу 3 .....	191
ВИСНОВКИ .....	192
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ .....	198
ДОДАТКИ .....	219

## ВСТУП

**Актуальність теми обраного дослідження.** Конституція України закріплює одну із найважливіших гарантій забезпечення прав людини і громадянина - право на судовий захист. Це положення деталізоване в законі України «Про судоустрій та статус суддів», відповідно до якого визначається невід'ємне право кожного на захист прав, свобод та інтересів незалежним, безстороннім і справедливим судом. Важливою конституційною гарантією є те, що право на судовий захист не може бути обмежене в умовах воєнного та надзвичайного стану.

Таке ж положення задеклароване у Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідно до якої кожна особа має право на доступ до суду, на справедливе відправлення правосуддя незалежним і безстороннім судом, який уповноважений вирішити правовий спір.

Кардинальні зміни, які відбуваються в економічній, політичній, культурній сферах, зміна суспільних відносин, трансформації у правовому мисленні в умовах воєнного стану зумовлюють збільшення кількості конфліктних ситуацій. Більше того, недосконалість існуючого кримінального процесуального законодавства, наявність правових прогалин та колізій потребує пришвидшеного внесення змін до нього, що наразі важко реалізувати.

У таких умовах розвитку суспільних відносин важливого значення набуває суддівський розсуд, при якому суддя, суд у встановлених законом випадках має право обирати варіант своєї поведінки в конкретній ситуації. Так, кримінальним процесуальним законодавством надається судді дискреційне право приймати рішення справедливо відповідно до фактів і обставин того чи іншого кримінального провадження. Саме тому в багатьох процесуальних документах можна зустріти словосполучення «як вважає

Суд», «як Суд вважає належним», «як вказує Суд по-інакшому». Це свідчить про свободу дослідження суддею тих чи інших обставин кримінального провадження за своїм внутрішнім переконанням.

У вітчизняній кримінальній процесуальній науці питання про визначення суддівського розсуду і його меж залишається досі нез'ясованим. Ця ситуація зумовлена тим, що на сьогодні відсутні чіткі доктринальні уявлення щодо поняття суддівського розсуду та його визначених законодавчих меж, ґрунтовного дослідження законодавства різних правових сімей з цього питання. Окрім цього, інститут суддівського розсуду у кримінальному провадженні до останнього часу майже не застосовувався, оскільки суди використовували винятково норми формального права.

Потреба у дослідженні теоретичних і практичних аспектів суддівського розсуду підтверджується офіційною статистикою. Останніми роками збільшилася кількість скарг осіб, які незадоволені рішеннями місцевих судів і судів апеляційної інстанції, що свідчить про законодавчі, процесуальні прогалини або ж порушення меж суддівського розсуду. Так, у 2021 році до апеляційних загальних судів на розгляд надійшло усього 120 тис. справ і матеріалів кримінального судочинства, що на 1,8 % менше, ніж у першому півріччі 2020 року і на 0,9 % більше, ніж у 2019 році. До Верховного Суду усього надійшло 5 154 процесуальних звернень кримінального судочинства, що на 7,9 % більше, із них до Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду – 5 043, що на 6,8 % більше; до Великої Палати Верховного Суду – 111 процесуальних звернень кримінального судочинства (більше у 2,1 раза). На 21,9 % збільшилася кількість осіб, щодо яких в апеляційному порядку скасовано та змінено постанови, винесені місцевими загальними судами у справах про адміністративні правопорушення, – 3,6 тис. У касаційному порядку скасовано і змінено судові рішення у кримінальних провадженнях (справах) стосовно 597 осіб (менше на 8,3 %). Із них у касаційному порядку скасовано і змінено саме вироки місцевих та апеляційних загальних судів стосовно 278 осіб; у тому числі скасовано –

стосовно 165 осіб, змінено – щодо 113 осіб<sup>1</sup>. Все вищенаведене вказує на недостатню увагу у науковій та практичній площині щодо переосмислення інституту суддівського розсуду у кримінальному процесі України.

Окремим питанням суддівського розсуду в Україні значну увагу приділили такі вітчизняні учені, як Ю.П. Алєнін, І.В. Андронов, В.Г. Антропов, Л.К. Байрачна, О.М. Бодунова, Т.І. Бондар, А.Т. Бонер, Г.П. Власова, І.В. Гловюк, Ю.В. Грачова, В.О. Гринюк, Н.В. Громова, Н.А. Гуралєнко, М.К. Закурін, В.С. Канцір, О.В. Капліна, В.О. Копоть, П.В. Куфтирєв, М.А. Кравчук, О.М. Ларін, М.Ф. Лук'яненко, А.О. Ляш, А.С. Макаренко, Т.С. Март'янова, Г.П. Мельник, Л.М. Москвич, О.А. Папкина, Д.І. Попов, Д.П. Поповський, В.В. Польщиков, В.О. Попелюшко, К.В. Пронін, М.Б. Рісний, О.Я. Рогач, М.Д. Савєнко, О.І. Сєньків, І.Н. Сєнякін, К.В. Скоблик, А.С. Скурданов, Л.Д. Удалова, Ю.М. Черноус, А.В. Шевченко та інші.

Серед зарубіжних вчених, які вивчали поняття суддівського розсуду, можна виокремити Р. Паунда, О. Холмса, Б. Кардозо, К. Ллевелліна, Дж. Френка, Г. Оліфєнта, Є. Ерліха, Ф. Гека, І. Германа та інших.

Питання суддівського розсуду у кримінальному провадженні досліджували такі науковці, як О.М. Ботнарєнко, В.В. Вапнярчук, Ю.М. Грошевий, В.С. Ковальський, А.С. Макаренко, І.А. Тітко, О.О. Торбас та інші.

Вищевказані науковці, безперечно, зробили вагомий внесок у теорію і практику розвитку правової доктрини щодо теоретичних та практичних аспектів суддівського розсуду у кримінальному процесі, їхні напрацювання стали основою для розроблення нових обґрунтованих пропозицій щодо удосконалення інституту суддівського розсуду та наукових концепцій з цього питання. Водночас аналіз їхніх праць свідчить про те, що проведені

---

<sup>1</sup> Аналіз здійснення правосуддя Касаційним кримінальним судом у складі Верховного Суду у 2021 році. URL: [https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new\\_folder\\_for\\_uploads/supreme/Analiz\\_statistika\\_KKS\\_1p2021.pdf](https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Analiz_statistika_KKS_1p2021.pdf)



дослідження стосувалися в основному лише окремих теоретичних і практичних питань суддівського розсуду у кримінальному процесі України та зарубіжних країн. Проте на сьогодні залишаються недостатньо дослідженими і такими, що не знайшли достатнього правового урегулювання, питання щодо поняття суддівського розсуду як окремої правової категорії у кримінальному провадженні, прояву його на різних стадіях кримінального процесу, окремої думки судді як впливового фактору щодо суддівського розсуду, правових та моральних засад суддівського розсуду як фактор відповідальності суддів, поняття суддівського розсуду у міжнародних стандартах, вдосконалення законодавства України в питаннях суддівського розсуду з урахуванням практики ЄСПЛ тощо.

Викладене вище свідчить про засвідчує відсутність нині комплексного дослідження саме теоретичних і практичних аспектів суддівського розсуду, що підтверджує актуальність теми та зумовлює потребу проведення відповідного наукового пошуку.

**Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами.** Дисертаційне дослідження відповідає Стратегії національної безпеки України, затвердженої Указом Президента України від 14 вересня 2020 р. № 392/2015, ґрунтується на положеннях Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженої Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008, Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, затвердженої Указом Президента України від 10 травня 2006 р. № 361/2006, Плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на 2021-2023 роки, схваленого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23 червня 2020 року № 756-р, Стратегії розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021-2023 роки, затвердженої Указом Президента України від 11 червня 2021 р. № 231/2021, теми науково-дослідницької роботи Науково-дослідного інституту публічного права «Правове забезпечення прав, свобод та законних інтересів суб'єктів

публічно-правових відносин» (номер державної реєстрації 0115U005495), узгоджується з Пріоритетними напрямками розвитку науки і техніки на період до 2020 року, затвердженими Законом України від 9 вересня 2010 р. № 2519-VI, та спрямоване на виконання Плану заходів з виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи, затвердженого Указом Президента України від 12 січня 2011 р. № 24/2011.

**Мета і завдання дослідження.** Метою дисертаційного дослідження є вирішення наукового завдання щодо дослідження теоретичних і практичних аспектів суддівського розсуду, а також розробка науково-теоретичних та практичних рекомендацій і пропозицій щодо вдосконалення правової регламентації та правозастосовної практики з цього питання.

Для досягнення цієї мети визначено такі основні завдання:

- висвітлити стан наукових досліджень та генезу з питань суддівського розсуду;
- розглянути поняття суддівського розсуду;
- з'ясувати співвідношення засад кримінального процесу і суддівського розсуду;
- проаналізувати види суддівського розсуду та їх межі;
- охарактеризувати прояв суддівського розсуду на різних стадіях кримінального процесу;
- розглянути окрему думку судді як впливовий фактор щодо суддівського розсуду;
- висвітлити правові та моральні засади суддівського розсуду як фактор відповідальності суддів;
- надати ґрунтовну оцінку поняттю суддівського розсуду у міжнародних стандартах та принципи та правила, пов'язані із його застосуванням;
- розглянути суддівський розсуд у законодавстві країн Європейського Союзу;
- з'ясувати можливість вдосконалення законодавства України в

питаннях суддівського розсуду з урахуванням практики ЄСПЛ.

*Об'єктом дослідження* є кримінально-процесуальні відносини, які пов'язані із реалізацією суддівського розсуду у кримінальному процесі України.

*Предметом дослідження* є теоретичні і практичні аспекти суддівського розсуду.

**Методи дослідження.** Для досягнення поставленої мети, виконання обумовлених нею задач, здійснення наукового обґрунтування результатів дослідження використано систему загальнонаукових та спеціальних методів, які застосовуються у правовій науці, зокрема *діалектичний метод* надав можливість розглянути всі питання теми в динаміці, виявити їх взаємозв'язок і взаємообумовленість (розділи 1, 2, 3); *герменевтичний метод* – для дослідження та аналізу наукових та навчальних матеріалів, що дозволило розкрити зміст та узагальнити відповідні положення щодо теоретичних і практичних аспектів суддівського розсуду у кримінальному процесі (підрозділ 1.2, 2.3, 3.1, 3.2); *догматичний* – для оцінювання ефективності суддівського розсуду у кримінальному процесі України (підрозділи 2.2, 2.3, 2.4, 3.3); *історико-правовий* – для визначення витоків становлення законодавства та наукової думки щодо суддівського розсуду у кримінальному процесі (підрозділ 1.1); *методи системного аналізу та системно-структурний* використовувалися під час аналізу нормативно-правового регулювання питання суддівського розсуду у кримінальному процесі, видів суддівського розсуду та його меж, співвідношення суддівського розсуду та засад кримінального провадження (підрозділи 1.3, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4); *формально-логічний метод* сприяв дослідженню прояву суддівського розсуду на різних стадіях кримінального процесу (підрозділ 2.2); *метод порівняльного правознавства* надав можливість провести аналіз поняття суддівського розсуду у міжнародних стандартах та розглянути можливість вдосконалення законодавства України в питаннях суддівського розсуду з урахуванням практики ЄСПЛ (підрозділи

3.1, 3.2, 3.3); *соціологічний метод* застосовувався під час соціологічного опитування (анкетування) практичних працівників щодо теоретичних і практичних проблем суддівського розсуду у кримінальному процесі України (розділи 2, 3); *статистичний метод* застосовувався під час проведеного нами анкетування практичних працівників і вивчення матеріалів кримінальних проваджень (підрозділи 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 3.1, 3.2, 3.3); *формально-юридичний метод* дозволив надати визначення поняттю «суддівський розсуд», «окрема думка судді», «межі суддівського розсуду», а також обґрунтувати висновки та пропозиції щодо внесення змін і доповнень до кримінального процесуального законодавства з цього питання (розділи 1, 2, 3).

*Емпіричну базу дослідження* становлять узагальнені дані, отримані під час аналізу статистичних даних та аналітичних матеріалів місцевих судів та судів апеляційної інстанції, Верховного Суду, зведені дані проведеного соціологічного опитування 128 суддів, 84 слідчих суддів, 106 адвокатів, матеріали вивчення 362 кримінальних проваджень у таких областях, як Хмельницька, Чернігівська, Дніпропетровська, Одеська, Харківська, Вінницька, Сумська, Рівненська, Київська, м. Київ за період з 2018 до 2021 рр., а також власний досвід практичної діяльності, набутий авторкою під час роботи у судових органах.

**Наукова новизна одержаних результатів** полягає в тому, що дисертація є одним з перших в Україні комплексних монографічних досліджень теоретичних і практичних аспектів суддівського розсуду. Найістотнішими результатами дослідження, що зумовлюють його новизну та визначають внесок авторки в розроблення зазначеної проблематики, є такі положення, висновки і пропозиції:

*вперше:*

– на основі аналізу судово-слідчої практики та норм національного законодавства сформовано авторські рекомендації щодо суддівського розсуду на різних етапах судового розгляду у кримінальному провадженні, зокрема,

під час призначення покарання, які полягають у взаємоузгодженому поєднанні вимог закону та внутрішніх інтелектуально-вольових дій судді у конкретній ситуації;

– узагальнено та сформовано рекомендації щодо застосування вимог міжнародно-правових стандартів в контексті реалізації суддівського розсуду у кримінальному провадженні;

– враховуючи результати проведеного соціологічного опитування практичних працівників та аналізу судово-слідчої практики запропоновано законодавчо закріпити окрему думку судді як окремий процесуальний документ у кримінальному провадженні, доповнивши ст. 3 КПК України п. 13-1;

*удосконалено:*

– дефініцію «суддівський розсуд», під яким запропоновано розуміти нормативно закріплену інтелектуально-вольову діяльність судді, суду, яка є правозастосовною і полягає у виборі і прийнятті найбільш оптимального і правильного правового рішення з тих чи інших питань, здійснюється у процесуальній формі та визначених кримінальним процесуальним законодавством межах. Запропоновано це визначення закріпити у п. 24-1 ст. 3 КПК України;

– наукові положення щодо класифікації меж суддівського розсуду, яка здійснена за такими критеріями: залежно від видів суддівського розсуду; сфери функціонування; поділу норм права, що регулюють зміст правовідносин; суддівської стратегії, у рамках яких реалізується мірою суддівський розсуд; форми (джерела) їх прояву; від стадій або етапів кримінального процесу; підстав при призначенні покарання; способом обґрунтування тощо;

– доктринальну думку щодо правових та моральних засад суддівського розсуду у кримінальному провадженні;

*набуло подальшого розвитку:*

– напрями наукових досліджень суддівського розсуду у кримінальному

процесі;

– доктринальне положення щодо співвідношення засади незалежності суддів та суддівського розсуду, яка повинна базуватися на незалежності судді, суду від сторін кримінального провадження і владних структур;

– наукову позицію щодо зарубіжного досвіду реалізації суддівського розсуду у кримінальному провадженні, підставами якого є: недостатньо зрозумілі норми законодавства; правові прогалини та колізії; відсутність правових норм, які регулюють ті чи інші відносини; оціночні правові дефініції тощо;

– рекомендації щодо застосування прецедентної практики ЄСПЛ у кримінальному провадженні в контексті реалізації суддівського розсуду, які сформовано на основі аналізу рішень ЄСПЛ.

**Практичне значення одержаних результатів** полягає в тому, що сформульовані та викладені в роботі положення, висновки впроваджені та використовуються у:

– *законотворчій діяльності* – у разі внесення змін і доповнень до кримінального процесуального законодавства України, спрямованих на вирішення теоретико-прикладних проблем суддівського розсуду у кримінальному процесі;

– *науково-дослідній сфері* – під час подальшого дослідження і вирішення проблем щодо теоретичних аспектів суддівського розсуду (акт впровадження Луганського державного університету внутрішніх справ від 22 листопада 2021 р.);

– *практичній діяльності* – як рекомендації під час судового розгляду кримінальних проваджень (акт впровадження Києво-Святошинського районного суду Київської області від 07 липня 2021 р., акт впровадження Головного слідчого управління Національної поліції України від 24 вересня 2021 р.);

– *освітньому процесі* – для підготовки та проведення лекцій, семінарських і практичних занять з навчальних дисциплін «Криміналістика»,

«Кримінальний процес», «Актуальні проблеми доказів та доказування у кримінальному процесі» (акт впровадження Донецького державного університету внутрішніх справ від 30 листопада 2021 р.).

**Особистий внесок здобувача.** Дисертація є самостійною, завершальною науковою працею. Сформульовані в ній положення, узагальнення, висновки, рекомендації та пропозиції обґрунтовано на підставі самостійно проведених досліджень. У тезах доповіді «Суддівський розсуд та можливість його застосування», підготовлений спільно з Г.П. Власовою, авторкою особисто розглянуто поняття суддівського розсуду у кримінальному провадженні.

**Апробація результатів дисертації.** Основні положення дисертації обговорювалися у Науково-дослідному інституті публічного права. Результати дослідження були оприлюднені на дев'яти всеукраїнських та міжнародних науково-практичних конференціях, зокрема: «Становлення та розвиток наукових досліджень» (м. Київ, 19-20 травня 2017 р.), «Становлення та розвиток наукових досліджень» (м. Київ, 18-19 травня 2018 р.), «Актуальні проблеми правової науки в сучасних умовах» (м. Кропивницький, 16 травня 2019 року), «Перспективні напрямки розвитку юридичної науки у XXI сторіччі» (м. Київ, 17–18 лютого 2021 р.), «Актуальні питання науки і практики та шляхи їх вирішення» (м. Київ, 21–22 квітня 2021 р.), «Перспективні напрямки розвитку юридичної науки у 21-му сторіччі» (м. Київ, 14–15 червня 2022 р.), «Актуальні проблеми взаємодії правової науки та практики її застосування» (м. Київ, 16–17 березня 2022 р.), «Актуальні проблеми імплементації наукових досягнень у практичну діяльність» (м. Київ, 19–20 січня 2022 р.), «Наукові розвідки з актуальних проблем публічного та приватного права» (м. Київ, 20 травня 2022 р.)

**Публікації.** Основні наукові результати дисертації викладені у чотирнадцяти наукових публікаціях, серед яких чотири статті, опубліковані в юридичних фахових виданнях України, затверджених наказом Міністерства освіти і науки України, одна – в іноземному фаховому виданні та дев'ять тез

доповідей, опублікованих у збірниках матеріалів міжнародних науково-практичних конференцій.

**Структура та обсяг дисертації.** Робота складається з основної частини (вступу, трьох розділів, що містять дев'ять підрозділів, висновків), списку використаних джерел та додатків. Загальний обсяг дисертації становить 229 сторінок, з яких основний текст – 184 сторінки, список використаних джерел налічує 205 найменувань на 21-й сторінці та 6 додатків на 11-и сторінках..



## РОЗДІЛ 1

### ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ

#### 1.1 Стан наукових досліджень та генеза з питань суддівського розсуду

В умовах обраного Україною напрямку розвитку євроінтеграції особливе значення має реформування судової системи в контексті реформування загальної правової системи. Теоретичне осмислення правового статусу суддів, їх ролі та значення в системі державної влади, можливості впливу судової системи на процес суспільних явищ, передусім на дискрецію суду при застосуванні та тлумаченні правових норм, вимагає нового усвідомлення. Динамічний розвиток норм і правових приписів стабілізується за допомогою суддівського розсуду, який ґрунтується на основних принципах і поняттях права, справедливості, законності та рівності й досі є запорукою стабільності правової системи та судової системи. Судові рішення є запорукою сталого суспільного розвитку.

Судовий розсуд є необхідним засобом виконання судових рішень, і судова влада використовує право на розсуд для досягнення відповідних результатів. Феномен суддівського розсуду не тільки зводиться до практичного застосування готових знань правових норм і правових принципів, а й включає світоглядні цінності у вигляді особистих переконань, уявлень і намірів суддів. На нашу думку, питання дискреційних повноважень суду саме по собі є правовим питанням, яке неминуче виникає в будь-якій правовій системі. З точки зору теорії права та філософії, судова аргументація – це С. Алексєєв, В. Канцір, О. Копиленко, П. Недбайло, О. Грищук, П. Рабинович, Г. Мельник, П. Куфтирев та ін. Крім того, вчені розглядали суддівський розсуд у контексті окремих галузей права (М. Закурін, В. Вапнярчук, М. Коваль, О. Сеньків та ін.). Проте недостатньо уваги приділено історико-правовим аспектам становлення феномену суддівського розсуду.

Також варто відзначити, що в юридичній літературі дане дослідження позначається різними синонімічними термінами, наприклад як «судовий розсуд», «правозастосовний угляд», «судова дискреція». В. Канцір вважає: «прийнятним вживати термін «судовий угляд», що окреслює процес відповідної розумової, інтелектуальної діяльності суду (судді)» [52, с. 126]. Цей термін автор логічно вивів із наукових лінгвістичних джерел, згідно з якими російське слово «усмотреть» перекладається як «бачити», «угледіти», «углядіти», а слово «углянути» тлумачиться як «розібратися в чомусь», «розглянути». Тож має сенс використовувати конкретний термін як синонім до таких слів: «розсуд», «дискреція» тощо.

П. Куфтирєв на основі спеціалізованих досліджень визначив, що в судових правовідносинах дві категорії «судовий розсуд» і «суддівський розсуд» є синонімами, оскільки «суд» і «суддя» є поняттями в юриспруденції, які мають однакове юридичне значення, і це підтверджено відповідними посиланнями на нормативні акти [73, с. 9]. Отже, проаналізувавши думку П. Куфтирєва, можна сказати, що ці поняття мають диференційоване значення у судово-правових відносинах, при визначенні посадового та трудового статусу суддів як службовців, у приватно-правових відносинах, де суди діють як юридична особа в цивільно-правовому обігу. Підсумовуючи, можна зробити висновок, що поняття «суддівський і судовий розсуд» є рівні за значеннями.

Сучасна судова практика показує, що сфера дії «судового розсуду» дуже широка. У правовому аспекті під суддівським розсудом розуміють здатність судді приймати рішення в кожній конкретній справі на основі конкретних фактів і обставин. Сфера суддівського розсуду не тільки має давню історію, але й активно розвивається сьогодні. В Єгипті ті, хто чинить правосуддя та дотримується законів і правил країни, є люди з високими моральними якостями. Незважаючи на чіткі правові норми, вона повинна вирішувати сама відповідно до релігійних і природних законів, спираючись на здоровий глузд і національні інтереси, і має природно-правові риси: мовчазний, шляхетний, компетентний. Забезпечити справедливість і примирити людей. Вплив

природного права виявляється також у здатності судді прислухатися до свого серця, що не спонукає людину до злочину. Тільки судді з вищезазначеними характеристиками можуть здійснювати справедливе правосуддя і приносити користь людям [163, с. 13].

Ще в Стародавньому Римі третейські арбітри зазвичай вирішували спори між родичами та сусідами. Вони відрізняються від присяжних суддів тим, що діють на власний розсуд і самі визначають штрафи. На другому етапі суддя або засуджує підсудного до виконня, або виправдовує підсудного.

У кінцевому підсумку поєднанням вимог природного права та норм позитивного права була кодифікація Юстиніана (стор. 527-566), збірка законів, заснована на грецьких концепціях природного розуму та римського почуття гармонії. Основою суддівського розсуду в цей час є моральне обличчя судді, думка судді ґрунтується на законності (позитивне право) і моралі (природне право), що вважається його розсудом, без них - його свавіллям [137, с. 495].

Запорізькі козаки знали й судовий розсуд у здійсненні правосуддя. Суддями запорізьких козаків була вся військова старшина, тобто старости, судді, писарі, старшини, осавули, довбиші, паланкові полковники, а інколи й увесь кошовий народ. Залежно від характеру злочину запорізькі козаки по-різному каралися та страчувалися. Тому міру покарання визначає суддя. Суд Генеральної військової канцелярії був створений у 18 столітті. Гетьманський Суд заснований на владі гетьмана як найвищого судді країни, і він теоретично має необмежену владу. Гетьман має право вирішувати кожну справу як у першій інстанції, так і після того, як суд нижчої інстанції виніс своє рішення. Його вирок остаточний.

Ідеї, які розвивали в своїх працях французькі просвітителі XVIII ст., відображені в промовах, діяльності і творах діячів Французької революції кінця XVIII ст., а також в їх законодавчих актах. Ці ідеї також безпосередньо вплинули на теорію суддівського розсуду. Видатний діяч Французької революції кінця XVIII ст. Жан-Поль Марат, відомий своїм «Проектом

кримінального законодавства», шедевром революційної літератури останньої чверті XVIII століття, в якому вже виразно охарактеризована пізніша яacobінська теорія кримінального права. Він пропонує послідовну систему принципів, яким має підкорятися покарання в кожному добре організованому суспільстві. Серед цих принципів варто наголосити на принцип обмеження суддівського розсуду у визначенні розміру покарання за чинною системою. У добре впорядкованому суспільстві немає жодних підстав дозволяти судовому розсуду визначати покарання.

Німецький цивільний кодекс, який набув чинності 1 січня 1900 року, є одним із найважливіших правових кодексів XIX століття. Цей Кодекс призначений для використання фахівцями з права. Він написаний незрозумілою мовою, сповнений своєрідного жаргону та містить безліч посилок усіх видів. Цим пояснюється неоднозначність формулювань, можливість якомога ширшого судового розсуду при тлумаченні та застосуванні фрагментів положень, наявність положень, які можна тлумачити по-різному, так званих «каучукових» норм [115, с. 160].

Сьогодні вирішувати справу на розсуд (дискрецію) є важливою частиною повноважень суду. Однак суддівський розсуд не повинен бути необмеженим, інакше він може перерости в судове свавілля. Одним із основних засобів обмеження дискреційних повноважень суду і забезпечення законності його застосування, є дотримання судом умови, згідно з якою дискреційні повноваження можуть бути використані лише за наявності відповідних підстав. Основу суддівського розсуду можна визначити як забезпечення суду нормативною основою для застосування правової норми розсуду. Варто зазначити, що судове застосування дискреційного повноваження можливе не лише тому, що воля законодавця сформульована в нормативно-правових актах [154, с. 90]. Відповідно до стандартів волевиявлення законодавця, пряма причина судового розсуду (безпосередньо закріплює волю законодавця надати суду дискреційні повноваження) і непряма причина (законодавчі недоліки, випадки тощо) та підтверджуючі

причини (загальний зміст, призначення та співвідношення правових положень і норм) [106, с. 46].

Виявляється, незалежно від його тлумачення, суддівський розсуд залежить безпосередньо від судді — його переконань, особистих якостей і думок. Ці моменти вже неможливо описати жодним нормативно-правовим актом. Тому неможливо оцінити, наскільки особистісні якості того чи іншого судді та його спосіб мислення відповідають вимогам компетентності. Іншими словами, різні судді (різного віку, досвіду, поглядів і переконань) в одній ситуації в тій самій справі прийматимуть абсолютно різні рішення, і всі вони є законними. При цьому кожен суддя матиме свою думку.

Досліджуючи феномен юриспруденції, А. Барак вказував на особливу роль у цьому процесі світогляду та цінностей судді. На його думку, інтерпретація прецеденту найкраще інтегрує цей прецедент у рамки соціальних цінностей. Тобто суддя керується суспільними цінностями та опосередковується власними світоглядними цінностями. Цю основну цінність, керуючись суб'єктом правоохоронної діяльності, автор визначає як безпеку державного і суспільного ладу та громадську безпеку. Крім того, суспільні цінності можуть конкурувати між собою, як і суспільні свободи. Відповідно, визначення пріоритету цінностей у кожному конкретному випадку також відбувається в межах судового розсуду. Ось чому судді повинні співвідносити суспільно прийнятні поняття справедливості, моралі, користі та суспільного блага [8].

Водночас науковці зазначають, що коли судді потрібно визначити соціальні цінності для пріоритетності, він шукає цінності, які поділяють члени суспільства, навіть якщо ці цінності не є його особистими світоглядними цінностями. У ціннісній теорії суддівського розсуду існує певний дуалізм, який відображається не лише у співвідношенні особистих і суспільних світоглядних цінностей, а й у конкуренції соціальних цінностей [31, с. 35].

Можна припустити, що існує закономірність: завдяки феномену

суддівського розсуду підвищення загального рівня правової культури в суспільстві за посередництва світогляду суб'єктів судової виконавчої влади, ймовірно, зменшить і усуне розрив між особистісними цінностями суддів і загальноприйнятими суспільними цінностями. протиріччя між. Якщо норма права не дає чіткого тлумачення та подальшого застосування до питання, але має моральні, релігійні, традиційні чи інші цінності, то судді можуть використовувати їх при вирішенні справи.

Таким чином, надання судам дискреційних повноважень має давню історію та полегшує відправлення правосуддя. Вони є важливим і необхідним елементом судової діяльності. Водночас варто зазначити, що здійснення дискреційних повноважень не порушує жодних правових принципів, головним чином принцип законності. Суди не завжди мають можливість застосувати імперативні норми права. Коли закон не може детально описати обставини, за яких суд буде діяти та ухвалювати рішення, він має можливість застосувати дискрецію при розгляді певних питань. Тому законодавець покладає на розсуд судів вирішення деяких правових питань, які він не може повністю вирішити самостійно, оскільки це потребує особливого підходу в кожному конкретному випадку.

На основі цього пропонуємо періодизацію розвитку правової думки та законодавства щодо суддівського розсуду у кримінальному провадженні, яку умовно поділено на такі періоди: 1) 527 р. до н. е. – III ст. н. е. – зародження наукової думки та законодавства щодо суддівського розсуду (Кодекс Юстиніана тощо); 2) III ст. - XVIII ст. – активне використання суддівського розсуду у правозастосовній практиці; суддям надавали широкі повноваження щодо використання власного переконання в тих чи інших справах; 3) XVIII ст. – XX ст. – у законодавстві тогочасних держав чітко прослідковуються принцип обмеження суддівського розсуду у визначенні міри покарання за чинного ладу з метою використання лише норм формального права; 4) XX ст. – до сьогодні - розсуд (дискреція) при розгляді матеріалів кримінальних проваджень є важливою складовою повноважень суду, але повинен

реалізовуватися у встановлених законом межах з метою не допустити суддівського свавілля.

Поряд з тим, це дослідження може бути продовжене в напрямі вивчення особливостей судового розсуду в окремих країнах в різні історичні періоди.

Останнім часом все більше науковців у галузі права почали приділяти увагу питанню суддівського розсуду. Науковий інтерес до того чи іншого виду правоохоронної діяльності зумовлений тим, що, по-перше, явище мало науково вивчене, а, по-друге, тим, що при вирішенні будь-якої судової справи суддя має прийняти конкретне рішення з кількох можливих випадків.

Питання суддівського розсуду є предметом дослідження вчених різних галузей права в країні та за кордоном, а саме це: А. Барак, А. Т. Боннер, Ю. В. Грачова, Ю. М. Грошевий, М. К. Закурін, В. С. Ректор, О. В. Капліна, М. Коваль, П. В. Куфтльов, О. А. Папкова, М. А. Погорецький, К. В. Пронін, М. Б. Лісний, О.І. Ларог, О.Я. Рогач, О.І. Сеньків, І.А. Тітко та ін.

Щоб судити про природу дискреційних повноважень суду, ми повинні спочатку проаналізувати сам термін «дискреція».

У перекладі з латинської «discretio» — це право посадової особи або державного органу вирішувати доручені йому питання на власний розсуд у порядку реалізації дискреційної влади [49, с. 19].

Правові енциклопедії зазвичай повторюють наведене формулювання і додають до нього такі ознаки: діяти за певних умов і в межах закону [192, с. 195].

Зі сказаного вище можна зробити висновок, що дискреція дорівнює розсуду. Відповідно до цього більшість дослідників схильні ототожнювати це поняття з поняттям «судовий розсуд», говорячи про дискреційні повноваження суду.

У сучасній юридичній науці судова наука не має чіткого ставлення до явища суддівського розсуду. Їх погляди коливаються від заперечення існування такої системи до твердження, що вона є об'єктивно зумовленим механізмом правового регулювання владно-правового права. В юридичних

колах існують різні визначення цього поняття.

Суддівський розсуд, на думку В. Ковальського, можна розглядати як інтелектуально-вольовий елемент судової діяльності, що включає розуміння (сприйняття, порівняння) суддею предмета справи, що розглядається, і прийняття рішень у відносному порядку в обмеженому діапазоні норм кримінального права [57, с. 112].

М. Савенко суддівський розсуд визначає як елемент свободи суддів у вчиненні певних процесуальних дій. Межі цієї свободи визначаються повноваженнями судів, законом і правовою базою [156, с. 75].

На думку Папкової О.А., судовий розсуд – це «діяльність судів щодо розгляду спірних правових питань» [128, с. 63–64].

Судова дискреція, за визначенням А. Барака, є «повноваженням, наданим особі, яка має право вибирати між двома або більше альтернативами, за умови, що кожна альтернатива є законною» [8].

Покровський І. А. відомий цивіліст під судовим розсудом розумів «право вільніше тлумачити і навіть виправляти закон, як цього вимагають справедливість і суддівська совість» [134, с. 90].

У суддівському розсуді Дж. Зейкан вбачає вибір суддею вирішення юридичної справи на основі суб'єктивного сприйняття обставин справи та суб'єктивного тлумачення норми. Тому будь-який висновок чи рішення, обране суддею у справі, закладає відбиток його світогляду, життєвого досвіду, рівня професійної підготовки та інших характеристик [50, с. 21]:

1) динамічна визначає дискреційне повноваження в діяльності суду як різновид інтелектуально-вольової діяльності, суть якої полягає у наданні суб'єктам правозастосування повноважень вирішувати правові спори за відповідних обставин відповідно до цілей і засад права, інших загальних закономірностей, конкретних обставин справ, справедливості тощо;

2) статичний, тобто розглядають природу дискреційних повноважень з точки зору змісту судових повноважень, які складають судові права та обов'язки, тобто судових повноважень, наданих державою.



А. Барак розглядає суддівський розсуд як повноваження та вибір між двома чи більше варіантами, і він саме наголошує на можливості вибору, а не на свободі незалежно від будь-якого фактора. Він сказав, що свобода дій передбачає «діапазон можливостей, а не лише одну позицію» [8, с. 13–15].

Це достатньо повне визначення: «Суддівський розсуд - це повноваження, які закон надає судді, щоб зробити вибір з декількох альтернатив, з яких кожна законна». Зазначений автор виділяє три типи суддівського розсуду: вибір із сукупності фактів, що є необхідними для вирішення спору; суддівський розсуд при застосуванні норми, що припускає вибір з різних варіантів застосування, які допускаються даною нормою, одного, котрий суддівський розсуд знаходить найбільш придатним у даній ситуації; суддівський розсуд при встановленні самої норми, що припускає вибір з нормативних можливостей найбільш придатного варіанта [8, с. 10].

Інші автори стверджують, що поняття «свобода» і «розсуд» не тотожні і не можуть з ними ототожнюватися, оскільки сам термін «розсуд» має умовний і обмежений характер [150, с. 35].

Проте можливість суду приймати рішення на свій розсуд є не стільки правом, скільки обов'язком.

Так, відповідно до ст. 56 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [148], основним обов'язком судді є своєчасно, справедливо та безсторонньо розглядати і вирішувати судові справи відповідно до закону з дотриманням засад і правил судочинства.

Для судів це означає ухвалення рішення, яке є істинним лише з огляду на конкретні обставини, умови та наявність певної сукупності доказів у справі.

Вибір іншого варіанту поведінки в тій самій фактичній ситуації ставить під сумнів легітимність цього вибору та відповідну законність.

Не можна не погодитися з тим твердженням, що під судовим розглядом слід розуміти вибір найбільш справедливого з правової точки зору вирішення справи [26, с. 21].

Кримінально-процесуальний кодекс України (далі – КПК) [70] ст. 323 визначає основні вимоги до рішення суду – законність і обґрунтованість рішення.

Науковці О. І. Параг та Ю. В. Грачова зазначали, що коли закон надає суду можливість вибору, то суд має прийняти рішення, яке найбільше відповідає індивідуальним особливостям конкретної справи. При виборі можливого рішення необхідно враховувати конкретні обставини здійснення суспільно небезпечної поведінки. Тому можливість вибору є не лише правом, а й обов'язком зробити вибір так, щоб рішення найкращим чином відповідало конкретним характеристикам справи, що розглядається [150, с. 94–95].

Жодне розгляд природи суддівського розсуду не є повним без розгляду питання про підстави судів для його застосування.

Як точно зазначали науковці, особливо М.Б. Пісний, усі підстави для розсуду так чи інакше пов'язані з фактом наявності або відсутності правових норм, а отже, за своєю суттю, є правовими. Існування «неправового» розсуду виключається. Розсуд без законної підстави насправді є не що інше, як свавілля [152, с. 82-84].

Тому під виправданістю дискреційного повноваження рекомендується розуміти об'єктивно існуючий у правовій системі елемент, який безпосередньо визначає можливість вибору одного з дозволених законом варіантів ухвалення рішення, яке підлягає виконанню [153, с. 36].

У літературі прихильники різних наукових шкіл наводять такі докази:

- необхідність аналогії чинного законодавства при розгляді та вирішенні справ;
- необхідно застосовувати альтернативні, ситуативні чи паралельні правові норми, коли закон використовує такі слова, як «може», «має право» або надає можливість вибору між кількома альтернативами тощо.

Підсумовуючи, можна зробити висновок, що йдеться про виконавчу діяльність, яка передбачає надання судам повноважень приймати рішення у встановлених законом межах, у випадках, передбачених нормами закону,

виходячи з конкретних обставин справи, а також приймати законні, справедливі та обґрунтовані рішення.

При наявності прогалин у законодавстві (відсутності правових норм) судді повинні на власний розсуд знаходити їх правове заповнення [8, с.9]. У більшості випадків це може бути таке:

- суди стикаються з випадками законодавчих колізій, суперечностей і прогалин у кримінально-процесуальному законодавстві, і їх право і обов'язок подолати ці проблеми [15, с. 203–205; 126, с. 103–107; 73, с. 8–10; 82, с. 45].

- особливість самої справи, а саме її особлива складність, неоднозначність висновків, суперечливість доказів, коли суд повинен прийняти правильне, законне та обґрунтоване рішення. Водночас проблема, яка постає перед судами, полягає не лише у виборі між «законним рішенням і незаконним рішенням», а й у виборі між кількома рішеннями, кожне з яких формально відповідає закону. У таких випадках часто важко передбачити, яким має бути остаточне рішення у справі. У таких випадках вирішальне значення може мати розсуд суду [8, с.56–59, 126, с. 104–105].

- правові норми, які включають поняття оцінки (наприклад, норми, які передбачають обов'язок головуєчого під час судових засідань вилучати з судового розслідування все, що не має відношення до розглядуваної справи, з метою забезпечення належно високого рівня судового процесу тощо).

Деякі вчені вказують на те, що поняття оцінки є основою суддівського розсуду [20, с.20], про це також свідчать і соціологічні опитування, які були проведені в рамках наукового дослідження І.А. Тітком [173, с. 208].

При цьому думка Ю.М. Грошовик вважає, що наявність у кримінально-процесуальному праві поняття оцінки наділяє суб'єкта застосування правових норм певною свободою в нормативному тлумаченні. З одного боку, їх використання є вираженням динамізму права, умовою його пристосування до мінливих обставин і умов життя, умовою його ефективного застосування. Вони функціонують, щоб зв'язати юридичні формалізми з конкретними умовами життя. З іншого боку, невизначеність змісту норми

права суттєво знижує її інформаційну цінність та ціннісно-орієнтаційну цінність, а значить, існує можливість необмеженого розсуду у правозастосовчому процесі, що призводить до свавілля правоохоронців, які наділені великою владою, зловживають владою та порушують принципу законності [38, с. 279].

Отже, аналізуючи підстави суддівського розсуду, можна зробити такі висновки:

- в науковій літературі відсутній чіткий і вичерпний перелік;
- вчені не тільки вказують різні причини (від однієї до цілого комплексу останніх), але й можуть по-різному описувати одну і ту ж причину.

Хоча щодо цього питання існують різні погляди, зважаючи на його теоретичне та практичне значення, необхідно класифікувати підстави судового розсуду.

При цьому варто враховувати його природу. Як стверджує А. С. Макаренко, суддівський розсуд є складним явищем об'єктивно-суб'єктивного характеру. Вона об'єктивна, обґрунтована рішеннями у справах, пов'язана з потребами самого правосуддя, з функціонуванням судової складової державної влади в державі. Суддівський розсуд також є суб'єктивним явищем, яке безпосередньо пов'язане з особистістю судді, правосвідомістю, правовою культурою, навичками, кваліфікацією, соціальним статусом і правовим статусом судді тощо [82, с. 44].

На думку Л.М. Москвич, досліджуючи процес здійснення суддівських повноважень, необхідно враховувати суб'єктивний аспект: адже особи, які здійснюють ці повноваження, мають відповідні соціальні та психофізіологічні характеристики, які суттєво впливають на процес прийняття рішень [113, с. 10].

Як правильно зазначив О.Я. Рогача до суб'єктивних факторів, які певним чином впливають на прийняття суддею рішення, за його словами, належать: біофізіологічні характеристики (стать, вік, стан здоров'я тощо), інтелектуальні якості, рівень професійної підготовки, соціально-демографічні

характеристики (соціальне походження, рівень матеріального забезпечення); психолого-моральні властивості (тип нервової тканини, моральні переконання, ціннісні орієнтації); емоційно-вольові якості; правосвідомість [155, с. 92–93].

Водночас деякі автори не враховують суб'єктивні чинники при дослідженні виправданості дискреційних повноважень [153, с. 26–36, 73, с. 8–14].

Навпаки, М. Коваль та О. Сеньків відносять їх до одного з найважливіших елементів правового механізму реалізації суддівського розсуду [156, с. 64–65].

Підводячи підсумок, підстави судового розсуду можна поділити на об'єктивні та суб'єктивні. Об'єктивні обставини справи, підтвержені сукупністю наявних у справі доказів, зумовлюють вибір судді в даній конкретній справі, а не інші рішення, а наявність правових норм, які допускають розсуд суду, слід віднести до числа об'єктивних факторів.

При цьому об'єктивні причини і суб'єктивні причини нерозривно пов'язані. Суд оцінює докази на власне переконання і зобов'язаний всебічно, повно і об'єктивно розглянути (дослідити) всі обставини справи відповідно до закону.

Таким чином, ми бачимо ознаки суб'єктивної складової («за внутрішнім переконанням»), фактичної складової («сукупність усіх обставин справи»), юридичної складової («додержання закону»). Виключення хоча б одного елемента з цієї формули є неприпустимим: судові рішення у цій справі буде незаконним та/або необґрунтованим і підлягатиме скасуванню [38, с. 65–72].

Діяльність суддів також пов'язана із законодавчо закріпленим тлумаченням цих норм, що дає змогу встановити дієвий зміст правових норм, подальше законне та правомірне застосування правових норм, подолати правову невизначеність у змісті норм; подолання прогалин у законах і нормативних актах, відкрив шлях для тлумачення чинних правових норм і

правильного пояснення концепції оцінних понять [153, с. 5].

Проведене дослідження дозволило зробити такі висновки:

Судовий розсуд (судова дискреція) — це правозастосовна діяльність, яка передбачає надання судам повноважень приймати рішення в межах, визначених законом, відповідно до правових, моральних принципів, за обставин, передбачених правовими нормами. Виходячи з конкретних обставин справи, виноситься законне, справедливе та обґрунтоване судове рішення.

Під підставою розсуду слід розуміти об'єктивно існуючий у правовій системі елемент, який безпосередньо визначає можливість вибору одного з дозволених законом варіантів правозастосовного рішення. Такими причинами можуть бути: необхідність застосування правових аналогій під час розгляду справи; необхідність застосування альтернативних, ситуативних правових норм, які є необов'язковими; коли в кримінально-процесуальному законодавстві є законодавчі колізії, протиріччя та прогалини, суд має право та обов'язок їх подолання; особливість самої справи, а саме її особлива складність, неоднозначність висновків, суперечливість доказів; наявність правових норм, що містять оцінні поняття.

Серед правників-науковців, які значною мірою досліджували питання суддівського розсуду як вибору суддею того чи іншого варіанта рішення, що ґрунтується на суб'єктивному сприйнятті обставин справи й суб'єктивному тлумаченні правових норм, можна виокремити Р. Паунда, О. Холмса, Б. Кардозо, К. Ллевелліна, Дж. Френка, Г. Оліфента, Є. Ерліха, Ф. Гека, І. Германа. У дослідження анонсованої теми свій вклад внесли також Д. Абушенко, С. Алексєєв, А. Барак, Л. Берг, В. Бігун, Є. Васьковський, В. Грищук, В. Дубовицький, В. Канцір, А. Козловський, М. Коркунов, Г. Мельник, О. Папкова, М. Рісний, С. Сливка, О. Цибулевська, С. Шевчук – вони, зокрема, досліджували значення оціночних понять під час суддівського розсуду, дотримання принципу справедливості під час дискреції суддів.

Основне визначення суддівського розсуду – акт прийняття рішення за

відсутності чітко встановленого правила та з урахуванням того, що буде вважатися найбільш справедливим рішенням за цих обставин та відповідно до закону. М.Б. Рісний суддівський (правозастосувальний) розсуд визначає наступним чином: «Під правозастосувальним розсудом слід розуміти передбачене юридичними нормами повноваження правозастосувального суб'єкта обирати один з декількох дозволених ними варіантів рішення щодо встановлення застосовуваної норми, з'ясування (тлумачення) її змісту, або визначення міри конкретизації суб'єктивних юридичних прав і обов'язків, яке реалізується у певній процесуальній формі з огляду на цієї норми та конкретні обставини справи й інші юридично значимі факти з метою забезпечення законності, справедливості, доцільності та ефективності державно-правового регулювання» [152, с. 99]. Суддя і є правозастосувальним суб'єктом, оскільки безпосередньо застосовує норми права до тих чи інших правовідносин під час розгляду справ.

Достатньо повне визначення, яке підкреслює сутність даного явища, запропонував А. Барак: «Суддівський розсуд - це повноваження, які закон надає судді, щоб зробити вибір з декількох альтернатив, з яких кожна законна». Зазначений автор виділяє три типи суддівського розсуду: вибір із сукупності фактів, що є необхідними для вирішення спору; суддівський розсуд при застосуванні норми, що припускає вибір з різних варіантів застосування, які допускаються даною нормою, одного, котрий суддівський розсуд знаходить найбільш придатним у даній ситуації; суддівський розсуд при встановленні самої норми, що припускає вибір з нормативних можливостей найбільш придатного варіанта [8, с. 10].

Використання розсуду дає змогу суб'єктові правозастосування врахувати особливості конкретних ситуацій, а також низку моментів, що не відображені в законі [104, с. 7].

Судовий розсуд належить до чинників, що сприяють підтриманню та розвитку сталих взаємозв'язків між такими елементами правової системи як норми права та правовідносини, поглибленню взаємоузгодженості та

взаємозв'язку правових норм, розвитку як окремих складових правової системи (наприклад, правозастосування, нормативного регулювання), так і правової системи загалом [107, с. 47].

Судовий розсуд стосується повноважень судді приймати рішення на основі своєї індивідуальної оцінки, керуючись принципами справедливості і закону. У деяких зарубіжних країнах інститут дискреції надає суддям владу, яка використовується, коли це дозволено законодавством. Наприклад, стаття 59 цивільно-процесуального кодексу штату Огайо дозволяє суддям призначати новий судовий розгляд на підставі здорового розсуду, а кримінальний кодекс Каліфорнії за конкретних умов надає судам право на власний розсуд обирати покарання за певні злочини. Головна ідея такого механізму полягає в тому, що судовий розсуд надається судам з урахуванням визнання індивідуальності кожної справи, і тому рішення мають ґрунтуватися на конкретних обставинах справи, а не на суворому застосуванні закону [201, с. 15].

Рішення, які приймаються відповідно до цих повноважень, повинні бути обґрунтованими і не довільними, такі рішення повинні, перш за все, прийматися на основі того, що є правильним та справедливим у цих обставинах. До того ж, зловживання дискреційними повноваженнями може бути оскаржено. Зокрема, законодавством Каліфорнії передбачено, що зловживання розсудом буде встановлено, якщо суд першої інстанції «вийшов за межі розумного» і ухвалив рішення «довільним чином, що призвело до явної судової помилки». Пізніше було також сформульовано положення про те, що суд зловживає своїми повноваженнями, якщо: (1) ґрунтує своє рішення на помилці у праві або використовує неправильний правовий стандарт; (2) засновує своє рішення на явно хибному фактичному висновку; або (3) робить висновок, який виходить за межі допустимого діапазону висновків. Такі критерії визначення зловживання надають гарантії того, що суддівський розсуд призначений саме для забезпечення справедливості судочинства, і що вихід за рамки даної функції судової дискреції може бути визнаним таким,



що не відповідає закону.

При винесенні вироку у справах про вбивство в Англії та Уельсі, згідно із законом, судді повинні брати до уваги фактори, перелічені в законах та посібниках з винесення вироків (статутні фактори). Проте судді також мають право на власний розсуд враховувати фактори, не перелічені в таких законах або посібниках (нестатутні фактори) задля забезпечення найбільш справедливого і доцільного рішення. До того ж, у країнах звичаєвого права саме судді створюють прецеденти, які є першочерговим джерелом права, тому така їх правомірна дискреція може закріплювати регулювання тих чи інших правовідносин на майбутнє.

Тема «суддівського розсуду» також знаходиться в центрі дебатів про юридичну інтерпретацію у філософії права. У загальному розумінні під «розсудом» тут розуміється здійснення судження особою, яка приймає рішення, у зв'язку з відсутністю правових обмежень, що впливають на його здатність вирішувати справу. Оскільки закон передбачає множинність інтерпретаційних результатів для цього випадку, судді, як стверджується, мають право на власний розсуд вибирати, як інтерпретуватиметься закон для його застосування.

Питання множинності правових результатів вивчається в межах ширшого питання теорії права під назвою «правова невизначеність». Правова невизначеність – це множинність норм, які можуть бути приписані за тих чи інших обставин. Через невизначеність права неможливо заздалегідь визначити, яка норма буде приписана формулюванню норми під час тлумачення.

Це не означає, що юристи не можуть передбачати чи намагатися передбачити правові результати, ґрунтуючись на особливостях конкретних судів чи суддів. Це лише означає, що із загальної точки зору, оскільки право дає безліч відповідей на запитання, неможливо заздалегідь визначити, як суди будуть вирішувати такі справи.

Вважається, що у типовій раціональній правовій системі правове

рішення обов'язково є частково дискреційним. Суддівський розсуд є результатом того, що типова раціональна правова система має «інтерпретаційний кодекс» із більш ніж однією інтерпретаційною директивою, до того ж, на суддях лежить обов'язок приймати рішення у всіх справах, навіть якщо не існує правових норм, що регулюють такі правовідносини [202, с. 370].

Одним із прикладів застосування суддею своєї дискреції є справа № 462/9002/14-ц: розглядався спір про гонорар успіху адвоката, справа дійшла до Верховного Суду, який своєю Постановою від 12 червня 2018 року відмовив адвокату у стягненні з клієнта гонорару успіху. Під час того як Верховний Суд приймав рішення, він виходив з того, що адвокат не має права на гонорар успіху, оскільки його винагорода має складатися виключно із надання фактичних юридичних послуг таких як-от: складання процесуальних документів, представництво у суді, і хоч «інтереси сторони договору, на користь якої укладено договір, безумовно не обмежуються отриманням власне послуг адвоката, а спрямовані на досягнення певного результату – «позитивного рішення по справі», проте, досягнення такого результату виходить за межі предмета договору, яким є лише надання юридичних послуг [142]. Такого висновку Суд дійшов, використовуючи свій розсуд та трактуючи Закон «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Після даного рішення, яке є обов'язковим для врахування судами нижчої інстанції при прийнятті рішень, мали місце постійні відмови адвокатам у гонорарах успіху.

Лише після того, як аналогічна справа (№ 904/4507/18) потрапила до Великої Палати Верховного Суду, у своїй Постанові від 12 травня 2020 року Велика Палата зробила висновок про те, що гонорар успіху, якщо він передбачений договором з клієнтом, має бути виплачений адвокату: «5.46. Відмовляючи у задоволенні заяви про розподіл витрат на професійну правничу допомогу адвоката у розмірі 5 000,00 грн. передбаченому пунктом 4.2 додаткової угоди N 2 від 28 вересня 2018 року, суди не врахували, що відповідна сума, обумовлена сторонами до сплати у твердому розмірі під

відкладальною умовою, є складовою частиною гонорару адвоката, тож належить до судових витрат, не навели доводів та доказів нерозумності цих витрат, їх неспівмірності з ціною позову, складністю справи та її значенням для позивача. При цьому загальна сума витрат на адвокатські послуги, передбачена договором, складає 12 000 грн. що не виходить за розумні межі визначення розміру гонорару» [141].

Тут ми прослідковуємо, як трактування одних і тих же законів із використанням суддівського розсуду можуть мати наслідком кардинально різні рішення, які і змінюють тенденції судової практики.

Ще одним прикладом використання судового розсуду при здійсненні правосуддя є розгляд справи № 910/10156/17. Справа в тому, що статтею 536 Цивільного кодексу України встановлено, що за користування чужими коштами нараховуються проценти, а статтею 625 передбачено, що за прострочення грошового зобов'язання боржник повинен заплатити суму боргу з урахуванням індексу інфляції 3% річних.

Основними моментами, які вказують на дискрецію суду є те, що раніше судова практика складалася таким чином, що відсотки, передбачені статтею 536 ЦК визнавалися як плата за користування грошима та нараховувалися за весь час користування коштами з моменту отримання і до моменту повернення, а статтею 625 як відповідальність за порушення грошового зобов'язання, і нараховувалися з наступного дня після закінчення строку виконання грошового зобов'язання і до фактичної сплати коштів. У цих процентів була різна правова природа, вони могли стягуватися одночасно судом. Постановою від 10 квітня 2018 року у справі № 910/10156/17 Велика Палата на свій розсуд відійшла від цієї практики: при незмінності законів розтлумачила їх по-новому, зазначивши, що є таке поняття як користування чужими коштами – воно буває правомірним і неправомірним. Правомірне користування чужими коштами – коли боржник має грошове зобов'язання, але йому дається можливість не сплачувати його певний період часу (при позиці, кредиті) – у цьому разі застосовуються відсотки відповідно до статті

536 ЦК, тим більше, застосовуються не до фактичного погашення боргу, а лише до закінчення строку виконання грошового зобов'язання, який визначений у договорі. Стаття 625, у свою чергу, відповідно до приписів даної Постанови Великої Палати, передбачає плату вже за неправомірне користування чужими коштами, що починається з наступного дня після того, як грошове зобов'язання має бути виконане [140].

Також до прийняття цієї Постанови судова практика складалася таким чином, що суди не стягували відсотки по статті 625 по деяких видах зобов'язань, зокрема, у Постанові Пленуму Вишого Господарського Суду України від 17 грудня 2013 року № 14 «Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань» у пункті 5.2. вказано таке: «Обов'язок боржника сплатити суму боргу з урахуванням індексу інфляції та процентів річних не виникає у випадках повернення коштів особі, яка відмовилася від прийняття зобов'язання за договором (стаття 612 ЦК України), повернення сум авансу та завдатку, повернення коштів у разі припинення зобов'язання (в тому числі шляхом розірвання договору) за згодою сторін або визнання його недійсним, відшкодування збитків та шкоди, повернення безпідставно отриманих коштів (стаття 1212 ЦК України), оскільки відповідні дії вчиняються сторонами не на виконання взятих на себе грошових зобов'язань, а з інших підстав» [146].

У свою чергу, Велика Палата у своїй Постанові у справі № 910/10156/17 зазначила, що стаття 625 застосовується до всіх грошових зобов'язань, виконання яких прострочене.

Проаналізувавши таку судову практику, можемо помітити значний рівень дискреції при трактуванні суддями законів, втім завжди діятиме правило: суддя користується свободою вибору тільки тоді, коли кожен із відкритих для нього варіантів допустимий з погляду перспективи системи і не володіє розсудом вибирати альтернативу, яка незаконна, навіть якщо такий вибір не виявиться оскарженим [40, с. 293].

Стаття III, розділ 2, Конституції США наділяє судову владу широкими

повноваженнями, які поширюються на «всі справи з права і справедливості, що виникають на підставі цієї Конституції, законів Сполучених Штатів та укладених договорів». Крім того, *common law*, або закон, створений суддею, передбачає обмеження, засновані на принципі *stare decisis*, який свідчить, що рішення суду у конкретній справі має відповідати правилам закону, як вони були визначені цим судом або іншими судами вищого рівня у попередніх справах. Там, де необхідно вирішити ситуацію, яку недостатньо врегулює статутне і загальне право, або в якій присутні елементи, які потребують більш індивідуального підходу, починає застосовуватися суддівський розсуд.

Свого часу винесення вироку засудженим за злочини практично повністю залежало від суддів.

Судді могли брати до уваги різні пом'якшувальні обставини і призначати покарання, яке найбільше відповідає злочину. Зрештою, становлення та розвиток інституту прав людини, цінностей індивідуальної свободи та особистої гідності вимагали обліку у правозастосовчій сфері не лише об'єктивних, а й суб'єктивних факторів – зокрема, відомостей про особу обвинуваченого та потерпілого при призначенні покарання, розумність поведінки, відповідно яких суд і має діяти на свій розсуд, оцінювати, зважувати усі наведені обставини і прагнути досягнення раціонального правомірного і справедливого рішення.

На думку С. Шевчука, оскільки основним призначенням суддів є з'ясування справедливості, яка може проявлятися також у формі суддівського розсуду, тісно пов'язана з природою судового процесу та суддівською активністю. Науковець характеризує суддів-активістів у правоохоронних органах як стурбованих певними наперед відомими результатами судового процесу на основі суб'єктивних переконань (також виняток становлять корупція, порушення принципів неупередженості та об'єктивності) [187, с. 265].

Суддівський розсуд є інструментом, за допомогою якого судді можуть проявляти свою волю, робити вибір і приймати рішення «самостійно» без

стороннього впливу та поведінки.

При цьому власний вибір є немислимим: по-перше, конкретні виборчі кампанії без свідомості, інтуїції, волі, моральних сил мобілізуються через внутрішні конфлікти мотивацій самостійного, відповідального вибору, прийнятих і реалізованих рішень, по-друге, не мають внутрішньої свободи

Кожен чекає від суду справедливого рішення, отже, і розсуд суду має бути справедливим.

Не можна не погодитися з тим, що суддівський розсуд може бути представлений у вигляді форми вираження правосвідомості та принципу судочинства, які, у свою чергу, мають відповідати фундаментальним правовим та моральним цінностям.

Суддівський розсуд також слід розуміти як спосіб заповнення прогалин у праві, недоліків у законодавстві, як юридичний факт, що породжує, змінює і припиняє права та обов'язки, і як міжгалузевий інститут права, який спрямований на вчинення правосуддя.

Наслідки суддівського розсуду визначаються його відповідністю вимогам закону, мотивованості, справедливості та об'єктивності. Суддівський розсуд по суті виноситься у вигляді судових ухвал: рішень, вироків, судових наказів, апеляційних ухвал (постанов) тощо.

Не можна забувати про юридико-технічну недосконалість законодавства – ідеальних правових актів немає і не може існувати. Звичайно, юриспруденція прагне уніфікації використовуваної термінології, але в умовах її постійного розширення та динамічного розвитку суспільства повна уніфікація всієї «юридичної мови» недосяжна. Тому тлумачення права, як і тлумачення будь-якого тексту, передбачає істотну роль розсуду для ефективної реалізації принципу справедливого судочинства. О. І. Сеньків стверджує, що судовий розсуд в адміністративному судочинстві – це передбачене законодавством право суду, яке реалізується з дотриманням встановленої процесуальної форми здійснення правосуддя в адміністративних справах, надає йому можливість під час прийняття судового

рішення (вчинення процесуальної дії) вибрати з декількох варіантів рішення (дії), встановлених законом, чи визначених на його основі судом (повністю або частково за змістом та/чи обсягом), найбільш оптимальний у правових і фактичних умовах розгляду та вирішення конкретної справи, з метою забезпечення верховенства права, справедливості й ефективного поновлення порушених прав та інтересів учасників процесу [159, с. 14].

Під час тлумачення конституції та законів суддя робить дискреційний вибір для визначення належного співвідношення між об'єктивними та суб'єктивними цілями, на досягнення яких прийнятий нормативно-правовий акт. Дискреційні повноваження набувають важливого значення для реалізації завдань судочинства. Застосовуючи норми права з усіма властивими їм недоліками, суддя навіть за найсуворішого дотримання букви закону в окремих випадках не застрахований від помилки. Коли ж суддя реалізує надані йому дискреційні повноваження, він спирається не лише на норми закону, але й на «дух закону», принципи права, засадничі ідеї, правові та моральні цінності, які переломлюються через його власну правосвідомість, що забезпечує максимально індивідуалізований підхід до вирішення кожної судової справи та, в кінцевому результаті, справедливість судового рішення. Саме «особистість» судді, вважає Є. Ерліх, вирішує, чи дотримуватися «букви закону» чи духу права. Недосконалість «особистості» – імовірність зловживань [17, с. 112].

У будь-якому випадку суддівська дискреція є обмеженою, ніколи вона не може бути абсолютною.

Обмеження дискреційного права судового тлумачення можна розділити на два типи: процесуальні та органічні.

Процесуальні обмеження гарантують справедливе використання дискреційних повноважень у судовому процесі (суддя має однаково ставитися до сторін у процесі, приймати рішення на основі фактів і доказів, наданих суду, він повинен обґрунтовувати та мотивувати власні рішення, суддя має бути незалежний і неупереджений, не має особистої зацікавленості в

результаті справи і є неупередженим тощо).

Органічні обмеження означають, що здійснення дискреційних повноважень має бути раціональним, узгодженим і послідовним, і що судді також повинні діяти розумно, беручи до уваги обмеження, накладені правовою системою.

Отже, дослідивши анотовану у роботі тему, ми окреслили сутність та визначили правову природу суддівського розсуду в Україні та зарубіжних країнах, і дійшли до висновку, що суддівський розсуд – це передбачене законом повноваження судді, яке полягає у його специфічній діяльності, що має інтелектуально-вольовий зміст, основою якої є свобода вибору, а суттю – процес вибору та прийняття оптимального варіанту вирішення питань, пов'язаних із судовим розглядом, кінцевим результатом якого є винесення законного, найбільш об'єктивного, доцільного в конкретних умовах та справедливого рішення відповідно до нормативно визначених меж, вихідних засад та цілей права, а також конкретних обставин справи.

Було також розглянуто практичне застосування суддівського розсуду Верховним Судом України, проаналізовано підходи до розуміння дискреції суддів як механізму забезпечення справедливого судочинства. Як ми бачимо із результатів дослідження, коли суддя реалізує надані йому дискреційні повноваження, він спирається не тільки на законодавчі приписи, але і на «дух закону», правові принципи, засадничі ідеї, правові і моральні цінності, які переломлюються через його власну правосвідомість, що забезпечує максимально індивідуалізований підхід до вирішення кожної судової справи та в кінцевому результаті, справедливість судового рішення.

Підставами суддівського розсуду є незрозумілі правила, викладені у законодавстві; протиріччя між нормами, неврегульованість відносин, які стали предметом судового розгляду, оціночні законодавчі поняття та інші обставини, що об'єктивно викликають суддівський розсуд [7].

Актуальність проблеми обмеження суддівського розсуду зумовлена тим, що це явище у судовому процесі тісно пов'язане з охороною і реалізацією



прав і свобод людини і громадянина, зі здійсненням справедливого судочинства. Тема суддівського розсуду була в центрі дискусій щодо юридичного тлумачення у філософії права. Найбільш фундаментальне запитання на цю тему: «Чи мають судді свободу розсуду при тлумаченні закону?».

Загальною рисою всіх думок з приводу цього питання є те, що судовий розсуд передбачає той факт, що проблеми тлумачення в законі можуть призвести до безлічі законних результатів.

Оскільки закон забезпечує безліч результатів тлумачення для тої чи іншої справи, судді мають право вибирати, як закон буде тлумачитися для його застосування. Суддівський розсуд – цікава категорія, яку необхідно досліджувати пліч-о-пліч із межами дозволеної дискреції. Суддя наділений державою функцією правосуддя [186, с. 113].

На практиці розходження між трьома об'єктами суддівського розсуду - фактом, застосуванням норми і самою нормою не настільки є очевидною.

Серйозна увага в теорії приділяється питанню про обмеження суддівського розсуду [40, с. 292–304]. Виходячи з постулату про те, що суддівський розсуд, не є і не може бути абсолютним, виділяється два типи його обмежень - процедурні (коли суддя робить вибір стосовно дотримання вимоги справедливості суддівського розсуду) та матеріальні (коли суддя відносно доводів, що він бере до уваги, застосовує вимогу розумності).

При характеристиці процедурних обмежень особлива увага звертається на те, що застосування суддівського розсуду повинно бути завжди мотивовано. Варто визнати, що обов'язок викласти мотиви відноситься до числа найважливіших проблем, з якими зіштовхується суддя, який прагне застосувати суддівський розсуд.

При аналізі матеріальних обмежень підкреслюється, що розумність вибору визначається світоглядом судді. Він, у свою чергу, ґрунтується на особистому досвіді судді (його особистості й емоційності) і на соціальних принципах, які визначають його розуміння судової функції [74, с. 59-61].

Розкриваючи сутність суддівського розсуду, представники англо-американської правової системи відзначають, що суддя в правових системах, де основним джерелом права є судовий прецедент, не просто декларує, у чому складається діюче право, не просто застосовує діючі норми права, суддя здійснює право. Це робиться малими правотворчими актами; це, свого роду, законодавство між рядків. Правотворча діяльність судді є випадковою і побічною стосовно вирішення справи, і коли він здійснює право, то робить це не як законодавець, а тільки як суддя [82, с. 46].

Суддівський розсуд в українському праві - це аналіз чинних норм і практики їх застосування. Вище вже говорилося про три типи суддівського розсуду. Як приклад правової підстави застосування суддівського розсуду при оцінці фактів можна вказати п. 4 ст. 169 Цивільного процесуального кодексу України: у разі повторної неявки в судове засідання відповідача, повідомленого належним чином, суд вирішує справу на підставі наявних у ній даних чи доказів (постановляє заочне рішення).

Другий тип судового розсуду – це застосування норм права. Наприклад, статтею 117 КАС України передбачено, що за наявності явної небезпеки суд за заявою позивача або з власної ініціативи може прийняти ухвалу про вжиття заходів забезпечення адміністративного процесу при нанесенні шкоди правам, свободам та інтересам позивача до вирішення адміністративної справи, або невжиття цих заходів призведе до неможливості захисту цих прав, свобод та інтересів, або потребує великих зусиль та витрат для відновлення цих прав, свобод та інтересів, а також якщо очевидними є ознаки протиправності рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень.

Можливість застосування третього типу суддівського розсуду - розсуд при встановленні норми закладена у ст. 9 Кодексу адміністративного судочинства України: у разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права).

Однак, слід зазначити, що розподіл суддівського розсуду на типи є дуже відносним. Аналіз нормативно-правових підстав суддівського розсуду, у тому числі зазначених вище, і практики їх застосування приводить до наступних висновків.

По-перше, поняття суддівського розсуду, його застосування різне як у романо-германській правовій системі, так і в англо-американській правовій системі. На думку вчених-юристів - представників англо-американської правової системи, правові проблеми, що мають більше одного законного рішення, існують тільки у важких справах [4, с. 112]. Суддівський розсуд в українській правозастосовчій практиці розуміється більш широко: фактично про суддівський розсуд мова йде у всіх випадках, коли постає питання про тлумачення тієї чи іншої норми права, застосуванні інститутів аналогії закону та аналогії права у випадку наявності прогалин у законодавстві, при оцінці фактичних обставин справи.

По-друге, застосовуючи суддівський розсуд, самі судді або слабо мотивують його застосування, або не мотивують своє рішення взагалі. Найбільше показово в цьому змісті застосування ст. 551 Цивільного кодексу України. Зменшуючи підлягаючу стягненню неустойку, судді, як правило, просто обмежуються посиланням на цю статтю, не обґрунтовуючи, чому в даному конкретному випадку судом зменшується підлягаюча стягненню сума неустойки до встановленого судом розміру. Тобто це ще раз свідчить про те, що судові рішення, особливо в частині застосування суддівського розсуду, повинне бути належним чином мотивовано.

По-третє, застосовуючи деякі норми, що є правовою підставою суддівського розсуду, судді найчастіше не використовують надану такими нормами можливість вибору серед декількох варіантів рішення проблеми, іншими словами, - можливість застосування суддівського розсуду, приймаючи рішення у відповідності зі сформованою судово-господарською практикою.

По-четверте, виникає питання про можливість зміни чи скасування судового акта суду першої інстанції в тій частині, в якій при його ухваленні

судом застосовувався суддівський розсуд, через інший суддівський розсуд суду вищої інстанції. Якщо застосування суддівського розсуду в конкретному випадку допускається чинним законодавством, і воно мотивовано, суд апеляційної чи касаційної інстанції не може скасувати чи змінити рішення суду першої інстанції у тій частині, в якій при його ухваленні застосовувався суддівський розсуд тільки на підставі іншого суддівського розсуду [129, с. 221].

Наприклад, даний висновок може бути обумовлений тим, що за змістом ст. 104, 11110, 11119 ГПК України не може бути скасовано законне й обґрунтоване судові рішення через інший варіант суддівського розсуду за умови, що суддівський розсуд, застосований судами нижчестоящих інстанцій, відповідає ознакам справедливості, законності й обґрунтованості.

У зв'язку з цим, слід зазначити, що проблема суддівського розсуду припускає обов'язкову наявність абсолютно визначених та чітких гарантій його застосування для нижчестоящих судових інстанцій. У протилежному випадку дана категорія так і залишиться в українській правовій системі чисто схоластичним явищем.

Дуже часто зустрічаються ситуації, коли відбувається скасування судових актів, на перший погляд, через інший суддівський розсуд. Насправді ж подібні скасування викликані в багатьох випадках необґрунтованістю відповідних судових актів, у тому числі й у частині застосування суддівського розсуду судами нижчестоящих інстанцій [42, с. 74-78].

Найбільш широка можливість застосування суддівського розсуду, його важливість і значимість виявляються при розгляді справ про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом.

Очевидно, що саме законодавство про відновлення платоспроможності боржника містить найбільшу кількість норм, що допускають застосування суддівського розсуду при вирішенні тих чи інших питань [60]. Обумовлено дану обставину істотною специфікою цієї категорії справ. Кожна справа про банкрутство вимагає індивідуального підходу до його вирішення, урахування

величезної кількості обставин, що впливають на його результат (таких, наприклад, як соціальна значимість підприємства, інтереси кредиторів та боржника, можливі економічні та соціальні наслідки ухвалених рішень та ін.), і при їх розгляді неприпустимий який-небудь одноманітний підхід.

Слід підкреслити, що неможливо в законодавстві передбачити всі обставини та всі передбачувані шляхи вирішення виникаючих проблем. Цим і підкреслюється потреба в гнучкому законодавстві, що регулює відносини, що складаються в ході реалізації процедур відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом. Останнє повинно забезпечувати, крім всього іншого, надання господарському суду широких можливостей для застосування суддівського розсуду при розгляді вказаної категорії справ.

Однак Кодекс України з питань банкрутства містить деякі оціночні категорії. Так, наприклад, визначається, що розпорядник майна несе відповідальність за невиконання або неналежне виконання своїх повноважень відповідно до законодавства України. При цьому що розуміється під поняттям «невиконання або неналежне виконання своїх повноважень» закон не визначає. Тому аналіз практики застосування зазначених положень законодавства приводить до висновку про необхідність надання господарському суду права застосовувати в даній ситуації суддівський розсуд: відстороняти розпорядника за власною ініціативою у випадку невиконання чи неналежного виконання ним своїх обов'язків.

Крім того, неприпустимо встановлювати законодавчо які-небудь формальні тимчасові межі, у рамках яких можна здійснювати заходи щодо відновлення платоспроможності боржника. Кожна справа такого роду є індивідуальною, неповторною та вимагає вирішення обсягу величезної кількості різного роду обставин.

Ефективне правове регулювання відношень (як процесуальних, так і матеріальних) щодо відновлення платоспроможності юридичних осіб та громадян винятково формальними і твердими правилами, без допущення в необхідних випадках суддівського розсуду неможливо.

Застосування суддівського розсуду - це не тільки право, але й обов'язок суду, оскільки можливість здійснення такого розсуду закріплена юридичними нормами, а процесуальні права суду є разом з тим і його обов'язками. Суд не тільки має право здійснювати певні дії за наявності зазначених у законі умов, а й зобов'язаний це робити. Слід підкреслити, що ключовими елементами поняття суддівського розсуду є те, що застосування суддівського розсуду обумовлюється правовими нормами; суддівський розсуд здійснюється у формі процедур; суддівський розсуд повинен бути мотивованим; ключові елементи суддівського розсуду це категорії, обрані для вирішення конкретних правових питань; вибір підлягає загальним і конкретним обмеженням.

Законність суддівського розсуду проявляється в дотриманні судом правових норм, що підлягають застосуванню при розгляді та вирішенні конкретної справи і пов'язаних із здійсненням суддівського розсуду, а також при належному використанні судом аналогії закону чи права, за умови дотримання правил судочинства, встановленими процесуальним законодавством. [136, с. 17-21, 135].

Отже, він має діяти в межах своїх повноважень, втім саме по собі повноваження по вершенню правосуддя надає судді можливість у певній мірі діяти на власний розсуд при прийнятті рішень.

Досліджуючи здобутки науковців, зроблено висновок, що: 1) вчені зазвичай досліджують суддівський розсуд як окрему дефініцію (В.С. Канцір, П.В. Куфтирєв, О.В. Капліна, О.А. Папкова, К.В. Пронін, О.І. Рарог, О.Я. Рогач, О.І. Сеньків тощо); 2) дослідники визначають порівняльно-правові та історичні аспекти інституту суддівського розсуду у кримінальному процесі (С.С. Сливка, Д.І. Попов, І.Д. Мудрак, М.Б. Рісний тощо); 3) учені зосереджують увагу на окремих процесуальних проблемах реалізації суддівського розсуду у кримінальному процесі (О.О. Торбас, І.А. Тітко, В.С. Ковальський тощо).

Виокремлено недостатньо досліджені питання щодо суддівського розсуду у кримінальному провадженні, а саме: 1) стан наукових досліджень

та генеза з питань суддівського розсуду; 2) поняття суддівського розсуду та співвідношення його з засадами кримінального провадження; 3) види суддівського розсуду, їх межі та класифікація; 4) прояв суддівського розсуду на різних стадіях кримінального процесу; 5) окрема думка судді як впливовий фактор щодо суддівського розсуду; 6) правові та моральні засади суддівського розсуду як фактор відповідальності суддів; 7) поняття суддівського розсуду у міжнародних стандартах, принципи та правила, пов'язані із його застосуванням, та вдосконалення законодавства України в питаннях суддівського розсуду з урахуванням практики ЄСПЛ. Детальне дослідження зазначених питань дасть змогу покращити реалізацію суддівського розсуду на окремих стадіях кримінального процесу, визначити проблемні моменти та запропонувати напрями вдосконалення чинного законодавства та правозастосовної практики.

З огляду на важливість та своєчасність суттєвих перетворень у сфері судочинства, набуває особливої актуальності сутність та призначення суддівського розсуду, сфери його застосування, а також питання вивчення теоретичних і практичних аспектів дискреційних повноважень судових органів, що й становить мету цієї наукової праці.

Для її успішної реалізації пропонується вирішити такі завдання: окреслити сутність та визначити правову природу суддівського розсуду в Україні та зарубіжних країнах, розглянути практичне застосування суддівського розсуду Верховним Судом України, проаналізувати підходи до розуміння дискреції суддів як механізму забезпечення справедливого судочинства.

## **1.2. Поняття суддівського розсуду у кримінальному процесі**

Суспільство вже кілька тисячоліть послуговується системою правосуддя для розгляду справ про кримінальні правопорушення. Підхід до

розуміння поняття та меж суддівського розсуду змінювався і визначався конкретною епохою. Так, один із видатних діячів французької революції, прибічник якобінців і автор твору революційної літератури Франції «План кримінального права» Жан-Поль Марат пропонував обмежити суддівський розсуд у визначенні міри покарання. Запорізькі ж козаки у питанні суддівського розсуду навпаки надавали йому більші межі, зокрема гетьман як учасник судового процесу наділявся повноваженнями відправляти правосуддя на власний розсуд [66, с. 22–23, 65].

Попри такий багатовіковий досвід, сучасні реалії вказують на те, що питання суддівського розсуду досі є спірним. у науці кримінального права нині немає єдиної точки зору щодо визначення поняття суддівського розсуду, його меж і видів. Різні вчені, практики та дослідники, які вивчають проблематику дефініції суддівського розсуду, здебільшого керуються визначенням основних принципів і найважливіших елементів досліджуваного поняття, таких як суб'єкт, об'єкт та інші характерні ознаки.

Загалом усі визначення суддівського розсуду як поняття є синонімічними, однак кожна дефініція по-різному розкриває його. Так, В. Канцір визначає суддівський розсуд як процес відповідної розумової інтелектуальної діяльності судді [52, с. 126]. На нашу думку, такий підхід до визначення не є досить повним, адже не враховується вольовий аспект, притаманний суддівському розсуду, його мета, спрямованість та інші елементи, які є характерними для нього. Вольова ознака є важливою при визначенні цього поняття, оскільки останнє тісно пов'язане з особистістю судді як суб'єкта, на якого покладені повноваження обирати один із альтернативних варіантів рішення справи у кримінальному праві.

Професор права у міжгалузевому центрі в м. Герцлії А. Барак, підходячи до розгляду цього питання, вважає, що суддівський розсуд – це повноваження, надані особі обирати між двома і більше альтернативами, коли кожна з таких альтернатив закінчена [8]. Таке визначення не в повній мірі розкриває суть цього поняття. Хоча воно й вказує на вольовий характер



зазначеного явища як повноваження, тобто право обирати між двома альтернативами, проте не беруться до уваги інші важливі ознаки, такі як чітко визначені суб'єкти, об'єкти, спрямованість та окреслення меж суддівського розсуду.

А. Макаренко, досліджуючи питання суддівського розсуду при призначенні міри покарання, визначає його як правозастосовну інтелектуально-вольову діяльність судді, яка представляє собою передбачену кримінальним законом міру свободи вибору одного з варіантів рішення у кримінальній справі [82, с. 44]. При такому досить повному визначенні вчена не бере до уваги конкретні обставини справи, що впливають на рішення суду.

А. Рарог та Ю. Грачова більш докладно підходять до встановлення терміну суддівського розсуду, визначаючи його як здійснюваний у процесуальній формі специфічний аспект правозастосовної діяльності, який передбачає надання для суду у випадках, передбачених кримінально-правовими нормами, повноважень з вибору рішення у межах, встановлених законом, відповідно до волі законодавця, з огляду на принципи права, конкретні обставини вчинення злочину та основи моралі [150, с. 98]. На нашу думку, таке визначення цього явища враховує більшість характерних для нього ознак. Тому вважаємо доцільним використовувати такий підхід до визначення поняття суддівського розсуду.

Не беручи до уваги відмінності підходів до визначення, на наш погляд, більшість із них однаково розглядають суддівський розсуд як обрання суддею одного з кількох дозволених варіантів тлумачення та застосування норм права або варіантів щодо оцінки доказів і встановлення фактів конкретної справи.

З огляду на проаналізовані визначення поняття, підсумовуємо, що йому притаманний перелік характерних ознак, які виступають підставами для його застосування. Зокрема, слід виокремити інтелектуально-вольовий характер, оскільки в самому понятті є слово «розсуд», яке відсилає нас до того, що будь-які рішення, прийняті судом при застосуванні суддівського розсуду, є результатом інтелектуальної, тобто розумової діяльності судді. Вольова

ознака полягає в тому, що судді на «власний» розсуд, тобто за своїми переконаннями відносно кожної конкретної справи, виносять рішення. Здебільшого у законах це передбачено в термінологічних формах «може», «має право» «вирішує». Так, суд «може» призначити додаткове покарання у виді штрафу або позбавити права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на власний розсуд, з огляду на обставини справи і у передбачених в Особливій частині Кримінального кодексу України та в окремих випадках, передбачених у Загальній частині.

Отже, нами на основі аналізу наукових думок виокремлено ознаки суддівського розсуду, до яких віднесено: 1) інтелектуально-вольовий характер дій судді – його рішення є результатом інтелектуальної і розумової діяльності; 2) особливий суб'єкт суддівського розсуду слідчий суддя (на стадії досудового розслідування) та суд, оскільки вони уповноважені, керуючись власним переконанням, приймати рішення у кримінальному провадженні (а саме, під час реалізації функції правосуддя й перегляду судових рішень на судових стадіях, а також під час судового контролю); 3) встановлення законодавчих меж суддівського розсуду з метою уникнення суддівського свавілля.

Нами представлено авторське бачення терміну «суддівський розсуд», під яким запропоновано розуміти нормативно закріплену інтелектуально-вольову діяльність судді, суду, яка є правозастосовною і полягає у виборі і прийнятті найбільш оптимального і правильного правового рішення з тих чи інших питань, здійснюється у процесуальній формі та визначених кримінальним процесуальним законодавством межах. Запропоновано це визначення закріпити у п. 24-1 ст. 3 КПК України. Таку пропозицію підтримали й практичні працівники (Додаток А).

Не менш важливим є суб'єкт, який наділяється повноваженнями щодо такого виду розсуду у кримінальному процесі. З огляду на сам термін, такими суб'єктами владних повноважень є тільки судді. Ю. Грачова влучно зазначає, що це зумовлено тим, що тільки судді наділені правом виносити вирок і

призначати покарання [35, с. 22], його вид та/або розмір, передбачені санкцією відповідної статті. Проте не слід забувати, що не тільки суд уповноважений на розсуд у кримінальному праві. Так, прокурор також уповноважений на власний розсуд прийняти рішення про закриття кримінального провадження на підставі відсутності події або складу кримінального правопорушення.

Визначення міри свободи вибору під час суддівського розсуду є тим елементом, який є гарантією незалежного та демократичного суду шляхом надання певної свободи. Визначаючи межі такої поведінки, він попереджає суддівське свавілля. Враховуючи те, що суддівський розсуд – це повноваження, що надаються судді під час вибору поведінки під час прийняття рішення щодо конкретної справи, то міра такого розсуду виступатиме як обмеження такого повноваження.

З цього приводу М. Шаргородський зазначав, що побудова диспозиції і санкції у кримінальному праві тісно пов'язані з межами суддівського розсуду, адже саме вони встановлюють ту міру свободи, в якій судді уповноважені обирати варіанти здійснення правосуддя. Він зазначає, що визначеність самої диспозиції повинна впливати і на санкцію: чим вужча за визначеністю норма, встановлена в диспозиції, тим менший обсяг свободи розсуду повинен надаватися суду в санкції статті [185, с. 96].

Межі суддівського розсуду зустрічаються не тільки в санкціях статей Особливої частини, а й у Загальній частині Кримінального кодексу України, у випадках, передбачених його нормами, і, зокрема, з огляду на індивідуальні обставини кожної справи. Так, судом у разі встановлення обтяжуючих справу обставин не може бути призначене покарання за наявності обставин, що пом'якшують його, на засадах статті 691, таким чином обмежуючи суддівський розсуд на підставах, передбачених у Загальній частині Кримінального кодексу України [69].

Загалом питання визначення меж суддівського розсуду у праві загалом і в його кримінальній галузі зокрема є вирішальними для справедливого та

незалежного відправлення правосуддя в нашій країні. Як зазначає В. Вапнярчук, межі суддівського розсуду – це сутнісна характеристика процесуальної діяльності суду [23, с. 1].

Водночас варто зазначити, що в кримінальному процесуальному законодавстві особливу роль відведено головному, тому головуючий уповноважений надати дозвіл на відхилення від зазначених вище правил у судовому засіданні. Таке рішення ухвалюється ним, базуючись на суддівському розсуді. У КПК України, у ст. 3, що присвячена визначенню основних термінів Кодексу, немає визначення суддівського розсуду. З огляду на вказане, виникає потреба звернутися до наукової літератури. Так, наприклад, варта уваги позиція відомого дослідника Аарона Барака [8, с. 13–14], який розглядає суддівський розсуд як повноваження, надане особі, яка володіє владою вибирати між двома чи більше альтернативами, коли кожна з них є законною. Науковець зазначає, що суддівський розсуд апріорі не є ні емоційним, ні розумовим станом. На його думку, це радше юридична умова, за якої суддя має право робити вибір із декількох варіантів. А. Барак використовує для пояснення цього явища таке порівняння: «Це начебто правовий шлях привів до роздоріжжя, і суддя повинен, не маючи ясного та точного стандарту для керівництва, вирішити, яким шляхом іти». Тобто автор наголошує на можливості вибору, а не на свободі, незалежній від будь-яких чинників. Він говорить про те, що розсуд передбачає «радше зону можливостей, аніж просто одну позицію» [8, с. 15].

Натомість В. Вапнярчук вважає, що під судовим розсудом у кримінальному процесі необхідно розуміти здійснюваний у регламентованому законом порядку специфічний вид правозастосовчої діяльності суду, сутність якого полягає у здійсненні з підстав, визначених законом, за вчасною волею вибору з декількох рівнозаконних альтернатив найбільш ефективної (дієвої), виходячи з визначених законом мети, завдань, принципів кримінального провадження, його конкретних обставин та сформованої доказової бази, а також керуючись морально-правовими

категоріями справедливості, добросовісності, розумності та пропорційності [23, с. 239]. Найбільш вдалою, на нашу думку, є методика, запропонована В. Вапнярчуком. Вважаємо, що такий підхід має стати основою для розробки законодавчих тлумачень суддівського розсуду, і пропонуємо законодавчо закріпити дане визначення терміну «суддівський розсуд» у статтю 3 Кримінально-процесуального кодексу України було дещо виправлено для спрощення розуміння наступного формулювання: «Судовий розсуд - правозастосовча діяльність суду, що здійснюється в установленому законом порядку, у тому числі щодо забезпечення максимально ефективної альтернативи, враховуючи встановлені законом цілі, засади, обставини та доказову базу кримінального провадження, а також відповідно до законів моралі і справедливості, добросовісності, розумності та категорії пропорційності».

Наділення суду дискреційними повноваженнями має тривалу історію та сприяє забезпеченню здійснення правосуддя. Воно є важливим і необхідним складником судової діяльності. При цьому варто зазначити, що здійснення судового розсуду не суперечить жодному з принципів права, насамперед принципу законності. При розгляді справи суду нечасто трапляються такі норми, які є абсолютно визначеними. коли у кримінальному законі не можливо детально описати ситуацію, в якій суд діятиме й ухвалюватиме рішення, йому надається право на здійснення дискреції при розгляді деяких питань. Законодавець тому й передає на розсуд суду вирішення низки правових питань, оскільки сам не здатний їх повністю врегулювати, адже для цього потрібен спеціальний підхід у кожному конкретному випадку.

Проблема суддівського розсуду у вітчизняній юриспруденції є наразі даниною окремих дисертаційних досліджень; судді до неї ставляться вельми насторожено – як конституційні судді, так і судді загальних судів. І це не дивно, оскільки така ситуація сягає корінням ще часів Російської імперії та її наступника – Радянського Союзу. Незважаючи на таке насторожене ставлення до суддівського розсуду, він визнається як невід’ємна складова при

призначенні кримінальних покарань (ст. 65 КК), призначенні покарання нижче встановленої нижчої межі міри покарання (ст. 69 КК). Наприклад, зазначені критерії суддівського розсуду в кримінальних справах є нічим іншим, як застосуванням принципів права, тобто аналогії права, що у панівній доктрині кримінального права ніби не визнається. Хоча реалії судової практики такі, що певні критерії щодо призначення кримінальних покарань мають формулюватися суддівським співтовариством, оскільки йому таку широку свободу розсуду надає власне закон, зокрема зазначені положення КК та відносно визначені санкції за склади злочину, передбачені Особливою частиною КК.

При вирішенні цивільних або господарських спорів свобода розсуду суду також є варіативною, оскільки суду необхідно надати оцінку належному ступеню конкретизації положень ЦК чи ГК при укладанні та виконанні відповідно до умов цивільного чи господарського договору.

За таких обставин суд стає останньою інстанцією визначення розуміння основоположного принципу свободи договору, оскільки положення ЦК чи ГК визначає лише істотні умови договорів і не обов'язково завжди всі. Всі означені ситуації є відображенням вічного питання і дилеми юриспруденції – конкретизації принципів права у формі закону та їх інтерпретації у формі судового рішення. Слід нагадати про *differentia specifica* інтерпретації конституції органами конституційного правосуддя у силу природи конституційного права як сукупності основоположних цінностей і принципів права, які конкретизуються у відповідних правах людини та повноваженнях органів публічної влади.

На рівні вищих судових інстанцій вирішується питання рівного і однакового масштабу застосування судами приписів законодавства у світлі основоположних принципів права, що зумовлює важливість дослідження суддівського розсуду. Це має безпосереднє відношення до забезпечення об'єктивного, повного і всебічного дослідження обставин справи й належного застосування закону, що є основою для обґрунтування судових

рішень.

Виходячи з означеного, нами буде коротко охарактеризовано природу суддівського розсуду у світлі обґрунтованості рішень судів апеляційної та касаційної інстанцій. У першій частині буде розкрито взаємозв'язок принципу верховенства права і суддівського розсуду, зокрема у контексті заборони свавілля. У другій частині буде з'ясовано особливості суддівських стратегій при реалізації суддівського розсуду. Насамкінець, буде розкрито значення суддівського розсуду у формуванні сталої судової практики.

У правовій доктрині виникає ситуація, коли питанням суддівського розсуду приділяється більше уваги, ніж іншим суб'єктам, до яких воно може застосовуватися. Зрозуміло, що такий інтерес науковців має декілька логічних пояснень водночас. Як правильно зазначив Ю.В. Грачов, тільки суддя має право виносити вирок і призначати покарання, вибирати його вид і розмір, а часто і одночасно. Крім того, судді можуть не погоджуватися з правовими оцінками обставин справи, наприклад, викладеними слідчими, і давати власні оцінки. Дана суддею оцінка матиме вирішальне кримінально-правове значення.

При цьому вчений зазначав, що термін «суддівський розсуд» є більш лаконічним, аніж «розсуд суддів, слідчих і допитувачів» і тому більш вживаний серед правознавців [35, с. 116]. Певною мірою позиція автора є логічною, але деякі терміни можуть викликати суперечки.

Фактично на суд покладено обов'язок вирішувати провадження по суті, і лише суд може остаточно визначити винуватість чи невинуватість особи. Проте в даному випадку слід застерегти від помилки у визначенні характеру розсуду судді, який вважається основним змістом кримінального провадження.

Суб'єкти, які мають право на розсуд при прийнятті рішень, що мають юридичне значення, використовують розсуд для виконання покладених на них завдань у межах, дозволених кримінально-процесуальним законодавством. Цей розсуд також може бути остаточною (наприклад, у

випадках, коли прокурори вирішують закрити кримінальне провадження через відсутність події або складу кримінального правопорушення). Тому, розуміючи важливість остаточного судового рішення, необхідно також пам'ятати, що розсуд інших суб'єктів кримінального провадження також може істотно вплинути на результат кримінального провадження.

Водночас Грачова Ю.В. порушила важливе питання правильності використання термінології при аналізі дискреційних повноважень суддів. Отже, автор тут відмічає існування двох схожих термінів «суддівський розсуд» і «судовий розсуд» [35, с. 116]. Однак це також передбачає, що поняття «судовий розсуд» має використовуватися у справах, пов'язаних із розсудом судів як інституту судової влади. Однак термін «судова влада» доцільно використовувати в контексті позначення життєво важливої частини судової діяльності, яку здійснюють лише судді [35, с. 116].

У такій позиції вчених є як переваги, так і недоліки. Дійсно, правосуддя (або судовий контроль) у кримінальному процесі здійснюють не установи, а окремі суб'єкти. Водночас визнано некоректним твердження про те, що право на розсуд у кримінальному провадженні має розглядатися окремо від органу, який його здійснює. Судові рішення в основному виносяться судами, що підкреслює їх важливість не лише для учасників окремих кримінальних проваджень, а й для правової системи в цілому з точки зору формування сталої правозастосовної практики. У зв'язку з цим можна сказати, що існує проблема вибору правильного концептуального інструменту. Однак це не означає, що такі питання є важливими для аналізу свободи дій у кримінальному процесі.

Дослідивши академічні роботи з даного питання, можна зробити висновок, що більша частина вчених застосовує термін «суддівський розсуд» [138; 3; 64] хоча бувають і винятки [107, с. 44–47]. А.А. Хайдаров й О.А. Папкова, це вчені які є прихильниками позиції, згідно якої поняття «суддівський розсуд» повинна використовуватись відповідно до тих проваджень, які розглядаються одноособово, а «судовий» – у випадках



колегіального розгляду кримінальної справи [179, с. 38].

З одного боку, такий підхід дав би можливість уніфікувати різноманітні точки зору та виробити єдину оптимальну стратегію використання термінології в аналізі правового розсуду. Однак, по суті, такий підхід не вирішує проблеми. Дійсно, певною мірою можна погодитися з тим, що суддівський розсуд є більш актуальним для колегіального розгляду.

Водночас варто пам'ятати, що журі – це не єдиний орган, а група з кількох суддів, які можуть як прийняти одностайне рішення, так і висловити свою індивідуальну думку. Крім того, поділ двох різних термінів не дозволяє визначити різницю, яка повинна існувати між ними.

Також, деякі характеристики особистості самих суддів неминуче впливатимуть на суддівський розсуд, що не можна ігнорувати. Тому говорити лише про дискрецію судової влади некоректно.

Як зазначалося раніше, порівняно з розсудом інших суб'єктів кримінального судочинства розсуд судді викликав і викликає найбільше занепокоєння науковців. Однак цей факт не дає нам права стверджувати, що всі аспекти суддівського розсуду встановлені теоретично. Навпаки, продовження публікацій щодо питання суддівського розсуду є важливою ознакою того, що це питання все ще є актуальним на академічному рівні, і відповідно підкреслює його практичну важливість. «Можна було б очікувати, що через півстоліття після правничого руху реалістів феномен здійснення «судового розсуду» буде настільки добре вивченим, що заслуговує лише згадки. Діяльність, пов'язана з виконанням судового законодавства, не тільки все ще триває, але велика кількість людей у правовому суспільстві та поза ним також викликали різні форми сумнівів щодо його легітимності» – цю думку колись висловив, суддя Едвардс [195, с. 385-388]. Проте ця позиція є актуальною і зараз, тому основні ознаки судового розсуду в кримінальному процесі залишаються актуальним предметом наукового дослідження.

Як зазначає М. І. Клендров, «формула явної перевірки суддівського розсуду не є і не може бути самоціллю. Вона має суто практичний аспект, що

дозволяє швидко і в більшості випадків об'єктивно оцінювати об'єктивні критерії (якщо вони сформульовані), ставлення до рішень, які він ухвалює, та судових актів, які він проголошує, та об'єктивну оцінку з точки зору судді, який здійснює свої суддівські функції у справі, – через оцінку таких дій – самим суддею» [55, с. 6].

Автор наголошує, що формула встановлення єдиного (або подібного) дискреційного повноваження є хибною, а тому насамперед необхідно оцінити наслідки застосування цього дискреційного повноваження, оскільки, аналізуючи виконання завдання кримінального провадження, можна оцінити, чи слід делегувати завдання авторизованим дочірнім об'єктам.

Якщо проаналізувати природу самого розсуду в кримінальному процесі, то можна сформулювати визначення, згідно з яким розсуд визначається як повноваження, яке полягає у вимушеному врахуванні принципів кримінального процесу, професійного досвіду працівників правоохоронних органів, судової та слідчої практики, з кількох запропонованих кримінально-процесуальним законодавством варіантів виконання правових рішень, що мають юридичне значення для конкретних кримінально-процесуальних ситуацій, моралі та етики характеристик суб'єктів правоохоронних органів з метою найкращого забезпечення приватних та публічних інтересів у кримінальному провадженні. Очевидно, що це визначення застосовується до будь-яких дискреційних повноважень у кримінальному провадженні, а отже, застосовне до здійснення цих повноважень судом. У найширшому розумінні дискреційне право (включаючи судовий розсуд) слід тлумачити як можливість вибору одного з кількох варіантів, кожен з яких є законним. Однак, незважаючи на схожість дискреційних повноважень у кримінальному судочинстві, було б некоректно стверджувати повну ідентичність будь-якого суб'єкта, до якого застосовується така свобода розсуду. По-перше, йдеться про структуру відповідного розсуду.

Так, К. П. Єрмакова для кращого розуміння особливостей судового

розсуду запропонувала за аналогією до складу (структури) злочину виділяти наступні елементи судового розсуду: суб'єкт розсуду, об'єкт розсуду та зміст розсуду [45, с. 38]. Отже за словами автора суб'єктом є суд або суддя, все залежить від шикорого або вузького розуміння.

Отже, об'єктом розсуду суду є суспільні відносини, відсутність чи нечіткість правового положення яких перешкоджає вирішенню спірних правових питань. Змістом дискреційних повноважень, у свою чергу, є право та обов'язок суду щодо можливості здійснення дискреційних повноважень.

При цьому варто зауважити, що вчені виходять не з того, що є складом злочину, а з того, що є правовідносинами (хоча названа наукова робота також розглядає як об'єктивні, так і суб'єктивні аспекти розсуду суду) [45, с. 38].

Виходячи із запропонованої структури суддівського розсуду, необхідно надати кілька роз'яснень щодо розсуду в українському кримінальному процесі. Слідчих суддів і суди слід вважати суб'єктами судового розсуду, оскільки вони приймають рішення, що мають правові наслідки, як при здійсненні судового контролю на стадії досудового розслідування, так і при здійсненні суддівських функцій. Судочинство та перегляд судових рішень на судовій стадії. Зрозуміло, що здійснення слідчим суддею судового контролю для прийняття юридично значимих рішень майже завжди потребує використання дискреційних повноважень. Крім того, слідчі судді згідно зі ст. Стаття 94 Кримінально-процесуального кодексу України є предметом оцінки доказів і підкреслює важливість її процесуального вирішення ще на стадії дослідження доказів.

Таким чином, другим суб'єктом судового розсуду є суди. Термін «суд» використовується тому, що необхідно відокремити слідчого суддю від суду для більш повного аналізу досліджуваної установи та уникнення плутанини. Ознакою того, що відбувається цей розкол, повинен бути аспект, де має місце належна розсудливість.

Суддя, який проводить розсуд, здійснює судовий контроль на стадії досудового розслідування. У свою чергу, суд реалізує його на стадії судового

розгляду. Проте в судовій стадії реалізується не лише функція правосуддя, а й функція судового контролю.

Проте слід зважати на той факт, що за процедурними особливостями функції судового контролю на стадії досудового розслідування та на судових стадіях є відносно подібними, тому, наприклад у ст. 331 КПК України, законодавець, описуючи процедуру обрання, зміни або скасування запобіжних заходів, зробив посилання на Главу 18 КПК України, підкреслюючи уніфікований характер відповідних правових процедур [175].

Отже, нами виокремлено ознаки суддівського розсуду, до яких віднесено: 1) інтелектуально-вольовий характер дій судді – його рішення є результатом інтелектуальної і розумової діяльності; 2) особливий суб'єкт суддівського розсуду слідчий суддя (на стадії досудового розслідування) та суд, оскільки вони уповноважені, керуючись власним переконанням, приймати рішення у кримінальному провадженні (а саме, під час реалізації функції правосуддя й перегляду судових рішень на судових стадіях, а також під час судового контролю); 3) встановлення законодавчих меж суддівського розсуду з метою уникнення суддівського свавілля.

### **1.3. Співвідношення засад кримінального процесу і суддівського розсуду**

Конституція України передбачає перелік тих засад, якими в своїй діяльності керуються судді. Так, статтею 129 Конституції України передбачено, що суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права [63].

Основними засадами судочинства є:

- 1) рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом;
- 2) забезпечення доведеності вини;
- 3) змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у

доведенні перед судом їх переконливості;

- 4) підтримання публічного обвинувачення в суді прокурором;
- 5) забезпечення обвинуваченому права на захист;
- 6) гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами;
- 7) розумні строки розгляду справи судом;
- 8) забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках - на касаційне оскарження судового рішення;
- 9) обов'язковість судового рішення.

У КПК України міститься глава 2 «Засади кримінального провадження», де в ст. 7 перераховуються усі принципи кримінального процесу. Зміст та форма кримінального провадження повинні відповідати загальним засадам кримінального провадження, до яких, зокрема, відносяться: 1) верховенство права; 2) законність; 3) рівність перед законом і судом; 4) повага до людської гідності; 5) забезпечення права на свободу та особисту недоторканність; 6) недоторканність житла чи іншого володіння особи; 7) таємниця спілкування; 8) невтручання у приватне життя; 9) недоторканність права власності; 10) презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини; 11) свобода від самовикриття та право не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї; 12) заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне і те саме правопорушення; 13) забезпечення права на захист; 14) доступ до правосуддя та обов'язковість судових рішень; 15) змагальність сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості; 16) безпосередність дослідження показань, речей і документів; 17) забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності; 18) публічність; 19) диспозитивність; 20) гласність і відкритість судового провадження та його повне фіксування технічними засобами; 21) розумність строків; 22) мова, якою здійснюється кримінальне провадження [70].

У Законі України «Про судоустрій та статус суддів» є теж ті засади, якими керуються судді у своїй професійній діяльності. Зокрема:

- незалежність судів (ст. 6)
- право на справедливий суд (ст. 7)
- право на повноважний суд (ст. 8)
- рівність перед законом і судом (ст. 9)
- професійна правнича допомога при реалізації права на справедливий суд (ст. 10)
- гласність і відкритість судового процесу (ст. 11)
- мова судочинства і діловодства в судах (ст. 12)
- обов'язковість судових рішень (ст. 13)

В даному підрозділі ми спробуємо поєднати деякі засади і охарактеризуємо з позиції суддівського розсуду.

#### *Суддівський розсуд та принцип верховенства права*

Прийнято вважати, що під суддівським розсудом слід розуміти «вихідний принцип здійснення правосуддя, що полягає у гарантуванні суб'єктові правозастосування (судді) правомочностей щодо обрання найбільш оптимального варіанта вирішення правового питання, відповідно до нормативно визначених меж, вихідних засад і цілей права, конкретних обставин справи». Авторитетним вважається визначення суддівського розсуду судді Верховного Суду Ізраїлю Аарона Барака, як «повноваження, надане особі, наділеній владою, обирати між двома або більше альтернативами, коли кожна із альтернатив є законною» [8, с. 376].

Принцип верховенства права визначає стандарти до актів судової влади, щоб вони не ухвалювалися свавільно чи містили елементи свавілля. Адже саме у свавільному застосуванні права вбачаються недоліки доктрини суддівського розсуду. Однак згідно з принципом верховенства права судові рішення мають бути належним чином обґрунтовані.

Зокрема, згідно з усталеною судовою практикою обґрунтованим визнається рішення, ухвалене на основі повно і всебічно з'ясованих

обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених доказами, які були досліджені в судовому засіданні і які відповідають вимогам закону про їх належність та допустимість, або обставин, що не підлягають доказуванню, а також якщо рішення містить вичерпні висновки суду, що відповідають встановленим на підставі достовірних доказів обставинам, які мають значення для вирішення справи.

Причинами суддівського розсуду вважають абстрактний характер права, особливості та недоліки законодавчої техніки. Це стає джерелом для дебатів у судовому засіданні між сторонами стосовно дійсного змісту положень закону, виходячи із особливостей конкретної ситуації. Водночас існує ніби потенційна небезпека сповзання судів у прерогативи законодавця щодо правового регулювання, коли, посилаючись на необхідність подолання недоліків законодавства, суд підмінюватиме його функції. Ця точка зору обґрунтовується з міркувань демократичного представництва, якого нібито немає в судах. На цей рахунок у нас протилежна точка зору, оскільки суддів ми розглядаємо як невід'ємну складову народу України, які пройшли конкурсний відбір на основі закону серед фахівців у галузі права і згідно із законом великих чисел загалом репрезентують професійний зріз правосвідомості суспільства. Щодо формування складу Верховного суду США Роберт Даль пише, що Суд «...є невід'ємною складовою домінуючого національного [законотворчого, lawmaking] альянсу», оскільки «здається, що це спирається на політичні обставини, адже нереально припускати, що Суд, члени якого добираються [recruited] у ході формування Верховного Суду відповідно до норм права і справедливості, істотно би розходилися із композицією іншої частини політичної еліти».

З цього випливає, що результати професійного добору на посаду суддів реально характеризують стан юриспруденції і юридичного співтовариства, оскільки за звичайних обставин діятимуть так само будьякі кваліфіковані юристи, які б пройшли добір на посаду судді, як і чинні судді, які здійснюють

ці функції офіційно.

Це має вирішальне значення для розуміння ступеня обґрунтованості судових рішень та визначення основних критеріїв щодо застосування суддівського розсуду. Оскільки судді добираються на професійній основі, а засадою легітимності їхніх рішень є вимога обґрунтованості, то вони мають переваги перед актами парламенту чи іншої легіслатури, наділеної регуляторними функціями, оскільки рішення останніх ґрунтуються на політичних обставинах. Також важливий принцип репрезентативності у суддівському корпусі, коли має місце відповідно до вимог закону розгляд справи у складі суддівської колегії, що може мати наслідком дебати стосовно передбачуваних наслідків судового рішення або коли має місце майже рівний розподіл голосів суддів у складі колегії.

Принцип верховенства права спрямований на обмеження свободи розсуду, орієнтуючи саме на обґрунтованість судових рішень. Зокрема, у рубриці «Заборона довільних дій» стосовно судів у якості обґрунтованості рішень визнано такі критерії: 1) існування норм, які забороняють свавілля; 2) існування обмежень щодо свободи розсуду та 3) необхідність обґрунтовувати рішення. Це є необхідним для правової визначеності, оскільки вимога обґрунтованості судових рішень полягає насамперед у тому, що вони мають бути засновані на законі.

Тому остаточні рішення судів не можуть ставитися під сумнів і мають безумовно виконуватися, гарантом чого є держава, а неухильне виконання судових рішень є надійним фундаментом правової державності.

Таким чином, свобода розсуду судді полягає у обранні оптимального варіанта вирішення юридичної справи, виходячи із основоположних принципів права, зокрема, поваги до прав людини, верховенства права та демократії [183; 184]. На нашу думку, за сучасних вимог верховенства права розсуд має застосовуватися обережно за розумним обґрунтуванням і свобода вибору повинна мати дійсно малий діапазон. При цьому судді не повинні схилитися до надмірної інновації права, особливо у разі ухвалення нових



законів.

Навіть незважаючи на усталений принцип *nullum crimen sine lege*, який визнається, як фундаментальний у міжнародному праві, це «не є перешкодою для судового розгляду, а також для покарання будь-якої особи за будь-яку дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення становила кримінальне правопорушення відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями» (ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Як справедливо зазначає С. Погребняк, цей принцип був включений у цю Конвенцію з метою запобігання хворобам, властивим недемократичним режимам, та покарання «посиленої державою злочинності» є проявом одночасно дії принципів права.

Конституцією України закріплено принцип верховенства права, визнано людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю в Україні, значно розширені можливості захисту прав і свобод людини і громадянина, а також юрисдикція судів та національна база законодавства. Аналіз положень Конституції України засвідчує розширення нею сфери суддівського розсуду. Перш за все Конституція України поширила юрисдикцію судів на всі правовідносини, що виникають у державі, і виключила можливість здійснення правосуддя іншими, ніж суди, органами чи посадовими особами та заборонила делегування функцій судів, основними з яких є правосуддя та судовий контроль (стаття 124). Наведене конституційне положення не виключає суддівського розсуду при вирішенні питання прийняття відповідної позовної заяви, заяви, скарги до розгляду.

#### *Незалежність судів та суддівський розсуд*

На нашу думку, незалежність судів повинна гарантуватися з урахуванням інших законодавчих гарантій, інтересів осіб, що звертаються до суду, інтересів суддів і суспільства в цілому, за допомогою регламентації певних положень на законодавчому рівні. Держава і суддівське самоврядування відповідальні за гарантування і захист незалежності та

недоторканності судової влади. Незалежність повинна гарантуватися в усіх аспектах судової діяльності шляхом забезпечення особливого порядку обрання суддів а бо їх призначення на посаду та звільнення з посади; заборонаю будь-якого впливу на суддів; захистом їх професійних інтересів; особливим порядком притягнення до дисциплінарної відповідальності; забезпеченням державою особистої безпеки суддів та їхніх сімей; гарантуванням фінансування та належних умов для функціонування судів і діяльності суддів, їх правового та соціального захисту; заборонаю суддям на лежати до політичних партій і профспілок, брати участь у будь-якій політичній діяльності, мати представницький мандат, займатися за сумісництвом певними видами діяльності; притягненням до юридичної відповідальності винних осіб за неповагу до суддів і суду тощо. Деякі із декларованих положень стосуються суддівського розсуду. Зокрема, суддя у своїй діяльності щодо здійснення правосуддя є незалежним від будь-якого незаконного впливу, тиску або втручання (п.1 ст.6 Закону України «Про судоустрій та статус суддів») [148]. На нашу думку, це є однією із ключових засад суддівського розсуду, в частині незалежності прийняття відповідних рішень.

Наступним підґрунтям для здійснення правосуддя є п.2 ст.6 Закону України «Про судоустрій та статус суддів») [148], де зазначено, що «...суддя здійснює правосуддя на основі Конституції і законів України, керуючись при цьому принципом верховенства права. Втручання у діяльність судді щодо здійснення правосуддя забороняється і має наслідком відповідальність, установлену законом та «... суддя не зобов'язаний давати жодних пояснень щодо суті справ, які перебувають у його провадженні, крім випадків, установлених законом (п.3 ст.6 Закону України «Про судоустрій та статус суддів») [148].

Такі положення українського законодавства, що передбачають гарантії незалежності суддів, відповідають вимогам §1 статті 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини, яка у відповідній частині передбачає: «кожна людина ...має право на справедливий і відкритий розгляд впродовж

розумного строку незалежним і безстороннім судом, створеним відповідно до закону» [62].

Застосування статті 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини як в цивільній, так і в кримінальній галузі права передбачає право на «розгляд... незалежним і безстороннім судом, встановленим законом» . Це положення закріплює «право на суд». Воно включає три елементи, в першу чергу – це наявність «суду», створеного на підставі закону, причому такого, що відповідає критеріям незалежності і безсторонності. По-друге, суд повинен мати достатньо широкі повноваження для того, щоб приймати рішення по всім аспектам спору чи звинувачення. Крім того, особа повинна мати право доступу до суду [62].

Європейський суд з прав людини, розглядаючи питання про право на незалежний суд, зазначив у справі Беліуса (А 132 параграф 64), що «...суд (...) повинен відповідати ряду (...) вимог – незалежності, особливо від виконавчої влади, безсторонності...».

Поняття «незалежний суд» охоплює два основні аспекти: незалежність від виконавчої влади і від сторін (справа Рінгайсена, А 13 параграф 95). При оцінці незалежності до уваги необхідно взяти такі міркування: «... при визначенні того, чи може орган вважатись незалежним, суд повинен розглянути спосіб призначення членів суду, тривалість їх перебування на посаді, існування гарантій проти тиску на них ззовні, і питання про те, чи орган являє собою вияв незалежності» (справа Фіндлей, Reports 1997 – I, с.198 параграф 73).

Щодо безсторонності суду існує дві вимоги: суд повинен бути суб'єктивно вільний від упередження чи зацікавленості в результаті справи, по-друге, він також має бути безсторонній з об'єктивної точки зору, тобто має запропонувати досить гарантій для виключення будь-якого обгрунтованого сумніву стосовно його безсторонності (справа Фіндлей, *op. cit.*). Щоб задовольнити ці вимоги, суд повинен відповідати суб'єктивному і об'єктивному тесту: «Існування безсторонності для цілей статті 6 параграф 1

повинно визначатись згідно суб'єктивного тесту, тобто на підставі особистого переконання окремого судді в даній справі, і також згідно об'єктивного тесту, тобто встановлення, чи суддя має гарантії, достатні для виключення будь-якого законного сумніву стосовно безсторонності» (справа П'єрсак, А 53 параграф 30).

Як зауважував Суд, суддя є безсторонній, поки зворотне не буде доведено (справа ле Компта, ван Лейвена і де Мейра, А 43 параграф 58). До того ж необхідно зазначити, що, крім всього, суди зобов'язані заслуговувати на довіру учасників процесу, особливо обвинувачених.

#### *Право на справедливий суд та суддівський розсуд*

У працях щодо сфери судочинства загалом і міжнародно-правового захисту права на справедливий судовий розгляд зокрема (наприклад, дисертаційні роботи за спеціальностями «12.00.10 – судоустрій; прокуратура та адвокатура» та «12.00.11 – міжнародне право», зокрема дослідження С.В. Луніна «Принцип змагальності сторін як конституційна гарантія справедливого судочинства в Україні», 2011 р., О.Б. Прокопенка «Право на справедливий суд», 2011 р., О.В. Яценко «Суддівський розсуд як засіб забезпечення справедливості судочинства», 2015 р., У.З. Коруц «Міжнародно-правовий захист права на справедливий судовий розгляд в практиці Європейського суду з прав людини та правозастосовна практика України», 2015 р.). Натомість усі наведені й інші наукові дослідження із цієї проблематики датовані раніше, аніж указане право було безпосередньо нормативно закріплено в національному законодавстві, до того ж вони не враховують тих змін, що відбулися нещодавно в процесуальному законодавстві у зв'язку з унесенням змін до процесуальних кодексів Законом України від 03.10.2017 № 2147-VIII.

Проаналізувавши таку судову практику, можемо помітити значний рівень дискреції при трактуванні суддями законів, втім завжди діятиме золоте правило: суддя користується свободою вибору тільки тоді, коли кожен із відкритих для нього варіантів допустимий з погляду перспективи системи і

не володіє розсудом вибирати альтернативу, яка незаконна, навіть якщо такий вибір не виявиться оскарженим [40, с. 293]. Під час тлумачення конституції та законів суддя робить дискреційний вибір для визначення належного співвідношення між об'єктивними та суб'єктивними цілями, на досягнення яких прийнятий нормативно-правовий акт. Дискреційні повноваження набувають важливого значення для реалізації завдань судочинства. Застосовуючи норми права з усіма властивими їм недоліками, суддя навіть за найсуворішого дотримання букви закону в окремих випадках не застрахований від помилки. Коли ж суддя реалізує надані йому дискреційні повноваження, він спирається не лише на норми закону, але й на «дух закону», принципи права, засадничі ідеї, правові та моральні цінності, які переломлюються через його власну правосвідомість, що забезпечує максимально індивідуалізований підхід до вирішення кожної судової справи та, в кінцевому результаті, справедливість судового рішення. Саме «особистість» судді, вважає Є. Ерліх, вирішує, чи дотримуватися «букви закону», чи духу права. Недосконалість «особистості» – імовірність зловживань [17, с. 112]

На сьогоднішній день, ситуація ускладнена тим, що починаючи з 2019 року у зв'язку з пандемією, визваною COVID-19 та з 2021 року воєнним станом. Вища рада правосуддя ухвалила рішення «Про доступ до правосуддя в умовах пандемії гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» та рекомендувала судам неухильно дотримуватися приписів постанови Кабінету Міністрів України від 11 березня 2020 року № 211 щодо запровадження карантину з метою запобігання поширенню коронавірусу COVID-19, а також надала судам такі рекомендації:

- безперервно здійснювати судочинство у невідкладних справах, які визначені процесуальними кодексами та судами (суддями), з дотриманням балансу між правом на безпечне довкілля для суддів, сторін у справах та правом доступу до правосуддя;

- за можливості проводити судові засідання в режимі реального часу у

мережі Інтернет;

- на час дії карантину організувати гнучкий графік роботи суддів та працівників апаратів судів, зборам суддів встановити чергування суддів для вирішення невідкладних процесуальних питань та невідкладних справ в особливих видах проваджень;

- обмежити доступ у судові засідання осіб, які не є учасниками проваджень;

- судові засідання проводити з використанням суддями та сторонами у справах засобів індивідуального захисту;

- здійснювати опрацювання кореспонденції в електронному вигляді;

- за наявності технічної можливості забезпечити працівникам апарату суду умови для виконання посадових обов'язків дистанційно;

- довести до відома учасників судових процесів можливість відкладення розгляду справ у зв'язку з карантинними заходами.

Тому статтею 64 Конституції України передбачено, що права і свободи людини та громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України. У Конституції наголошується, що право на справедливий суд не може бути обмежене в умовах воєнного та надзвичайного стану. Статтею 3 Конституції України встановлено, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Згідно зі статтею 50 Конституції України кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди [63].

Отже, право на справедливий суд не може бути обмежено, однак, визначаючи справедливий баланс між правом особи на життя, здоров'я, безпеку та довкілля та правом на справедливий суд, слід звернути увагу на вроджений пріоритет особи. Право на життя та право на безпечне довкілля,

які визнаються всіма цивілізованими народами та країнами, є спільним надбанням європейської правової традиції, що забезпечує їх закріплення за Українською державою на території України як позитивний обов'язок. Тому утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 1 Конституції України). В умовах пандемії українські суди, працюючи незалежно від судів чи юрисдикцій, віддають перевагу життю та здоров'ю людини як найвищій соціальній цінності, забезпечуючи та гарантуючи насамперед право на життя та здоров'я людей, а також право на захист. — тобто право на неупереджений суд. Адже в Основному Законі України передбачено, що навіть у воєнному чи надзвичайному стані діяльність судів не може бути зупинена.

*Розумність строку та суддівський розсуд*

Відповідно до п. 1 ст. 6 Конвенції «Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення» [62]. ЄСПЛ зазначає, що у кримінальних справах «розумний строк», про який йдеться у п. 1 ст. 6 Конвенції, починається з того часу, коли особі було пред'явлено обвинувачення: це може статись як до моменту розгляду справи в суді (рішення у справі «Девеєр проти Бельгії»), так і з дня арешту, дня, коли відповідна особа була офіційно повідомлена, що проти неї висунуто обвинувачення у справі, або з дня, коли було почате попереднє слідство (рішення у справі «Вемгофф проти Німеччини»). Закінчення цього «строку» у кримінальних провадженнях припадає на закінчення кримінального провадження в цілому, включаючи стадії апеляційного та касаційного оскарження. Строки досудового розслідування чітко регламентовані у Кримінальному процесуальному кодексі України.

Підозрюваний, обвинувачений, потерпілий мають право оскаржити прокурору вищого рівня недотримання розумних строків слідчим,

прокурором під час досудового розслідування згідно зі ст. 308 КПК. Якщо прокурором вищого рівня встановлено, що скарга на порушення розумних строків є обґрунтованою, прокурор задовольняє скаргу, про що повідомляє заявника та водночас надає відповідному прокурору обов'язкові для виконання вказівки щодо строків вчинення певних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень. Крім цього, ч. 6 ст. 28 КПК передбачає право підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого на звернення до прокурора, слідчого судді або суду з клопотанням, у якому викладаються обставини, що обумовлюють необхідність здійснення кримінального провадження (або окремих процесуальних дій) у більш короткі строки, ніж ті, що передбачені цим Кодексом. Також відповідно до ст. 114 КПК для забезпечення виконання сторонами кримінального провадження вимог розумного строку слідчий суддя, суд має право встановлювати процесуальні строки у межах граничного строку, передбаченого цим Кодексом, з урахуванням обставин, встановлених під час відповідного кримінального провадження [70].

Стаття 13 Конвенції не вимагає надання спеціального засобу правового захисту від надмірної тривалості провадження; достатніми можуть бути загальні конституційні та судові позови, наприклад, про встановлення позадоговірної відповідальності з боку держави. Такі дії, однак, мають бути ефективні як за законом, так і на практиці. Передбачені законодавством загальні механізми оскарження дій держави можуть вважатися «ефективним» засобом правового захисту, якщо у відповідному нормативно-правовому акті буде чітко вказано, що такі механізми є застосовними до скарг щодо надмірної тривалості провадження. У рішенні у справі «Кочіарелла проти Італії» від 29 березня 2006 року (п. 74) ЄСПЛ зазначив, що «якщо судова система не може забезпечити виконання свого обов'язку щодо розгляду справи протягом розумного строку, найбільш ефективним вирішенням проблеми є засіб правового захисту, спрямований на прискорення провадження з метою запобігання його затягуванню. Такий засіб правового



захисту пропонує незаперечні переваги перед тим, який передбачає лише компенсацію, оскільки він також запобігає констатації кількох послідовних порушень по відношенню до одного і того самого провадження, а не лише компенсує порушення постфактум, як це відбувається у випадку суто компенсаційного механізму». Можливість звертатися до вищої інстанції для прискорення провадження (встановлення належного строку для здійснення відповідних процесуальних кроків або проведення слухань) за відсутності конкретної процедури не розглядатиметься як ефективний засіб правового захисту, коли результат такого звернення залежить від розсуду відповідного органу влади, а заявникові не надано права примусити державу здійснювати свої наглядові повноваження [62].

Отже зазначимо, що під дієвими засобами правового захисту від надмірної тривалості провадження розуміємо комплекс конкретних заходів, спрямованих на запобігання порушенням права на розгляд справи в розумний строк. З метою забезпечення права на розгляд справи в розумний строк законодавець може передбачити такі засоби захисту: 1) прискорення (запобігання), у тому числі надання сторонам можливості подати скаргу (заяву, клопотання)) прискорення розгляду справи. а) у кримінальному провадженні — перед прокурором, слідчим, суддею чи судом; б) у цивільному провадженні — у суді. 2) Компенсаційні, що передбачають право на компенсацію у разі порушення розумних положень досудового розслідування або загальних кримінально-процесуальних положень і положень цивільного судочинства.

За ст.28 КПК України законодавець «розумними» вважає строки, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень [70]. Дані строки не можуть перевищувати норми, встановлені Кримінальним процесуальним кодексом України, який регулює вчинення чи виконання окремих процесуальних дій чи ухвалення процесуальних рішень. Частина 3 стаття 28 Кримінально-процесуального кодексу визначає критерії визначення розумних строків кримінального

провадження. До цих критеріїв законодавець відносить:

- складність кримінального провадження, яка визначає кількість підозрюваних, обвинувачених і кримінальних правопорушень, які підлягають притягненню до кримінальної відповідальності, обсяг і деталі необхідних процесуальних дій для здійснення досудових дій. розслідування;

- кримінально-процесуальну поведінку учасників;

- спосіб здійснення слідчим, прокурором і судом своїх повноважень.

Так, закріплюючи конкретні строки, законодавець, ураховуючи, що така категорія, як «розумність строків розгляду справи судом», проголошена як одна з основних засад (принципів) кримінального процесу (ст.28 КПК), а своєчасність розглядається як здійснення дій, прийняття рішень протягом розумного строку вже закладає в ці строки «розумність».

1. Головне питання, яке постає, – який строк слід вважати розумним, як його визначити. Вважаємо, перш за все, що цей строк охоплює собою все провадження. У кримінальному провадженні цей строк починається тоді, коли особі вперше було «висунуто обвинувачення» в розумінні ст. 6 Конвенції, а це може статися до судового розгляду (наприклад, з моменту затримання) («Елке проти Німеччини» (Eckle v. Germany)) [191]. Строк, який береться до уваги, включає апеляційне і конституційне провадження, якщо його результати можуть вплинути на результат розгляду справи («Бухгольц проти Німеччини» (Buchholz v. Germany)) [22]. Якщо орган влади виступає стороною у справі й сам затримує хід провадження (наприклад, падання доказів), то відповідальність за ці дії нестиме держава відповідно до ст. 6 («Бараона проти Португалії» (Baraona v. Portugal)) [10]. Держава не несе прямої відповідальності за затримку, якщо затримка сталася з вини особи, але підстави для відповідальності можуть виникати після закінчення розумного строку без виправдання, залежно від того, чи вжив суд достатніх заходів для прискорення провадження чи надмірно затримав провадження. Питання про те, скільки часу має тривати судовий процес, є «розумним», у судовій практиці немає конкретної відповіді. Адже для

кожного випадку терміни залежать від його конкретних обставин.

Ми погоджуємося з думкою Кучинської О.П., що багато залежить від характеру провадження, кількості інстанцій, поведінки сторін та органів влади. Для визначення «розумного строку» судового розгляду справи Європейський суд оцінює такі обставини: – загальна тривалість розгляду справи в суді; – складність справи; – наслідки для сторони-заявника недодержання розумного строку розгляду справи у суді; – особиста поведінка обвинуваченого; – оперативність роботи судового органу [75, с. 44-49].

Отже, строки, які об'єктивно необхідні для реалізації передбаченої законом процесуальної поведінки та прийняття рішень у кримінальному провадженні, можна вважати розумними. Процесуальні дії та рішення в жодному разі не повинні перевищувати строки, встановлені Кримінально-процесуальним кодексом України. Під розумним строком слід розуміти строк для уникнення надмірних і необґрунтованих затягувань кримінального провадження (в тому числі досудового розслідування та судового розгляду кримінальних справ).

*Засада безпосередності дослідження показань, речей і документів та суддівський розсуд.*

Принцип безпосередності показань, предметів, документів пов'язаний з іншими принципами кримінального процесу та суддівського розсуду таким чином: 1) порушення одного принципу кримінального процесу обов'язково веде до порушення інших основних і вихідних принципів кримінально-процесуального права; 2) показання, безпосередність предметів, документів у поєднанні з іншими вихідними положеннями кримінального процесу мають опосередковувачий вплив на кримінально-процесуальні відносини; 3) зв'язок загальних цілей, без внутрішніх протиріч між окремими елементами і між самою основою; 4) у різних формах втілюють (прямо чи опосередковано) цей зв'язок між принципами кримінального процесу, оскільки в деяких випадках принцип негайного дослідження свідчень, речей і документів розвиває і доповнює положення інших принципів, у яких він

виступає як гарантія реалізації і сприяє його реальній реалізації, і навпаки, принцип негайного дослідження показань, предметів і документів не може бути належним чином реалізований без дотримання інших принципів кримінального процесу; 5) наявність горизонтальних і вертикальних взаємопов'язаних методів залежить від важливості правової чинності та її нормативних положень до основної системи кримінального процесу.

Нормативний зміст принципу негайності показань, речей, документів становить сукупність чотирьох попередніх положень, згідно з якими суди, слідчі судді, прокурори, слідчі зобов'язані: 1) особисто досліджувати (сприймати, досліджувати, оцінювати) докази; 2) ґрунтувати свої рішення на доказах, досліджених особисто; 3) використовувати первісні докази, якщо останні відсутні; 4) забезпечувати безпосередню участь інших суб'єктів кримінального провадження в межах, передбачених законом, та інформувати їх про кримінальне провадження у справі.

На стадії досудового розслідування застосовується принцип негайного розгляду заяв, справ і документів, покладаючи обов'язок безпосереднього дослідження доказів на слідчого, прокурора, а у випадках, встановлених Кримінальним процесуальним кодексом України, на слідчого суддю. Терміновість дослідження доказів є такою, що вони повинні: 1) особисто проводити слідчі (розшукові) дії у конкретних кримінальних провадженнях, а у випадках, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом України, також проводити негласні слідчі (розшукові) дії, у їх провадження 2) прийняття процесуальних рішень на основі оцінки особисто сприйнятих фактичних даних.

Ми вважаємо, що мистецтво недосконале, оскільки воно відходить від безпосередніх принципів. Стаття 97 Кримінально-процесуального кодексу України «Свідчення інших осіб», якою передбачено, що показання іншої особи можуть бути використані як докази, і при цьому визнається, що показання іншої особи є усною, письмовою або іншою заявою про певний факт, який базується на тлумаченні іншої особи. Згідно з цією статтею, суд

уповноважений приймати свідчення інших осіб як допустимий доказ, незалежно від можливості допиту особи, яка дає попередній переклад, і у виняткових випадках, якщо такі свідчення є прийнятними відповідно до інших правил прийнятності доказів.

Адже правила, встановлені цією статтею, можуть бути суттєвою перешкодою для встановлення істини у справі, оскільки особи, які дають показання зі слів інших осіб, не можуть нести відповідальності за їх неправдивість. У процесі розслідування злочину не допускається використання чутоків, які по суті можуть бути показаннями інших осіб, оскільки обвинувачення має ґрунтуватися на доказах, а достовірність доказів може бути перевірена. Як наслідок, це може призвести до наклепу на завідомо невинних, що, у свою чергу, може призвести до неправильних суджень про винуватість чи невинуватість злочинців і прямо порушити загальні засади кримінального провадження, судовий процес, особливо принцип безпосередності.

Таким чином, норми щодо показань інших осіб, які передбачають використання як доказів показань інших осіб про конкретні обставини, що мають значення у кримінальному провадженні, є недостатніми та потребують удосконалення. Відповідно до вимог кримінально-процесуального закону показання інших осіб є допустимим доказом. Вважаємо, що такі докази у кримінальному провадженні мають бути досліджені в обов'язковому порядку, оскільки вони безпосередньо впливають на здійснення суддівського розсуду – рішення суду у справі.

Так, ці правові норми можуть бути суттєвою перешкодою для суддів при оцінці всіх доказів, оскільки люди, які свідчать зі слів інших, не можуть нести відповідальності за їх неправдивість. У зв'язку з цим пропонується внести зміни до Кримінального процесуального кодексу України та передбачити необхідність дослідження таких доказів.

У даній роботі ми дослідили питання реалізації принципу безпосередності перевірки доказів і документів у кримінальному процесі на

стадії судового провадження, і тому можемо зробити такі висновки: 1) законодавцю зайве встановлювати умови від яких залежить перевірка доказів сторін, при повторному дослідженні доказів; 2) недоцільно вводити до чинного кримінально-процесуального кодексу України норму про повторну перевірку поданих сторонами доказів до відводу судді з кримінальної справи та призначення нового (не резервного) судді, оскільки пізніше учасники мали достатньо можливостей, щоб отримати повне розуміння із порядком пред'явлення доказів шляхом ознайомлення з відеозаписом судового засідання; 3) принципи безпосередності дослідження доказів сторонами та раціональності застережень однаково корисні для забезпечення справедливого вироку судом, тому, регулюючи їх у кримінально-процесуальному законодавстві, їхню частку варто шукати золоту середину у їньому співвідношенні.

На стадіях перегляду судових рішень (провадження в суді апеляційної інстанції, провадження в суді касаційної інстанції, провадження за нововиявленими або виключними обставинами) ефективність цього принципу дуже обмежена, що визначається конкретними обставинами кримінально-процесуальної діяльності на кожній стадії.

Принцип безпосередності повністю дотримується в контексті безпосереднього дослідження доказів під час провадження в апеляційній інстанції. Залежно від того, чи здійснює суд апеляційної інстанції безпосередню перевірку доказів, рішення суду може ґрунтуватися як на оцінці ним особисто сприйнятих фактичних даних під час апеляційного розгляду, так і на оцінці суду першої інстанції. Принцип безпосередності має мало спільного з провадженням у суді касаційної інстанції, оскільки він не проводить прямого перегляду доказів. Ступінь, до якого принцип безпосередності може бути забезпечений у судовому процесі у нововиявлених ситуаціях, залежить від того, який суд першої інстанції переглядає рішення суду в цій ситуації.

Вчені, навіть коли вони одностайні в загальній характеристиці

правових принципів, при встановленні конкретного переліку принципів в їх системі, кожен має свою власну думку. Суб'єктивізм при вирішенні даної проблеми представляється важкоздоланим.

Проте в науці кримінального процесуального права вироблені різні підходи до обговорення проблеми принципів, і їх поєднане застосування дозволяє долати однобічність наших поглядів на принципи.

Комплексне реформування законодавства України обумовлює необхідність по-новому розглядати проблеми кримінально-процесуальної науки, у тому числі пов'язані з правовими принципами, що діють у сфері кримінального судочинства. Обрана тема дослідження має не лише важливе теоретичне значення, вона також є актуальною і з практичної точки зору, оскільки охоплює одні з центральних стадій кримінального процесу, стосується всіх його суб'єктів, сприяє захисту прав та свобод осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні. Недостатня розробленість досліджуваного питання в юридичній науці потребує особливо виваженого підходу до аргументації відповідних теоретичних положень та висновків з метою розробки необхідних у даній сфері рекомендацій.

## **Висновки до розділу 1**

1. Витоки у дослідженні цього інституту кримінального провадження знайшли свій прояв ще у Стародавньому Римі, де третейські арбітри здійснювали правосуддя у побутових спорах. Звернено увагу на те, що, на відміну від присяжних суддів, третейські судді вирішували спори, опираючись на власний розсуд.

Доведено, що суддівський розсуд у кримінальних справах широко використовувався у період Запорізької Січі. Так, судьями у той час була вся військова старшина (кошовий отаман, писар, військовий осавул, довбиш, паланковий полковник, іноді й самі козаки). Види покарань були

різноманітними, у багатьох випадках – страта, і визначалися вищевказаними особами на власний розсуд.

2. Зроблено висновок, що у КПК України відсутнє визначення суддівського розсуду. З огляду на це, запропоновано дефініцію «суддівський розсуд», під яким варто розуміти нормативно закріплену інтелектуально-вольову діяльність судді, суду, яка є правозастосовною і полягає у виборі і прийнятті найбільш оптимального і правильного правового рішення з тих чи інших питань, здійснюється у процесуальній формі та визначених кримінальним процесуальним законодавством межах. Окрім цього, запропоновано це визначення закріпити у п. 24-1 ст. 3 КПК України.

3. Обґрунтовано позицію, що здійснення суддівського розсуду не суперечить жодній із засад кримінального провадження, в тому числі, засаді законності. У кримінальному процесуальному праві наявні норми, які не є чітко визначеними і потребують спеціального підходу при вирішенні правових питань. Саме тому законодавець наділяє додатковими повноваженнями суддів для того, аби повно та ефективно розглянути матеріали кримінальних проваджень з метою притягнення винних осіб до відповідальності.



## РОЗДІЛ 2

### ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ

#### 2.1. Види суддівського розсуду, їх межі та класифікація

Здійснення правосуддя на засадах верховенства права, забезпечення кожному права на справедливий суд є життєво важливими для суспільства, особливо в сучасних реаліях, коли люди вразливі до будь-якої несправедливості і треба докласти багато зусиль для доведення неупередженості з боку суду. Довіра до всієї судової системи і до кожного судді окремо формується, перш за все, внутрішньо. Кожна особа і розумом, і серцем повинна відчувати, що правосуддя мало місце, воно дійсно вершилось, а прийняте не на користь особи рішення, навіть те, яке було скасовано вищими судовими інстанціями, не було свавільним, неправосудним, незаконним. Правосуддя виступає однією з головних функцій державної судової влади, правової держави в цілому та потребує ефективного забезпечення, передусім кадрового. Це пов'язано з тим, що якість правосуддя визначається й ставленням суддів до його відправлення. У зв'язку з цим саме суддівський розсуд стає тим засобом, який може подолати правову і фактичну невизначеність на шляху до справедливого і законного рішення. У сучасний період суддівському розсуду приділяється багато уваги. Однак, незважаючи на високу наукову і практичну цінність праць, які висвітлюють проблеми розсуду, вони здебільшого мають галузевий характер і стосуються суддівського розсуду у кримінальному провадженні. У той час, як комплексне дослідження такого поняття, як суддівський розсуд при прийнятті рішень, його ознаки, види, стадії, межі дозволеної свободи судді, не проведено і досі.

Залежно від підстави суддівського розсуду у кримінальному праві при призначенні покарання поділяється на: а) розсуд при застосуванні санкцій особливих частин Кримінального кодексу України, при цьому за видом

санкції виділяють два підвиди - відносно визначення (елементи з відносною або абсолютною визначеністю) і альтернативна; б) уповноваження, яке виникає при застосуванні уповноважених норм; в) оціночний розсуд; г) розсуд у застосуванні неоднозначних правових понять.

При цьому є критично важливим додержання стандарту, згідно з яким «не повинно бути жодного вільного розсуду по відношенню до фактів, на підставі яких особа, уповноважена приймати рішення, посадовець або суддя приймає таке рішення».

При визначенні форми прояву суддівського розсуду завжди зачіпається питання суддівських стратегій. За будь-яких умов судді не є творцями закону, вони лише можуть вносити певні інновації в його розуміння. Водночас слід мати на увазі, що «судова активність, доведена до крайності, може означати смерть верховенства права».

У цьому світлі доволі проблематичними є погляди, згідно з якими при застосуванні судами примусу «від імені держави, але в інтересах усього суспільства... суди здійснюють легалізацію владної волі держави, використовуючи механізми, установлені самою ж державою через систему чинних законів».

Така ідея суперечить одній із ціннісних установок, що зумовлюють зміст судової влади – забезпечення прав людини, які одночасно виступають межею діяльності влади. За будь-яких умов призначенням суду є конкретизація і деталізація положень законів у світлі фактичних обставин конкретної справи. Саме *specifica differentia* конкретної справи і визначає ступінь суддівського розсуду та форми суддівського активізму (стратегій).

Загалом можна виділити три основні суддівські стратегії, у рамках яких реалізується певною мірою суддівський розсуд, – стримування, нейтральності та активізму. Їхні елементи можуть поєднуватися залежно від особливостей конкретної справи, їх суб'єктного складу, складності фактичних обставин, темпорального перебігу, загального впливу на динаміку правової системи тощо.

Наприклад, згідно із методом автономного тлумачення Конвенції Європейський суд з прав людини сформулював так звані критерії Енгеля щодо визначення кримінально-правових аспектів делікту, оскільки залежно від цього йде процес кваліфікації спору чи щодо змісту та обсягу цивільних прав та обов'язків чи щодо кримінального обвинувачення. Згідно з прецедентним правом ЄСПЛ критерії Енгеля визначаються за трьома параметрами: 1) класифікація у національному праві; 2) природа правопорушення; 3) суворість санкції.

Окремо, щоб встановити, чи належить конкретна справа до кримінального обвинувачення, достатньо того, аби правопорушення, про яке йдеться, за своєю природою було злочином або за нього передбачалося покарання, яке за своїм характером та ступенем суворості є загальнокримінальним. Це не виключає спільного використання і того чи іншого критерію у випадках, коли аналіз кожного з них окремо не дає підстав зробити однозначного висновку про існування в справі кримінального обвинувачення (рішення у справі «Юссіла проти Фінляндії»).

Це приклад поєднання стратегій нейтральності та судового активізму у практиці ЄСПЛ. Прояв стратегії нейтральності полягає в тому, що Суд залежно від природи правопорушень і санкцій дає кваліфікацію певного діяння власне як кримінального, відмежовуючи його від інших видів юридичної відповідальності. Судовий активізм проявляється у самій методиці автономного тлумачення, суть якої полягає у наданні тлумачення положень Конвенції без безпосереднього зв'язку із національним правом, водночас поважаючи принцип *margin appreciation*.

Вважають, що нібито можливе застосування аналогії в публічному праві лише щодо правовідносин, які не передбачають встановлення прав і обов'язків суб'єкта, але порядок реалізації їх не передбачений, тобто для процесуального права, але не матеріального. Тому зазначається, що аналогія притаманна для приватного права, де діє дозвільний принцип «дозволено все, що не заборонено законом». Відповідно до галузі права, де встановлюється

юридична відповідальність – кримінальне, адміністративне, податкове – застосування аналогії є недопустимим. Насправді, тут аналогія не допускається стосовно визначення юридичного складу в якості правопорушення, натомість призначення міри юридичної відповідальності передбачає аналогію, а тим більше розсуд, яскравим прикладом чого слугують вимоги статті 65 КК, яка зобов'язує враховувати при призначенні кримінального покарання пом'якшуючі та обтяжуючі обставини.

Для визначення ступеня обґрунтованості та збалансованості судових рішень у світлі суддівських стратегій слід звернути увагу на принцип пропорційності. Зокрема, професор С. Погребняк вважає, що «цей принцип адресовано також суддям, які, застосовуючи закон, виступають у ролі оцінювачів обмежувальних дій законодавця. Використовуючи цей принцип, судді поступово (від рішення до рішення) розробляють систему критеріїв про межі правомірного втручання законодавця у те чи інше право».

Обрання виду стратегії у ході ухвалення судового рішення має відповідати матеріальним критеріям, насамперед захисту прав і свобод людини. При цьому суд має зважувати запроваджені заходи чи то у формі законодавства, чи то адміністративних заходів на предмет забезпечення балансу приватних і публічних інтересів, їх адекватності, доречності і достатності. Суддя Конституційного Суду України Станіслав Шевчук визнає, що принцип пропорційності «спрямований на захист прав та інтересів громадян *vis-a-vis* державної влади, вимагаючи, щоб державне втручання через прийняття та застосування правових актів відповідало своїй меті».

За будь-яких обставин, судові рішення мають забезпечувати «контроль за тим, щоб виконавча влада не перевищувала надані їй повноваження, роль, значущість якої останнім часом значно підвищилась, завдяки підвищенню складності державного управління та посиленню бажання громадськості оскаржувати урядові (у найширшому сенсі) рішення».

У вітчизняній практиці було проведено велику кількість досліджень на тему класифікації меж суддівського розсуду. Межі розсуду в праві є поняттям

багатоаспектним, яке потребує аналізу не лише нормативної бази, а й інших факторів, які тією чи іншою мірою обмежують розсуд уповноважених осіб кримінального провадження. В.А. Берендюхін у дослідженні меж розсуду вказує на необхідність і доцільність розсуд суду обмежувати тільки процесуальними нормами [14, с. 8–9.]. О.А. Папкова із цього приводу зазначала таке: «Право на застосування судового розсуду не безмежне. Межі – це невід’ємна властивість будь-якого права, адже за відсутності меж право перетворюється у свою протилежність і перестає бути правом» [127, с. 99].

А.Н. Березін зазначав, що межі правозастосовного розсуду – це встановлені шляхом особливого правового інструментарію межі, у яких суб’єкт правозастосування на основі комплексного аналізу обставин юридичної справи уповноважений винести оптимальне рішення з погляду принципів законності, справедливості й доцільності [13, с. 95].

Л.Н. Берг дійшла висновку, що межі судового розсуду – це межі, установлені уповноваженими суб’єктами, які за допомогою правових юридичних засобів чітко обмежують обсяг застосування права [12, с. 108].

К.С. Єрмакова на підставі аналізу робіт інших учених дійшла висновку, що межі судового розсуду – це необхідні обмеження, які гарантують застосування цього інституту в частині забезпечення правомірності й доцільності прийнятого судом рішення [45, с. 64].

О.В. Корабліна, підкреслюючи важливість не лише правового, а й соціального елемента під час аналізу цього поняття, зазначала, що межі розсуду – це соціально-юридичні обмеження свободи дії правозастосувача, у рамках яких він зобов’язаний винести оптимальне рішення по конкретній справі [65, с. 7].

А.А. Хайдаров установив сутність меж судового розсуду через перелік нормативно-правових актів, які визначають межі можливого вибору судді (суддів) одо процесуального рішення та процесуальної дії [179, с. 252]

А. Березін у своїх дослідженнях провів розгляд на основі різних критеріїв і виділив такі класифікації меж розсуду: за галузями права (в

адміністративному, цивільному, кримінальному судочинстві), за джерелом закріплення (у нормативно-правових актах, в інтерпретаційних актах), за ознакою формального закріплення (закріплені та формально не закріплені у нормативних актах), за способом закріплення (якісні, кількісні), залежно від стадії правозастосовного процесу (у процесі встановлення фактичних обставин справи; під час встановлення юридичних обставин справи; у процесі винесення рішення по справі; у процесі контролю за виконанням винесеного рішення), за ступенем визначеності (абсолютно визначені, відносно визначені) [13, с. 96–114].

К. Єрмакова, намагаючись зробити поділ меж суддівського розсуду, робить кілька класифікацій: за сферою застосування (приватно-правові та публічно правові); залежно від норм права, що регулюють його межі (матеріально-правові та процесуальні); залежно від джерела вияву (зовнішні, закріплені у формально визначених нормах, і внутрішні, тобто такі, що відображені в моральності, культурі та світоглядній настанові) [45, с. 71].

Своєю чергою П. Марков поділяє межі суддівського розсуду на об'єктивні та суб'єктивні [100, с. 79]. Таким чином, вказуємо, що вчені під час визначення меж розсуду та їх класифікації, використовуючи різні формулювання, так само дотримуються ідеї їх поділу на об'єктивні та суб'єктивні. Об'єктивними при цьому визнаються ті межі, що встановлюються законом (нормативно-правовими або інтерпретаційними актами) і не залежать від судді. Суб'єктивними ж визначаються межі розсуду, для яких вирішальною ознакою є суб'єкт здійснення правосуддя та його індивідуальні характеристики, такі як світогляд, виховання, культура, розуміння таких фунда ментальних понять як «справедливість», «необхідність», «внутрішні переконання», «ставлення до конкретної справи».

Так, наприклад, у Кримінально-процесуальному кодексі України поняття «межі» вжито 150 разів. За цим поняттям законодавець визначає обсяг компетенції (п. п. 8, 9, 15 ч. 1 ст. 3 КПК України), межі компетенції (п. 17 ч. 1 ст. 3 КПК України, ст. 25 КПК України, ч. 7 ст. 110 КПК України), меж

територіальної юрисдикції (п. 20 ч. 1 ст. 3 КПК України, ч. ч. 1, 3 ст. 32 КПК України, ч. ч. 2, 3 ст. КПК України, ч. 7 ст. 100 КПК України), територіальні межі (п. 20 ч. 1 ст. 3 КПК України, ч. ч. 1, 3 ст. 32 КПК України, ч. ч. 2, 3 ст. КПК України, ч. 7 ст. 100 КПК України)), меж території (ч. 2 ст. 4 КПК України, п. 19 ч. 2 ст. 36 КПК України), меж прав (ч. 1 ст. 26 КПК України), меж органів (ч. 5 ст. 36 КПК України), часових меж (ч. 6 ст. 36 КПК України, ч. 1 ст. 113 КПК України), меж знань експерта (ч. 4 ст. 101 КПК України), меж розміру застави (ч. 5 ст. 182 КПК України) тощо. У даному випадку вбачається, що КПК України використовує саме зазначені вище поняття для визначення чіткої рамки – межі однорідних явищ можна виділити відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства. Тобто, вживаючи слово «обмеження», законодавець вводить певні обмеження (часові, територіальні, обмеження повноважень), які мають відповідати конкретному завданню, поставленому перед суб'єктом кримінального провадження протягом конкретного періоду часу. Подібна ситуація і при визначенні характеру дискреційних обмежень. Обмеження дискреційних повноважень повинні визначати певні рамки, за допомогою яких відповідні дискреційні повноваження можна відрізнити від зловживань, нехтування чи прямого порушення прав.

Встановивши природу меж розсуду, необхідно проаналізувати обставини, за яких ці межі були визначені. У вчених немає єдиної точки зору з цього питання. Так, О.А.Папкова стверджує, що існують загальні та специфічні межі суддівського розсуду. Загальні межі встановлені законом, є універсальними і зустрічаються в будь-якій справі, яка розглядається і вирішується в суді. До них належать: 1) предмет судового розсуду; 2) предмет розсуду; 3) умови розгляду справ і вирішення окремих процесуальних питань; 4) незалежність суддів; 5) завдання судової влади. Конкретні обмеження суддівського розсуду під час обрання визначаються таким чином: 1) перелік умов, встановлених альтернативними правовими нормами; 2) особливі умови, пов'язані з конкретною нормою; 3) категорії розумності,

доцільності, добросовісності, справедливості, моральності. .

Л. Н. Берг вказує на існування матеріально-правових (норми законодавства та судова практика, правові принципи та фактичні обставини справи) та процедурно-процесуальних (повноваження судів, зміст позовних вимог сторін спору), «тимчасових меж», «суб'єктивних меж») стосуються обмежень судового розсуду [12, с. 10–11].

А. А. Березін одразу класифікує меж розсуду на кілька категорій: за галузями права (адміністративне, цивільне, кримінальне та ін.), За ознакою формальної регламентації ((формально закріплені, не закріплені безпосередньо в нормативно-правовому акті), за джерелом закріплення (у нормативно-правових актах, в інтерпретаційних актах), за способом закріплення (якісні, кількісні), залежно від стадії правозастосовного процесу (у процесі встановлення фактичних обставин справи; під час установаження юридичних обставин справи; у процесі винесення рішення по справі; у процесі контролю за виконанням винесеного рішення), за ступенем визначеності (абсолютно визначені, відносно визначені) [13, с. 96–114]. Така класифікація меж розсуду дозволяє нам всебічно розглянути його у різних нормативно-правових сферах, враховуючи всі особливості та винятки які можуть виникнути при їх застосуванні.

І. Н. Сеняткін, А. Б. Стьопін та В. Д. Підмосковний виділяють форми, види та типи судового розсуду. До цих форм науковці відносять межі у приватному праві, межі у публічному праві та межі міждисциплінарного характеру; межі судового розсуду, що виникають до розгляду справи по суті, а також межі, що виникають після розгляду, досудові стадії, межі судового розсуду на стадії судового перегляду та стадії вирішення по суті. Серед видів меж судового розсуду автор виділяє межі суддівського розсуду, пов'язані з правовою основою та процесуальними гарантіями, межі суддівського розсуду через наявність конкретних правових ситуацій (специфікаційне тлумачення). Відповідно, на думку науковців, межі суддівського розсуду можна поділити на зовнішні (не пов'язані із законом), внутрішні (пов'язані із законом) та



світоглядні (пов'язані з особистістю суддів) [160, с. 194–196].

Також подібну позицію підтримує П. В. Марков, який виділяє дві групи меж судового розсуду: суб'єктивні та об'єктивні [100, с. 79].

Комісаров К. І. висловив власну думку з питання про види меж розсуду і визначив такий перелік: загальна характеристика права, цілі законодавця, конкретні обставини справи, правові принципи, закономірності суспільного розвитку, особистий досвід судді [61, с. 26].

К. С. Єрмакова також наводить декілька класифікацій меж судового розсуду:

1) залежно від сфери функціонування:

– приватноправові;

– публічно-правові;

2) залежно від поділу норм права, що регулюють зміст правовідносин:

– матеріально-правові;

– процесуальні;

3) залежно від форми (джерела) їх прояву:

– зовнішні (відображені в праві);

– внутрішні (відображені в моральності, релігії, культурі тощо) [45, с.

71]. Вище проаналізована класифікація меж судового розсуду науковця К. С. Єрмакова, є доволі детальною, що дозволяє краще зрозуміти їх природу.

З огляду на те, що межі суддівського розсуду є обмеженням повноважень судді під час розгляду конкретного кримінального провадження, ми не вбачаємо доцільності класифікації на практиці цих меж за різними критеріями. Але такий їх поділ у теоретичному аспекті дозволяє різносторонньо дослідити вказане явище.

З практичної точки зору для дослідження суддівського розсуду велике значення має судова практика. Зумовлено це тим, що в нормах кримінального права зустрічаються такі положення, які не мають чіткого тлумачення, або ж оціночні поняття, через що судді в кожній справі мають на власний розсуд, враховуючи обставини справи, винести рішення. На практиці це призводить

до того, що у схожих справах різними суддями неоднаково, а й іноді кардинально протилежно тлумачаться та застосовуються норми права. Так, ст. 81 КК України «Про умовно-дострокове звільнення від відбування покарання» передбачено, що воно застосовується лише до осіб, які своєю сумлінною поведінкою та ставленням до праці довели власне виправлення [69]. За такої умови поняття «сумлінної поведінки» та «сумлінного ставлення до праці» є оціночними, а отже умовно-дострокове звільнення від покарання може застосовуватися у разі, якщо суд дійде висновку, що поведінка особи була сумлінною. до таких прикладів також відносяться неоднозначно визначені терміни «щире каяття», «сильне душевне хвилювання».

Як зазначає А. Макаренко, важливу роль у формуванні судової практики в країнах континентального права відіграють рішення вищих судів, які можуть слугувати аналогом переконливих прецедентів [81, с. 170]. у нашій країні до таких аналогів належать рішення Верховного суду України, Вищих спеціалізованих судів, конституційного Суду. З однієї точки зору більшість суддівського розсуду відбувається при вирішенні справ у судах першої інстанції, але часто можливі випадки, коли суддями з об'єктивних і суб'єктивних причин по-різному тлумачаться норми кримінального права. у таких ситуаціях для єдиного тлумачення судами нижчих інстанцій відбувається розгляд та аналіз спірного питання вищими судами.

Загалом під час розгляду такої проблематики суди вищої інстанції шляхом видання рішення здійснюють суддівський розсуд. Суди нижчої інстанції мають право не погодитися з рішеннями вищих судів (окрім рішень, які приймає Конституційний Суд під час тлумачення норм конституції), адже вони мають рекомендаційний характер. Проте на практиці, беручи до уваги авторитетність рішень, прийнятих судами вищої інстанції, судді часто здійснюють правосуддя, спираючись на рішення вищих судів. Тобто вищі суди ніби встановлюють межі для суддівського розсуду для судів нижчої інстанції.

А. Макаренко звертає увагу на особливий характер рішень

Конституційного Суду та судів загальної юрисдикції, що мають нормативний характер. Вони виступають як засоби обмеження національної судової системи від довільного судового розсуду під час винесення рішень з аналогічними юридичними фактами справи [81, с. 171].

Підсумовуючи викладений матеріал, ми стверджуємо, що визначення поняття меж суддівського розсуду у кримінально-правовому вимірі, його характерних ознак, меж, а також застосування на практиці сприятиме покращенню діяльності судової системи в Україні та буде гарантією справедливого відправлення правосуддя, з огляду на юридичні факти кожної справи. Враховуючи думку відомих дослідників цього явища, слід взяти до уваги різні підходи щодо його розуміння, використання, значення в теорії та практиці [188].

Слід наголосити, що межі суддівського розсуду можна констатувати у кримінальному провадженні як широкомасштабний кордон вибору того чи іншого рішення, які визначаються положеннями кримінального кодексу України. Вони виступають як обмеження для суб'єктів, які здійснюють правосуддя. Зазначимо, що це дослідження може бути продовжене в напрямі вивчення підходів до розуміння судового розсуду в окремих країнах у різні історичні періоди, враховуючи особливості державного устрою, менталітету осіб, уповноважених на його здійснення, та правову сім'ю країни.

Швидкоплинність правовідносин між учасниками справи, неповна законодавча визначеність цих відносин потребують від судді певних можливостей їх самостійного та оперативного вирішення.

Ще слід звернути увагу на відповідальність, яка лягає на плечі саме суддів судів першої інстанції, оскільки саме вони є першопроходцями і творцями судової практики у нововиниклих правовідносинах.

У деяких випадках законодавець надає можливість альтернативного вирішення питання з урахуванням конкретних обставин справи. І в цьому випадку суддя обирає один із встановлених законом видів поведінки за власним розсудом. Без надання суду такої можливості реалізація завдань

судочинства виявилася б практично неможливою. Особливо це стосується адміністративного судочинства, завданням якого є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів у сфері публічно правових відносин із метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.

Суд (суддя) може вийти за межі позовних вимог, якщо це необхідно для ефективного захисту прав, свобод, інтересів людини і громадянина, інших суб'єктів у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.

Те ж саме стосується і прогалин у законодавстві (відсутня правова норма), коли суддя повинен на свій розсуд знайти правильне (справедливе) рішення.

Досліджуючи питання суддівського розсуду, важливо наголосити, що єдиного визначення в теорії українського права суддівського розсуду (дискреції) немає.

Дослідники О. В. Острогляд та В. І. Кіцелюк зазначають, що аналіз українського законодавства, особливо кримінального, говорить про те, що таке поняття, як суддівський розсуд, активно використовується в українському правосудді. Санкції чи не всіх статей Кримінального кодексу України є альтернативними, що дає змогу і право судді вибирати міру покарання, звичайно ж відповідно до законодавства, що у вузькому значенні й означає суддівський розсуд [124]. В юридичній енциклопедії дискреційні повноваження визначаються як право глави держави, голови уряду, інших посадових осіб органів державної влади діяти за певних умов на власний розсуд у межах закону. Дискреція – вирішення посадовою особою або державним органом будь-якого питання на власний розсуд.

Це будь-які фактично створені законом можливості для представника держави «вирішувати питання» на власний розсуд, зокрема: правила, які передбачають судження/оцінку з боку контролюючих органів і, як наслідок,

допускають неоднозначне тлумачення; «виделки» у законі для застосування санкцій; можливість вибіркового застосування нездійсненого (або такого, який масово не виконується) закону; неоднозначні формулювання самого закону, що допускають різне трактування; суперечності між нормативними актами тощо [193].

Суть суддівського розсуду в основному означає свободу прийняття рішення. Звісно, така свобода необхідна для ефективного здійснення правосуддя, самостійного пошуку варіанта застосування закону, що був би найбільш правильним, виходячи з поставлених законодавцем завдань та особливостей кожної справи. Однак не слід ототожнювати поняття свободи і розсуду, суддівський розсуд не означає суддівського свавілля, існують певні межі свободи при прийнятті рішення.

Отже, надання суддям права приймати рішення на власний розсуд є безумовно ознакою правової держави, однак визначення необхідних у демократичному суспільстві меж такого розсуду як раз і буде свідченням того, що мету правосуддя досягнуто.

В юридичній літературі в основному виділяють два типи обмежень (меж) суддівського розсуду – процедурні (коли суддя робить вибір стосовно дотримання вимоги справедливості суддівського розсуду) та матеріальні (коли суддя відносно доводів, що він бере до уваги, застосовує вимогу розумності) [135].

При характеристиці процедурних обмежень особлива увага звертається на те, що застосування суддівського розсуду повинно бути завжди мотивовано. Варто визнати, що обов'язок викласти мотиви відноситься до найважливіших проблем, з якими зіштовхується суддя, котрий прагне застосувати суддівський розсуд.

При аналізі матеріальних обмежень підкреслюється, що розумність вибору визначається світоглядом судді. Він, у свою чергу, ґрунтується на особистому досвіді судді (його особистості й емоційності) і на соціальних принципах, які визначають його розуміння судової функції [74].

Що ж відбувається, коли суддя виходить за межі суддівського розсуду?  
Чи повинен він нести відповідальність у таких випадках?

Міжнародні документи, зокрема Основні принципи незалежності судових органів, схвалені Резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 р., Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя 1983 р.; Бангалорські принципи поведінки суддів, схвалені Резолюцією 2006/23 Економічної та Соціальної Ради ООН від 27 липня 2006 р.; Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки, ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 р., Європейська хартія про закон «Про статус суддів», ухвалена під егідою Ради Європи 8 липня 1998 р.; Загальна (Універсальна) хартія судді, ухвалена 17 листопада 1999 р. Центральною Радою Міжнародної асоціації суддів у Тайбеї (Тайвань), Висновки першої експертної комісії Міжнародної асоціації суддів, Висновки КРСС для Комітету Міністрів Ради Європи No 1 (2001)» Про стандарти незалежності судових органів та незмінюваність суддів», а також No 3 (2002)» Про принципи й правила, що регулюють професійну поведінку суддів, зокрема етичні норми, несумісну з посадою поведінку та неупередженість», Європейський статут судді, прийнятий Європейською асоціацією суддів у 1993 р. тощо покликані регулювати питання, пов'язані з функціонуванням суддівського апарату, і розкривають всю суть цієї інституції як на міжнародному рівні, так і для кожної країни, яка імплементує норми цих документів у своє законодавство. Згідно з цими міжнародними актами особи, які займають судові посади, повинні мати високі моральні якості і здібності, а також відповідну кваліфікацію в галузі права.

Ці акти стали міжнародною правовою базою питання етичності та моральності суддівського корпусу і відповідно високого статусу судді.

Зміст правового статусу судді визначається метою і завданням його професійної діяльності, соціальною функцією. Відповідно до статті 2 Закону

України «Про судоустрій і статус суддів» [148] суд здійснює правосуддя, чим забезпечує право на справедливий суд.

Правосуддя виступає найбільш надійним і цивілізованим способом розв'язання конфліктів, що виникають у суспільстві, захисту прав і свобод громадян, інтересів громадянського суспільства і держави як внаслідок особливого статусу суддів, що забезпечує їх незалежність при розв'язанні конфліктів, так і завдяки особливій процесуальній процедурі, в якій реалізується суддівська діяльність.

Дослідник І. Є. Марочкін зазначав, що переваги судового порядку вирішення правових конфліктів очевидні і полягають вони в такому: судовий порядок найбільш демократичний та оптимальний; судочинство здійснюється незалежними і професіональними носіями судової влади – суддями, воно детально регламентоване; забезпечується можливість оскарження і перегляду судового рішення [101]. За своєю природою судова влада покликана відображати ідеал справедливості; суб'єкт правозахисту має право очікувати справедливого вирішення юридичної справи судовою владою.

Судовий захист має безперечні переваги перед іншими формами захисту, зокрема адміністративними, бо судова процедура найбільш демократична й оптимальна, закріплює максимальну кількість гарантій прав особи і справедливого вирішення юридично значущих справ.

Основними елементами правового статусу судді є його права та обов'язки, тобто повноваження. Вони розкривають зміст правомірної поведінки судді при здійсненні професійної діяльності, встановлюють її конкретний вид і міру.

Суддя наділений державою функцією правосуддя, а отже і здійснюючи повноваження по вершенню правосуддя, саме судді надається можливість діяти на власний розсуд при прийнятті рішень. Розуміючи важливість та своєчасність суттєвих перетворень у сфері судочинства, набуває особливої актуальності сутність та призначення суддівського розсуду й сфер його

застосування. Визначення меж суддівського розсуду є також безумовно важливим, оскільки з боку громадськості висловлюється невдоволення зайвим використанням суддівського розсуду на межі із суддівським свавіллям.

Всі правознавці, що досліджували вказану проблему, однозначно відзначають необхідність надання судді в ході розгляду та вирішення конкретної справи певних меж суддівського розсуду.

В. О. Немченко дає визначення суддівського розсуду в адміністративному процесі як офіційної, регламентованої нормами адміністративно-процесуального права можливості судді обирати (визначати) найбільш оптимальний варіант рішення (дії) з кількох юридично допустимих його (її) варіантів [119].

На думку В. С. Ковальського, суддівський розсуд можна розуміти як інтелектуально-вольовий елемент судової діяльності, який полягає в розумінні (сприйнятті, зіставленні) суддями предмета розглядуваних справ та прийнятті рішень у відносно визначених межах дії правових норм [57].

Суддівський розсуд – це засіб, який суддя використовує із метою реалізувати свою волю, зробити вибір, прийняти рішення «власними силами» незалежно від якогось стороннього впливу й дії [40].

Однак існування суддівського розсуду у кримінальному процесі піддавалося негативному ставленню з боку науковців [130].

Суть суддівського розсуду в основному означає свободу прийняття рішення. Звісно, така свобода необхідна для ефективного здійснення правосуддя, самостійного пошуку варіанта застосування закону, що був би найбільш правильним, виходячи з поставлених законодавцем завдань та особливостей кожної справи. Однак не слід ототожнювати поняття свободи і розсуду, суддівський розсуд не означає суддівського свавілля, існують певні межі свободи при прийнятті рішення.

Що ж відбувається, коли суддя виходить за межі суддівського розсуду? Чи повинен він нести відповідальність у таких випадках? Не вдаючись до



аналізу видів юридичної відповідальності і можливості притягнення суддів до різного роду відповідальності залежно від тяжкості наслідків, які спричинили його рішення, дії (бездіяльність), зупинимося на притягненні судді до дисциплінарній відповідальності суддів за порушення меж суддівського розсуду.

Не вдаючись до аналізу видів юридичної відповідальності і можливості притягнення суддів до різного роду відповідальності залежно від тяжкості наслідків, які спричинили його рішення, дії (бездіяльність), зупинимося на притягненні судді до дисциплінарній відповідальності суддів за порушення меж суддівського розсуду.

Виходячи із сутності дисциплінарної відповідальності, при вирішенні питання про відкриття дисциплінарної справи слід урахувувати наявність у діях судді загальних ознак дисциплінарного проступку: шкідливі наслідки і наявність причинового зв'язку між ними і протиправними діями.

Вина (винність) особи, яка вчинила порушення, є однією із суттєвих умов, необхідних для того, щоб ці порушення мали наслідком застосування санкцій до особи порушника. Частина друга статті 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» закріплює застереження, відповідно до якого скасування або зміна судового рішення не має наслідком дисциплінарну відповідальність судді, який брав участь у його ухваленні, крім випадків, коли скасоване або змінене рішення ухвалено внаслідок умисного порушення норм права чи неналежного ставлення до службових обов'язків.

Із цього застереження випливає, що суддю неможливо притягнути до дисциплінарної відповідальності за безвинні порушення його обов'язків або за допущення судової помилки.

Що ж до природи судових помилок, то в юридичній літературі склався єдиний підхід до їх визначення. Судова помилка має місце там, де цілей судочинства не досягнуто. Ухвалення помилкового рішення свідчить, що правосуддя не було здійснено правомірно, що були порушені або не захищені суб'єктивні права та інтереси громадян [114].

Якщо визначати судову помилку через недосягнення цілей судової діяльності (судочинства), то про неї треба говорити лише стосовно чинного судового акта, що вирішує справу по суті, оскільки саме останній виступає засобом досягнення цілей судової діяльності. Однак серед науковців немає єдиного погляду на те, що саме варто називати судовою помилкою – результат процесуальної діяльності суду, тобто певний процесуальний документ, чи власне саму діяльність суду, певну процесуальну дію. Чи є судова помилка винним правопорушенням чи в основі її допущення лежить добросовісна помилка?

Уважаємо, що при розкритті змісту судової помилки через недосягнення цілей судової діяльності (судочинства), слід говорити, що вона існує лише стосовно чинного судового акта, який вирішує справу по суті. Попри це власне помилковість рішення суду має бути встановлена за відповідною процедурою, тобто воно має бути змінене чи скасоване вищою судовою інстанцією. У випадку відсутності відповідного рішення вищої інстанції не можемо говорити про наявність судової помилки, оскільки перевірка законності ухваленого рішення не належить до компетенції дисциплінарних органів (на сьогодні це Вища рада правосуддя) – це є винятковим повноваженням судових органів.

Саме наявність добросовісної помилки відрізняє помилку від правопорушення. Добросовісна помилка судді не є караною. За своєю суттю вона є юридичним казусом (від лат. – *casus*), тобто випадком чи дією, що має зовнішні ознаки правопорушення, але позбавлений елемента вини, а отже не є караними [131].

Судова помилка має місце, якщо суддя діяв у межах суддівського розсуду і не припустився грубого порушення при застосуванні норм матеріального або процесуального права; якщо вона є наслідком, зокрема, неправильної оцінки доказів у справі або неправильного застосування норми права і якщо допущені суддею порушення закону не мають систематичного характеру, не обумовлені умисним відступленням від загально визнаних

морально-етичних норм і не дискредитують судову владу. Водночас, незаконний характер судового акту в будь-якому випадку має бути встановлений у відповідному процесуальному порядку. Для характеристики судових помилок не є важливими способи порушення і мотиви, якими керувався суддя. Його помилка завжди буде об'єктивно протиправною, оскільки це результат поведінки, який не відповідає юридичним нормам, обмежує суб'єктивні права будь-кого з учасників процесу, не узгоджується з покладеними на суддю обов'язками по здійсненню правосуддя [178]. Саме ознака винності дозволяє розмежувати сумлінну помилку судді від дисциплінарного правопорушення, що є підставою дисциплінарної відповідальності. Винність протиправного діяння є основною умовою правильної юридичної та соціально-моральної оцінки поведінки судді, гарантією від об'єктивного ставлення за вину (відповідальності за невинне заподіяння шкоди).

Отже, навіть у випадку допущення судом помилки при прийнятті рішення і за відсутності з боку судді винності, можна вважати, що суддя діяв у межах суддівського розсуду.

Недбалість як необережна форма вини суддів межує із судовою помилкою. При судовій помилці, так само як і при проступку, вчиненому через недбалість, суддя не передбачає настання суспільно шкідливих наслідків, хоча повинен був їх передбачити при дотриманні вимог уважності і передбачливості, що обумовлені професійним, службовим обов'язком судді при виконанні норм закону. Проте при судовій помилці суддя не може передбачити настання шкідливих наслідків у результаті стану впевненості в істинності, справедливості й законності своїх рішень.

Основними причинами судових помилок може бути недостатній рівень освіти та професійної підготовки суддів, недостатня юридична кваліфікація, недостатня компетентність, недостатня поінформованість, досвід у поєднанні зі стереотипом мислення судді, наявність недоліків правового регулювання суспільних відносин і, як наслідок, необхідність застосування аналогії права

та аналогії закону, фактор психічного стану судді (стрес, що викликаний високим почуттям відповідальності, монотонністю трудового процесу, швидким перемиканням при прийнятті рішень, ступенем відповідності між очікуваним та дійсним у праці, тривалим емоційним напруженням), недбале ставлення та не достатня увага до справи, низький рівень культури праці, корупція тощо.

Розмежування сумлінної (добросовісної) судової помилки від дисциплінарного проступку має складне теоретичне та важливе практичне значення. Адже перед членом ВРП (палатою) при вирішенні питання про наявність (відсутність) у діяльності судді складу дисциплінарного проступку постає надскладне завдання. І залежно від прийнятого ними рішення можна говорити про дотримання основних, фундаментальних принципів юридичної, зокрема і дисциплінарної, відповідальності, а саме: принципу невідворотності покарання; принципу справедливості та відповідності застосовуваного покарання до вчиненого діяння, принципу неможливості застосування юридичної відповідальності без вини тощо. У будь-якому випадку вирішення питання про наявність (відсутність) підстав для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, здійснення уповноваженими органами належної кваліфікації поведінки судді та оцінка її наслідків має відбуватися з дотриманням відповідних гарантій справедливої дисциплінарної процедури та обґрунтованого застосування дисциплінарних заходів.

Однак відсутність чіткої врегульованості в питанні можливості притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності за вихід за межі суддівського розсуду має наслідком занадто широке трактування цього поняття членами ВРП.

Так, для прикладу можна навести рішення Третьої дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя «Про притягнення судді П. до дисциплінарної відповідальності» [28].

З вказаного рішення вбачається, що скаржник звернувся до ВРП зі

скаргою на дії судді П. у зв'язку з відмовою у відкритті касаційного провадження. Підставою для прийняття ухвали про відмову у відкритті касаційного провадження було те, що «скаржник не може точно назвати дату отримання судового рішення», а також, що «із доданої скаржником до заяви про поновлення процесуального строку копії супровідного листа апеляційного суду вбачається, що йому надсилалася копія ухвали апеляційного суду».

Оцінюючи обставини, встановлені під час розгляду дисциплінарної справи, Третя Дисциплінарна палата зважала на таке. Згідно із частиною першою статті 325 ЦПК України касаційна скарга може бути подана протягом двадцяти днів з дня набрання законної сили рішенням (ухвалою) апеляційного суду. У вказаному випадку цей строк скаржником Л. пропущено. Відповідно до статті 73 ЦПК України суд поновлює або продовжує строк, встановлений відповідно законом або судом, за клопотанням сторони або іншої особи у разі його порушення з поважних причин.

Закон не встановлює чіткого переліку обставин, урахувуючи які суд може поновити строк на касаційне оскарження, передбачаючи широкі межі суддівського розсуду при вирішенні цього питання. Втім, це не означає, що такий розсуд є необмеженим. При поновленні пропущеного строку на касаційне оскарження неминуче відбувається втручання в принцип *res judicata*, тому поновлення строку повинно бути пропорційним та виправдовуватися справді вагомими причинами.

Непоновлення строку за наявності «справді вагомих причин» є порушенням статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Третя дисциплінарна палата з посиланням на рішення Європейського суду з прав людини вказала, що обмеження права на звернення до суду повинно бути пропорційним, унаслідок його застосування не повинна порушуватися (викривлюватися) сама сутність цього права на доступ до суду.

У зв'язку з цим, за результатами розгляду дисциплінарної справи суддю П. притягнуто до дисциплінарної відповідальності. Фактично, дисциплінарний орган виходив з того, що суддю П. було перевищено межі суддівського розсуду. Однак, взявши на себе функцію визнавати судові рішення протиправним, дисциплінарна палата не мотивувала, які ж межі цього суддівського розсуду, хто їх має право встановлювати, хто має право обмежувати суддю у прийнятті рішень, прийнятих із дотриманням норм матеріального і процесуального права, виходячи із аналізу матеріалів справи, встановлених обставин, наданих доказів тощо, тобто без допущення свавілля.

Відсутність чітких критеріїв для відмежування від добросовісної суддівської помилки свавільних судових рішень або рішень, ухвалених унаслідок недбалості, зумовлює труднощі у притягненні суддів до відповідальності. З одного боку, це сприяє уникненню суддями відповідальності, а з іншого – змушує багатьох суддів працювати під тиском можливого застосування відповідальності за відсутності юридичної визначеності у цьому питанні. Фактично, це відкриває шлях до можливості притягнення судді до відповідальності за будь-яке рішення, що може стати наслідком у найближчому майбутньому для повного знищення такого поняття, як «суддівський розсуд».

Тому для правозастосовної практики важливо запропонувати критерії свавільного судового рішення, судового рішення, ухваленого внаслідок недбалості, та судового рішення, ухваленого в межах суддівського розсуду. Послідовне і справедливе застосування заходів відповідальності допоможе зростанню довіри до системи правосуддя [186].

Варто зазначити, що у науці кримінального процесу пропонуються різні класифікації щодо суддівського розсуду. Ми намагалися зробити її максимально широкою та по-можливості охопити всі сторони. Тому виглядає вона наступним чином:

1. В залежності від видів суддівського розсуду:
  - процедурні (коли суддя робить вибір стосовно дотримання вимоги

справедливості суддівського розсуду);

- процесуальні (використує кримінальні процесуальні норми)
- матеріальні (коли суддя відносно доводів, що він бере до уваги,

застосовує вимогу розумності).

- меж судового розсуду:

2. В залежності від сфери функціонування:

– приватно-правові;

– публічно-правові;

3. В залежності від поділу норм права, що регулюють зміст правовідносин:

– матеріально-правові;

– процесуальні;

4. В залежності від суддівської стратегії, у рамках якої реалізується мірою суддівський розсуд:

- стримування;

- нейтральність;

- активність або ініціативність.

5. В залежності від форми (джерела) їх прояву:

– зовнішні (відображені в праві);

– внутрішні (відображені в моральності, релігії, культурі тощо).

6. Позаправові фактори прийняття рішень суддею:

- особисті (освітній рівень, суспільне становище, професійний та життєвий досвід, прийняття рішень на власний розсуд тощо);

- політичні (політична належність та переконання, хоча ми розцімімо, що судді не мають бути політично заангажованими);

- економічні (фактори, що пов'язані з обігом грошей, товарів, інформації та енергії)

7. Залежно від специфіки прийняття рішень:

- по справедливості;

- по закону.

8. Щодо меж судового розгляду:

- морально-правові (справедливість, добросовістність, відчуття обов'язку, чесність);
- етичні (суддя повинен бути прикладом законслухняності, неухильно додержуватися присяги й завжди поводитися так, щоб зміцнювати віру громадян у чесність, незалежність, неупередженість та справедливість суду; має уникати будь-якого незаконного впливу на його діяльність, пов'язану зі здійсненням правосуддя).

8. Щодо обмеження на суддівську дискрецію при тлумаченні:

- процесуальні (процесуальні обмеження гарантують спра-ведливість при здійсненні суддівського розсуду в судовому процесі, а саме суддя повинен рівно ставитися до сторін у процесі, своє рішення приймати на підставі фактів і доказів, представлених до суду, власне рішення він має обґрунтовувати та вмотивовувати, суддя повинен бути незалежним і безстороннім, не мати особистої зацікавленості в результатах розгляду справи та бути неупередженим тощо);
- органічні (органічні обмеження означають, що здійснення дискреції має бути раціональним, послідовним та узгодженим, суддя також повинен діяти розумно, беручи до уваги ті обмеження, які накладаються правовою системою)

9. В залежності від стадій або етапів кримінального процесу (в даному випадку, у зв'язку з досліджуваною темою):

- на досудовому розслідуванні;
- при здійсненні судового розгляду;
- при винесенні вироку;
- у апеляційному та касаційному провадженнях.

10. В залежності від підстав при призначенні покарання поділяється на:

- розсуд при застосуванні санкції Особливої частини КК України; тут виділяються два підвиди залежно від виду санкції – відносно визначений



(з елементами відносної або абсолютної визначеності) та альтернативний;

- правомочний, який виникає при застосуванні уповноважуючих норм;

- оціночний розсуд;

- розсуд при застосуванні неоднозначних юридичних понять.

11. Поділ дискреційних повноважень суду:

- які, підлягають перегляду

- які, не підлягають перегляду.

12. за способом обґрунтування:

- інтуїтивні рішення;

- рішення, які ґрунтуються на судженнях;

- раціональні рішення.

13. за способом прийняття:

- одноособові рішення;

- колегіальні рішення.

Підсумовуючи, можна сказати, що суддівський розсуд повинен бути завжди здійснюватися згідно з правилами розуму та справедливості, а не відповідно до індивідуальної думки. Здійснення дискреційних повноважень зазвичай обмежується вказівками або принципів і здійснюється на основі фактів і обставини конкретної справи. Дискреційні повноваження суду не є необмеженими і не довільним, але обґрунтованим і розумним, керуючись принципами. Зловживання повноваженнями є фатальним для справи і справедливості, як і сама мета, для якої вона надається.

Отже, певним чином удосконаливши дану класифікацію, представлено авторську класифікацію суддівського розсуду за такими критеріями: 1) в залежності від сфери функціонування: приватно-правові; публічно-правові; 2) залежності від поділу норм права, що регулюють зміст правовідносин: матеріально-правові; процесуальні; 3) в залежності від суддівської стратегії, у рамках яких реалізується мірою суддівський розсуд: стримування; нейтральність; активність або ініціативність; 4) в залежності від форми

(джерела) їх прояву: зовнішні (відображені в праві); внутрішні (відображені в моральності, релігії, культурі тощо); 5) залежності від стадій або етапів кримінального процесу (в даному випадку, у зв'язку з досліджуваною темою): на досудовому розслідуванні; при здійсненні судового розгляду; при винесенні вироку; у апеляційному та касаційному провадженнях; 6) за способом обґрунтування: інтуїтивні рішення; рішення, які ґрунтуються на судженнях; раціональні рішення; 7) за способом прийняття: одноособові рішення; колегіальні рішення.

## **2.2. Прояв суддівського розсуду на різних стадіях кримінального процесу**

Як раніше ми зазначали, дискреційні повноваження суддів є дуже широким поняттям через різні види рішення, ухвалені суддями за тих самих обставин. Здійснення дискреційних повноважень, наданих судді, є вагомим у судовому провадженні. Певної міри розсуду не уникнути, оскільки законодавча влада не може передбачити всі випадки, які можуть виникнути в судовому провадженні. Термін суддівський розсуд ніде не визначено ні в статутах, ні в інших нормативно-правових джерелах, хоча воно регулярно здійснюється судами. Це здійснюється коли суддя отримує повноваження відповідно до чинних норм, який вимагає судді вибирати між декількома різними, але однаково дійсними напрямками дій.

Розсуд є неминучим в кримінальному судочинстві і це неможливо передбачити в самій події в судовому розгляді, тому з цією метою судді надається дискреційне право приймати рішення справедливо відповідно до фактів і обставин. Саме з цієї причини у кожному законодавчому акті ми зазвичай знаходимо такі слова, як «як вважають суди належним чином», «як суд вважає розумним», «як інакше вказує суд» та інші подібні вирази, які надають дискреційні повноваження суд. Ці вислови показують, що суд має

свободу у дослідженні всіх обставин справи за своїм суб'єктивним ставленням.

Окрім того, окремим питанням щодо суддівського розсуду є суддя, який наділений повноваженнями слідчого судді – це взаємопов'язана система прав та обов'язків, що мають владний характер і спрямовані на забезпечення реалізації функції судового контролю в досудовому провадженні, що здійснюються у формах та порядку, передбачених КПК для досягнення завдань кримінального провадження. Належне здійснення повноважень слідчим суддею є важливою гарантією судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні.

У системі юридичних гарантій захисту прав особи на досудових стадіях кримінального процесу повноваження суду набувають особливого значення, оскільки вони утворюють самостійну функцію судової влади, спрямовану виключно на захист конституційних прав і свобод особи.

Функціональна спрямованість кримінальної процесуальної діяльності слідчого судді характеризується здійсненням ним *функції судового контролю*; діяльність слідчого судді у порядку ст. 225 КПК здійснюється у межах функції судового контролю і є напрямком судового контролю із забезпечення якості доказів. Слідчий суддя, вирішуючи питання, віднесені до його компетенції, приймає *рішення у формі ухвал*. Оскільки норма, яка б визначала загальні вимоги до ухвали слідчого судді, відсутня, за аналогією повинні застосовуватись норми, що визначають зміст ухвали суду (ст. 372 КПК).

Спеціальні вимоги щодо ухвал слідчого судді передбачено у окремих статтях КПК: про тимчасовий доступ до речей і документів (ст. 164), про арешт майна (ч. 5 ст. 173), про дозвіл на затримання з метою приводу (ст. 190), про застосування запобіжних заходів (ст. 196), про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи (ст. 235), про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії (ч. 4 ст. 248)

У своєму дослідженні ми спробуємо показати напрямки суддівського розсуду в залежності від стадій та етапів, які є у кримінальному процесі.

Тому ми пропонуємо зупинитися та дослідити прояв суддівського розсуду наступним чином:

1. Судовий розсуд при виконанні повноважень слідчим суддею:

Залежно від змісту і характеру питань, вирішення яких віднесено законом до компетенції слідчого судді, його повноваження доцільно об'єднати у п'ять основних груп:

- а) вирішення питань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження;
- б) вирішення питань про проведення слідчих (розшукових) дій;
- в) вирішення питань про проведення негласних слідчих (розшукових) дій;
- г) розгляд скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора під час досудового розслідування;
- д) вирішення інших процесуальних питань, що потребують неупередженого розгляду

Це можуть бути клопотання, пов'язані із: здійсненням приводу особи, яка не з'явилась за викликом слідчого, та не повідомила про причини неявки; накладенням грошового стягнення; тимчасовим обмеженням у користуванні спеціальним правом; відстороненням від посади; тимчасовим доступом до речей і документів; арештом майна; наданням дозволу на затримання з метою приводу для обрання запобіжного заходу; застосуванням, зміною або скасуванням запобіжного заходу; проникненням до житла: обшуком, оглядом.

З урахуванням зазначеного, повноваження слідчого судді на досудовому провадженні можна класифікувати на певні групи залежно від їх процесуальної спрямованості:

- повноваження слідчого судді при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження під час досудового розслідування. За ухвалою слідчого судді застосовуються: заходи забезпечення кримінального провадження, в тому числі запобіжні заходи;
- повноваження слідчого судді при проведенні процесуальних дій,

які обмежують конституційні права людини. Слідчий суддя надає дозвіл на проведення: слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій;

- повноваження слідчого судді при розгляді скарг на рішення, дії або бездіяльність органів досудового розслідування чи прокурора під час досудового розслідування;

- також відповідно до ст. 591 КПК до слідчого судді може бути оскаржено рішення про видачу особи (екстрадицію).

- інші процесуальні повноваження слідчого судді, спрямовані на забезпечення процесуальних прав суб'єктів кримінального провадження;

Проводячи аналіз норм КПК України, можна зробити акценти на наступних процесуальних рішеннях слідчого судді. Наприклад, усі відводи під час досудового розслідування розглядає слідчий суддя (ст. 81 КПК); вирішує питання щодо речових доказів (ст. 100 КПК); встановлює процесуальні строки в межах граничного строку, передбаченого КПК (ст. 114 КПК). Крім цього, реалізація обов'язків щодо захисту прав людини в порядку передбаченому ст. 206 КПК. Відповідно до ч. 1 ст. 257 КПК, слідчий суддя апеляційного суду вирішує питання про можливість використання в іншому кримінальному провадженні інформації щодо ознак кримінального правопорушення, яка виявлена в результаті проведення негласної слідчої (розшукової) дії. Згідно з ч. 10 ст. 290 КПК, у разі зволікання при ознайомленні з матеріалами, до яких надано доступ, слідчий суддя за клопотанням сторони кримінального провадження з урахуванням обсягу, складності матеріалів та умов доступу до них зобов'язаний встановити строк для ознайомлення з матеріалами, після спливу якого сторона кримінального провадження або потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, вважаються такими, що реалізували своє право на доступ до матеріалів. Водночас, відповідно до ч. 3 ст. 588 КПК прокурор звертається до слідчого судді з клопотанням про затвердження згоди особи на видачу.

2. Судовий розсуд у судовому провадженні першої інстанції:

2.1. *На етапі судового розгляду вбачаються:*

а) повноваження судді щодо порядку дослідження доказів.

- суд призначає експертизу за клопотанням сторін кримінального провадження або потерпілого (ч. 1 ст. 332 КПК України), самостійно призначає експертизу у випадках, встановлених КПК України), визначає питання, з якими звертаються до експерта у справах про призначення експертизи (ч. 3 ст. 332 КПК України);

- визначає кількість доказів і порядок їх дослідження з урахуванням позиції сторін (ч. 2 ст. 349), якщо недоцільно досліджувати докази за тими обставинами, які є ніким не оспорюваний (ч. 3 ст. 349 КПК України), пропонує обвинуваченому протягом усього допиту задавати питання для уточнення і доповнення його відповідей, вимагає від обвинуваченого конкретних відповідей (ч. 1, 2 ст. 351 КПК України);

- знімає запитання свідка, які не стосуються справи по суті обвинувачення (ч. 8 ст. 352 КПК України), вимагає від свідка конкретних відповідей (ч. 11 ст. 352 КПК України), має право призначити одночасних допит двох або більше вже допитаних учасників кримінального провадження (ч. 14 ст. 352 КПК України);

- вирішує питання про виклик експерта на допит (ч. 1 ст. 356 КПК України); призначає одночасний допит двох або більше вже допитаних експертів (ч. 4 ст. 356 КПК України);

- приймає рішення про огляд речових доказів за їх місцезнаходженням (ч. 2 ст. 357 КПК України);

- приймає рішення про оголошення в зміст документів у суді (ч. 1 ст. 358 КПК України); виключає документ із складу доказів або призначає відповідну експертизу цього документу (ч. 3 ст. 358 КПК України);

- вирішує питання щодо відтворення аудіо- чи відеозапису (ч. 2 ст. 359 КПК України); залучає спеціаліста для вивчення аудіо- та відеозаписів (ч.3 ст. 359 КПК України);

- користується порадами спеціаліста (ч. 1 ст. 360 КПК України); задає

питання фахівцю (ч. 2 ст. 360 КПК України);

- постановляє постанову про проведення огляду на місці (ч. 1 ст. 361 КПК України).

б) суддівський розсуд щодо порядку здійснення судового розгляду:

- суддя вирішує питання про застосування заходів забезпечення кримінальне провадження та проведення слідчих (розшукових) дій на в клопотання учасників кримінального провадження (ст. 333 КПК України);

- постановляє постанову про проведення допиту обвинуваченого в режимі відеоконференції (ч. 3 ст. 351 КПК України), постановляє постанову про допит свідка за відсутності іншого свідка (ч. 5 ст. 352 КПК України),

- постановляє питання про допит свідка з іншого приміщення (ч. 9 ст. 352 КПК України);

- вирішує питання про залишення свідка в залі судового засідання після допиту (ч. 15 ст. 352 КПК України);

- приймає рішення про допит неповнолітнього свідка в режимі відеоконференції (ч. 4 ст. 354 КПК України);

в) суддівський розсуд щодо забезпечення кримінального провадження:

- суддя вирішує питання про доцільність початку судового розгляду спочатку у разі зміни судді (ч. 2 ст. 319 КПК України);

- встановлює можливість розгляду цивільного позову без участі цивільного позивача (ч. 1 ст. 326 КПК України);

- вирішує можливість розгляду справи без участі цивільного позивача (ч. 2, 3 ст. 326 КПК України);

- постановляє ухвалу про зупинення провадження у справі (ст. 335 КПК України), постановляє провести судові засідання в режимі відеоконференції (ст. 336 КПК України);

- зупиняє виступ у разі встановлення явних ознак затягування судового розгляду (п. 5 ч. 1 ст. 349 КПК України)

- визначає порядок проведення виступів у судових дебатах (ч. 4 ст. 364 КПК України), а також припиняє виступи учасників судових дебатів (ч. 6

ст. 364 КПК України);

- відновлює з'ясування нових обставин після останнього слова обвинуваченого (ч. 4 ст. 365 КПК України).

г) суддівський розсуд щодо забезпечення судочинства:

- суд вирішує питання про залучення запасного судді (ч. 1 ст. 320 КПК України);

- вживає необхідних заходів для забезпечення належного розгляду справи у статусі головуючого (ч. 2 ст. 321 КПК України);

- вирішує питання щодо обвинуваченого у разі неявки в судове засідання (ч. 1 ст. 323 КПК України);

- встановлює наслідки та виявляє причини неявки прокурора та захисника (ч. 1 ст. 324 КПК України);

- надає достатній час, необхідний для ознайомлення захисника і прокурора з матеріалами кримінального провадження (ч. 4 ст. 324 КПК України);

- вирішує питання про можливість розгляду справи у разі неявки потерпілого (ч. 1 ст. 325 КПК України), застосовує заходи кримінально-процесуального характеру примусу до свідків у разі їх неявки (ч. 1 ст. 327 КПК України);

- вирішує про присутність свідків в залі судового засідання (ч. 1 ст. 328 КПК України);

- приймає рішення про застосування заходів впливу до порушників судового порядку (ст. 330 КПК України);

- приймає рішення про об'єднання та виділення матеріалів кримінального провадження (ст. 334 КПК України);

- розглядає клопотання учасників провадження (ч. 1 ст. 350 КПК України);

- перериває перебування в нарадчій кімнаті для відпочинку з настанням нічного часу (ч. 2 ст. 367 КПК України).

в) на етапі винесення судового рішення:



Метою судового рішення є не лише вирішення певного спору через надання сторонам юридичної визначеності у їхніх правовідносинах, але часто також установлення судової практики, яка може попередити виникнення інших спорів та забезпечити суспільну гармонію [149]. Досягнення цієї двоєдиної мети неможливе без високої якості судового рішення – воно має бути результатом справедливого процесу, правильної оцінки доказів і коректного застосування принципів та норм права. Рішення, яке не досягає цієї мети, може підірвати авторитет правосуддя не лише в очах окремої сторони, а й в очах суспільства.

На нашу думку, судові рішення має відповідати вимогам законності. Законність документа означає, що складений процесуальний документ повинен точно відповідати правовим нормам, на основі яких він прийнятий. Процесуальний акт визнається законом, якщо: 1) його прийняття передбачене процесуальним законодавством; 2) він винесений компетентним органом чи особою; 3) постановлений за додержання умов, зазначених у законі; 4) його постановлення відповідає процесуальній формі, позначене послідовністю винесення процесуальних актів [102, с. 186].

Суд, постановляючи рішення, тим самим реалізує судову владу, тому воно і повинне розглядатися насамперед як акт реалізації судової влади. Аналіз процесуальних властивостей судового рішення, процедури його винесення, проголошення, реалізації тощо прямо залежить від правильного визначення юридичного та соціального статусу цього документа.

г) на етапі призначення покарання:

Ми вважаємо, що розсуд суду у призначенні покарання — це фактично право суду призначити покарання в межах санкції статті, що встановлені законодавцем. Призначення покарання за вчинений злочин на розсуд суду та звільнення від відбування покарання є суто різними інститутами у кримінальному праві. Тож, термін «явно несправедливе покарання» означає не будь-яку можливу відмінність в оцінці виду та розміру покарання з погляду суду апеляційної чи касаційної інстанції, а відмінність у такій оцінці

принципового характеру. Це положення вказує на істотну диспропорцію, неадекватність між визначеним судом, хоча й у межах відповідної санкції статті, видом та розміром покаранням і тим видом і розміром покарання, яке б мало бути призначене, враховуючи обставини, які підлягають доказуванню, зокрема ті, що повинні братися до уваги при призначенні покарання. З огляду на встановлення судом лише однієї обставини, яка пом'якшує покарання, – визнання вини, відсутні правові підстави для призначення засудженому покарання, нижчого від найнижчої межі, встановленої в санкції статті [143].

Саме на розсуд суду і залишено прийняття остаточного рішення про визначення виду та міри покарання особі під час ухвалення обвинувального вироку по конкретній справі, в якому і здійснюється безпосередня індивідуалізація кримінального покарання. Судова дискреція (судовий розсуд) у кримінальному судочинстві охоплює повноваження суду (права та обов'язки), надані йому державою, обирати між альтернативами, кожна з яких є законною, та інтелектуально-вольову владну діяльність суду з вирішення у визначених законом випадках спірних правових питань, виходячи із цілей та принципів права, загальних засад судочинства, конкретних обставин справи, даних про особу винного, справедливості й достатності обраного покарання тощо [145].

З теоретичної точки зору ми погоджуємося з авторами про те, суддівський розсуд під час призначення покарання буде поділятися на: а) розсуд під час застосування санкції Особливої частини КК України; тут ми виділяємо два підвиди залежно від виду санкції: відносно-визначений (відносно-визначений з елементами відносної або абсолютної визначеності) та альтернативний; б) правомочний, який виникає під час застосування уповноважуваних норм; в) оціночний розсуд; г) розсуд під час застосування неоднозначних юридичних понять. За особливостями розумових операцій, які опосередковують здійснення суддівського розсуду та відображають концептуально-змістовну сутність під час призначення покарання останнього, виділяємо такі: а) власне пеналізаційний розсуд; б) правотлумачний розсуд.

[80, с. 303-308].

Проаналізувавши ст. 65 КК України, можна дійти таких висновків: вказані засади переважно скеровують, проте не визначають суддівський розсуд; основним інструментом, покликаним обмежувати суддівський розсуд, є обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання. Саме вони і слугують підставою для призначення більш суворого або менш суворого покарання, підлягають встановленню і врахуванню у кожному кримінальному провадженні (справі) при ухваленні вироку. При цьому суд не вправі змінити законодавчу оцінку суті певної обставини і визначити характер її впливу на обрання конкретної міри покарання по-іншому, ніж це зроблено в ст.66 і ст. 67 КК України, визнавши обтяжуючою обставину, яку законодавець відніс до пом'якшуючих, і навпаки [44, с. 205]

Розглянуті форми впливу закріплених в законі обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання, в цілому спрямовані на певне обмеження суддівського розсуду, проте в окремих же випадках ці обставини не звужують сферу суддівського розсуду, а навпаки розширюють її:

1) згідно з ч.2 ст.66 КК України суд при призначенні покарання може визнати обставинами, що пом'якшують покарання не лише ті, що входять до переліку, наданому в ч. 1 ст. 66 КК України, а й інші обставини, що там не зазначені;

2) суд також має право, залежно від характеру вчиненого злочину, не визнати будьяку із зазначених у ч.1 статті 67 обставин, за винятком обставин, зазначених у пунктах 2, 6, 6-1, 7, 9, 10, 12 такою, що обтяжує покарання, навівши мотиви свого рішення у вироку (ч.2 ст. 67 КК України).

У кримінальному процесі діє принцип заборони повороту до гіршого (*reformatio in rejus*). Нормативно він закріплений, зокрема, у статтях 416, 421, 437, 439 КПК України. На практиці він означає те, що ніяке наступне судове рішення не може погіршувати становище засудженого у порівнянні з попереднім рішенням, якщо воно не було скасовано у зв'язку з необхідністю застосування закону про більш тяжке кримінальне правопорушення або

посилення покарання за скаргою прокурора, потерпілого чи його представника, а також якщо при новому розгляді буде встановлено, що обвинувачений вчинив більш тяжке кримінальне правопорушення, або якщо збільшився обсяг обвинувачення [144].

Дослідження цих та інших ситуацій породжують додаткові питання щодо їх застосування, які знову ж таки вирішуються через дискрецію суддів. Основним питанням залишається визначення критеріїв оцінки судом тієї чи іншої ситуації та з'ясування того, наскільки це впливає на вид і розмір покарань. Підсумовуючи, слід зазначити, що на етапі ухвалення судом рішення про покарання конкретної особи об'єктивно не можна виключити розсуд судді. Проте коло питань, які законодавець залишає на розсуд судів, є надто широким, що призводить до суперечливості судової практики, що, у свою чергу, породжує серед інших негативних наслідків недовіру суспільства до судової влади.

Таким чином, можна зробити висновок, що можливість суду застосовувати дискреційні повноваження в кримінальному провадженні досить широке. Водночас слід зазначити, що у більшості випадків таке право на розсуд стосується або процедури дослідження доказів або порядок проведення судового розгляду. У той же час, законодавець послідовно реалізує свою тезу «суддя є арбітром», суттєво обмежує роль суду в процесі формування кількості доказів та їх дослідження. Дійсно, це суд визначає обсяг доказів, що підлягають дослідженню, але тільки докази надані учасниками кримінального провадження можуть бути оцінені. Суддя не може на власний розсуд збільшувати таку сукупність доказів, а її скорочення вимагає досить ґрунтовної аргументації.

Суди вищої інстанції здійснюють суддівський розсуд через видання рішень, у яких роз'яснюють положення законодавства, які не є достатньо зрозумілими. Суди нижчої інстанції на різних стадіях кримінального провадження часто спираються на такі рішення, хоча мають право не враховувати їх у своїй діяльності. Про це свідчать результати проведеного

анкетування: 79 % опитаних практичних працівників зазначають, що використовують на практиці рішення судів вищої інстанції. Таким чином, суди вищої в певній мірі встановлюють межі суддівського розсуду для судів нижчої інстанції.

### **2.3. Окрема думка судді як впливовий фактор щодо суддівського розсуду**

Відповідно до ч. 3 ст. 375 КПК України, кожен суддя з колегії суддів має право викласти письмово окрему думку, яка не оголошується в судовому засіданні, а приєднується до матеріалів провадження і є відкритою для ознайомлення. Окрема думка викладається у довільній письмовій формі. Суддя має право в окремій думці навести мотиви своєї незгоди з рішенням більшості. Наведене свідчить про реалізацію вимоги закону про рівність суддів при ухваленні судового рішення. Важливого наголосити на тому, що суддя, який виклав письмово окрему думку, не має права у зв'язку із цим утриматися від голосування та/або відмовитися від підписання судового рішення [70].

Останнім часом у наукових колах з'явилася і стала осмислюватися категорія «правова позиція». Зокрема, В. М. Баранов і В. Г. Степанков відмічають: «правова позиція відноситься до розряду загальнотеоретичних понять, яке не лише може, але і повинно бути поширено на набагато ширший круг юридичних явищ» [9, с. 35].

Звернення до філософії дозволяє тлумачити позицію як деякий принцип, засаду, відповідно до якого щось затверджується, встановлюється або розташовується [68, с. 349; 79, с. 401]. Г.В. Гриньова під правовою позицією розуміє оцінку фактичної реальності і систему аргументів, висновків і пропозицій по її правовому врегулюванню. правова позиція – поза сумнівом логіко-юридична конструкція, що виражає відношення до права,

правових норм або відносин, які з точки зору суб'єкта мають бути опосередкованими правом [37, с. 7]. Це акт, що є системним текстовим викладом суджень судової інстанції (судді) або інших суб'єктів про мотиви переваги застосування тієї або іншої юридичної норми (норм) [37, с. 16].

Дослідниця виділяє нормотворчі, доктринальні і правозастосовні правові позиції [37, с. 7]. Нормотворчі правові позиції вона розглядає у зв'язку з безпосередньою правотворчістю. Доктринальні – це правові позиції учених-юристів, наукового колективу або співтовариства.

Г.В.Гриньова класифікує правові позиції в правозастосуванні на:

а) індивідуальні правові позиції, що є конкретним рішенням у юридичній справі (рішення суду; рішення адміністративної комісії про притягнення до адміністративної відповідальності і т.і.);

б) правові позиції, що склалися в результаті сталого застосування юридичних норм (судова практика по певній категорії справ);

в) правові позиції, сформульовані в актах офіційного тлумачення (лист міністру, постанова пленуму Верховного Суду і т.д.);

г) правові позиції як окрема думка правозастосувача (наприклад, судді, члена Виборчої комісії) [29, с. 290].

Таким чином, окрему думку доречно визнати офіційною правовою позицією судді як правозастосувача при розгляді конкретної справи. На нашу думку, невід'ємною категорією окремої думки судді є «окрема думка як процесуальний документ». Ми вважаємо, що кримінальна процесуальна форма є формою практичної реалізації діяльності суду, має не тільки важливе процесуальне значення, але й впливає в цілому на процес розгляду та вирішення кримінального провадження.

Чинний КПК України містить перелік документів у кримінальному провадженні вказує на певні процесуальні документи (протоколи, ухвали, рішення, постанови. Постає питання: чи належить до процесуальних документів окрема думка?

Одні вчені розглядають процесуальний акт як дію учасників

процесуальної діяльності, втілену в процесуальну форму і закріплену в процесуальному документі [172, с. 11], інші трактують процесуальний акт як документ, що видається державними органами чи особами, які здійснюють кримінальний процес [5, с. 6; 51, с. 213]. При цьому М.С. Строгович підкреслює, що вказаний документ складається або виноситься в результаті діяльності зазначених органів чи осіб, у встановленому законом порядку та процесуальній формі й містить у собі певне рішення по справі або констатує хід чи порядок провадження слідчих (розшукових) дій [172, с. 7]. На думку Ю.М. Грошевого, під процесуальними актами необхідно розуміти і процесуальні дії, і процесуальні документи [39, с. 80].

На думку професора С. Я. Фурси, процесуальними документами суду є письмові, викладені у передбаченій законом формі документи, які ухвалюються на підставі документів-звернень, і є обов'язковими для всіх фізичних та юридичних осіб. Проте з цим не можна цілком погодитися: дійсно, більшість документів, які видає господарський суд, засновані на «документах-зверненнях» учасників судового процесу, але такий документ, як протокол судового засідання, ведеться та оформлюється незалежно від наявності або відсутності яких-небудь звернень. Те ж стосується і окремої думки. Цей документ не є обов'язковим для фізичних та юридичних осіб, хоча й ухвалюється у зв'язку із зверненнями таких осіб.

Необхідно визначитися також, чи є окрема думка судовим рішенням (судовим актом) та актом правосуддя. На даний час вказане питання остаточно не вирішено. У науці загальноприйнятим є уявлення про правосуддя як про діяльність суду, що полягає у вирішенні конкретних правових питань у процесуальному порядку шляхом застосування норм права до встановлених фактів і відносин. При цьому різні автори включають у дане визначення деякі додаткові характеристики. Наприклад, А. Мельников дає визначення, відповідно до якого «правосуддя – це одна з форм державного управління, засіб виконання державою внутрішньої функції охорони правопорядку, власності, прав і свобод громадян шляхом вирішення

спеціальним органом державної влади – судом справ за правилами, передбаченими правом, тобто шляхом застосування від імені держави норм права до встановлених в судовому засіданні фактів і правовідносин, а в необхідних випадках і заходів примусу до правопорушників» [108, с. 23].

В. М. Семенов вважає, що «правосуддя – це діяльність незалежного суду щодо належного розгляду й вирішення в процесуальному порядку кримінальних, цивільних та інших справ і правових питань і застосуванню на основі закону державного примусу до правопорушників або виправдання невинних з метою зміцнення законності й правопорядку, попередження правопорушень, охорони від будь-яких зазіхань конституційного ладу, прав і інтересів громадян, організацій, суспільства й держави» [158, с. 20].

Таким чином, поняття «правосуддя» та «судові рішення» використовуються у зв'язку, взаємно доповнюють один одне. Так, М. Й. Штефан зазначає, що судові рішення – це акти правосуддя в справі, які ґрунтуються на встановлених в судовому засіданні фактах і застосуванні норм матеріального і процесуального права [189, с. 402].

Наведені розходження у термінологічних позначеннях процесуальних актів, що їх виносять суди, не є виправданими, не сприяють правильному та зрозумілому сприйняттю учасниками судових процесів особливостей окремих видів актів у різних формах судочинства [36, с.97]. Так, у затвердженому постановою Кабінету Міністрів України порядку ведення Єдиного державного реєстру судових рішень [139] термін «судове рішення» вживається для позначення вироку, рішення, постанови, наказу, ухвали, окремої ухвали, що ухвалені (постановлені) судами у кримінальних, цивільних, господарських справах, у справах адміністративної юрисдикції та у справах про адміністративні правопорушення [36, с.96].

Ухвала суду – це процесуальний документ, яким вирішуються різноманітні питання, що виникають в ході розгляду справи чи у випадку її закінчення без винесення рішення [182, с.178]. Це акт застосування судом норм процесуального права, спрямований на вирішення окремих



(насамперед, процедурних) питань, що виникли у процесі розгляду конституційних, цивільних, господарських або кримінальних справ. Як правило, ухвала суду, що набула законної сили, є обов'язковою для всіх державних і громадських установ, підприємств та організацій, посадових осіб і громадян та підлягає виконанню на всій території України [192, с.928].

Із зазначеного вище тлумачення поняття ухвали суду, а також із зазначених положень чинного КПК України вбачається, що ухвала являє собою вид судового акту, тому що вона є:

- 1) актом застосування норм процесуального права;
- 2) приймається безпосередньо судом у встановленому КПК України порядку;
- 3) відповідає низці формальних вимог, що ставляться КПК України до ухвали суду;
- 4) вирішує питання, поставлені перед судом, сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, та питання застосування норм матеріального та процесуального права;
- 5) тягне за собою настання певних юридично значимих наслідків, наприклад, у виді зобов'язання кожної із сторін вчинити певні юридично значимі дії.

Вважаємо, що окрема думка не є актом правосуддя, оскільки не приймається іменем України та не тягне юридично значущих наслідків. При цьому окрема думка є різновидом судового акту, оскільки виступає встановленою в якості норми процесуального права форми зовнішнього вираження результатів інтелектуально-вольових дій судді. При цьому окрема думка як специфічний різновид судового акту має певні особливості і характерні риси, не властиві судовим рішенням, постановам, ухвалам, як основним виразникам судових актів [118, с. 119]. Слід зауважити також, що поняття «вольова дія» може бути використана в характеристиці окремої думки умовно, оскільки вона (окрема думка) є альтернативною позицією і для висловлення та складання даного процесуального документу суддя,

безперечно, повинен бути наділений «вольовим» компонентом.

Л. Надь вважає, що окрема думка не є частиною судового рішення, «воно звернене «усередину» і служить інформацією для вищестоящих судових інстанцій» [116, с.147]. Є. Г. Мартинчик стверджує, що окрема думка ні за формою, ні по суті не складає частини рішення, а є самостійним одноосібним актом судді [103, с. 72]. О. І. Фадєєва не погоджується з позицією даних учених за тієї підстави, що «окрема думка долучається до вироку» [176]. Із змісту цієї норми виходить, що окрема думка є невід'ємною частиною вироку [177, с. 164] (рішення). Більше того, розгляд вироку (рішення) без урахування окремої думки судді повною мірою не відбиватиме думку суду як декількох суб'єктів, що входять до його складу, про винесене рішення [177, с. 164]. На нашу думку, необґрунтованою представляється позиція, що окрема думка судді є частиною судового рішення, оскільки воно набирає чинності та виконується незалежно від наявності або відсутності окремої думки.

Якщо визнавати окрему думку судді частиною судового рішення, то її (окрему думку) слід було б оголошувати в судовому засіданні разом з судовим рішенням (ухвалою, постановою) по справі та додавати до такого рішення (ухвали, постанови) при їх видачі або надсиланні сторонам у кримінальній справі. Проте такого не відбувається.

Окрема думка відбиває самостійне рішення (альтернативну позицію) судді, долучається до справи, але не оголошується, що вказує на спеціальний режим окремої думки, чітко відокремлений від порядку оголошення та отримання рішень, ухвал, постанов по справі, а також судових наказів, протоколів та інших процесуальних документів. На підставі зазначеного слід підсумувати, що окрема думка відносно судового рішення по справі є похідним факультативним документом альтернативного характеру.

Щодо окремої думки, то слід визнати, що вона, з одного боку, також є актом судового тлумачення права, оскільки суддя, обґрунтовуючи свою позицію, безперечно повинен аналізувати не тільки матеріали кримінальної

справи, але й положення чинних нормативно правових актів з розглядуваного у справі питання. З іншого боку, окрема думка ні в якому разі не може бути визнаною джерелом права, навіть якщо вона містить в собі нові норми права або нові їхні окремі положення. Це лише позиція окремого судді, не підтримана більшістю. і навіть у разі перегляду даної справи та врахування окремої думки вищестоящою інстанцією вона не стає джерелом права, оскільки обґрунтування, висловлені в окремій думці, «поглинаються» обґрунтуванням, наданим вищестоящою інстанцією при винесенні законного рішення більшістю колегії суддів апеляційного суду або Верховного Суду України.

Суддя викладає свою протилежну офіційній інтерпретації думку на рівні індивідуальної правосвідомості, що сприяє уточненню, роз'ясненню, розумінню діалектики різних підходів до оцінки висококомпетентними правознавцями правових явищ, які досліджувалися Конституційним Судом України. Узагальнюючи думки різних вчених, акти застосування норм права характеризуються такими ознаками: це офіційний акт компетентного органу, що уособлює одностороннє волевиявлення уповноваженого органу; він має обов'язкове значення (має юридичну силу і забезпечується відповідними засобами), з чого витікає, що він може відігравати роль юридичного факту, тобто сприяти виникненню, зміні та припиненню правовідносин; акт застосування завжди має індивідуальний характер; це акт, що виданий на основі і відповідно до норм права, які застосовуються; він містить індивідуально-конкретне, державновладне розпорядження; він видається у певній формі і у передбаченому законом порядку.

Цікавим є з'ясування відповіді на такі запитання: «Скільки окремих думок може бути подано в одному провадженні одним суддею? та Скільки суддів можуть мати окремі думки з того самого питання при колегіальному судовому розгляді?». Прямої відповіді на запитання у КПК не міститься, натомість зі змісту його положень можна сформулювати відповіді на ці запитання. Що стосується першого запитання, то окрема думка

формулюється одним документом, але може стосуватися різних питань, з якими суддя не згодний. Відповідаючи на друге запитання, можна зазначити, що якщо справа розглядається судом у складі трьох суддів, то окремою думкою може бути думка одного судді. Думка двох суддів завжди означає рішення суду [98]. Також на практиці може виникнути така ситуація, що при ухваленні рішення окрему думку бажають висловити двоє чи навіть усі судді колегії, але за такої умови окремі думки судей повинні стосуватися різних питань та не переплітається за змістом з окремими думками інших суддів. Таким чином, в одному кримінальному провадженні може бути мінімум одна окрема думка судді (що може стосуватись різних питань, з якими суддя висловив незгоду), а максимум стільки окремих думок скільки суддів розглядало справу, оскільки вони можуть стосуватися зовсім різних питань.

Підсумовуючи усе викладене вище, можемо узагальнити позитивні та негативні моменти виклад окремої думки судді. По-перше, відсутність окремих думок сприяє колегіальності та колективній роботі суду, адже зазвичай, якщо суддя бажає викласти окрему думку він концентрується саме на її оформленні і втрачає інтерес до обговорення кінцевого рішення. По-друге, вчені що підтримують думку про перевагу відсутності окремої думки під час ухвалення рішення, звертають увагу на те, що відсутність окремих думок підвищує авторитет судового рішення та сприяє його однозначному трактуванню особами, щодо яких воно було ухвалене. По-третє, наявність окремих думок негативно впливає на зрозумілість рішення.

Основною метою індивідуальних думок суддів є захист суддів від зовнішнього впливу та збереження їх незалежності. У сучасному суспільстві наявність окремої думки є ознакою неупередженості суду, свідченням всебічного обговорення правових питань та альтернативних варіантів вирішення. Різні рішення викликають у сучасних людей більше довіри, ніж одноголосні рішення, процедури обговорення та голосування яких є таємними. У доктрині також наводяться такі переваги наявності незалежної

думки суддів під час судового розгляду справ: 1) незалежні думки допомагають підвищити якість судових рішень; 2) незалежні думки гарантують внутрішню незалежність суддів, і судді не зобов'язані, бути згодні з їхніми аргументами 3) окремі думки суддів служать інструментом привернення уваги громадськості до проблем і таким чином ініціюють законодавчі зміни.

Враховуючи результати проведеного соціологічного опитування практичних працівників та аналізу судово-слідчої практики запропоновано законодавчо закріпити окрему думку судді як окремий процесуальний документ у кримінальному провадженні, доповнивши ст. 3 КПК України п. 13-1 такого змісту: Окрема думка судді – це процесуальний документ, у якому суддя викладає свою позицію щодо обставин кримінального провадження, наводить мотиви та обґрунтування цієї позиції. Окрема думка судді приєднується до всіх матеріалів кримінального провадження та має бути доступною для ознайомлення» (Додаток А).

#### **2.4. Правові та моральні засади суддівського розсуду як фактор відповідальності суддів**

Природа правового життя така, що змушує виробляти механізм, який здатний до швидких і частих змін. Після прийняття незалежності перед Україною постало замкнуте коло питань, серед яких реформація всієї правової системи, зокрема судової. Незважаючи на прийняття ряду потрібних нормативних актів, суспільні відносини прогресують з надзвичайною швидкістю і вимагають від законодавця потрібної реакції.

Зрозумілим є те, що закон, як акт вищої юридичної сили, який покликаний регулювати певний вид суспільних відносин, не може змінюватися кожного дня чи, допустимо, з найменшою необхідністю. Крім того, це було б зовсім не правильно і не доречно, так як в такому випадку він

втрачатиме свою функціональну цінність. Тому раціональним виходом стало введення в правовий обіг механізму, завдяки якому, можливо б згладжувати різного роду прогалини і неврегульовані питання, що має надзвичайно важливе значення говорячи про правосуддя, на основі якого прийматиметься рішення, що матиме обов'язкову юридичну силу й вирішуватиме долю спірних правовідносин. Таким механізмом став суддівський розсуд.

Тема суддівського розсуду набуває беззаперечної актуальності також в тому ракурсі, що реально існує ситуація застосування механізму суддівського розсуду на практиці і мінімальне його законодавче закріплення відповідно.

Науковою основою дослідження були праці таких науковців як Р. Куйбіда, О. Лагода, С. Щербак та ін. Попри те, дослідження даних наукових доробків, а також законодавчих актів виявили недостатнє регулювання даного питання, і потребу в подальшому його вивченню.

Становлення України як правової соціально-демократичної держави зобов'язує її створити такі умови, за яких громадянське суспільство буде розвиватися з усвідомленням високого рівня захисту прав та свобод людини і громадянина та умов, коли загально визнані принципи і норми міжнародного права, міжнародних стандартів Ради Європи та Європейського Союзу будуть впроваджуватися в практику і головне даватимуть потрібні результати у формі вдосконалення вітчизняної системи правосуддя. В даному ракурсі стає зрозуміла увага, яка приділяється суддівському апарату, так як саме на нього покладається головна функція.

Різного роду міжнародні акти, зокрема «Основні принципи незалежності судових органів», прийняті сьомим Конгресом ООН по попередженню злочинності і поводженню із правопорушниками (серпень – вересень 1985 р., Мілан), які є одним із перших актів подібного роду; Резолюція 40//32 та 40/146 схвалена Генеральною Асамблеєю ООН 29 листопада та 13 грудня 1985 року; Рекомендація No R (94) 12 Комітету міністрів державам-членам щодо незалежності, дієвості та ролі суддів, прийнята Комітетом міністрів Ради Європи 13 жовтня 1994 р. на засіданні

заступників міністрів, яка встановила перелік обов'язків суддів; Європейська хартія про статус суддів, котру було затверджено на багатосторонній зустрічі по статусу суддів, організованій Радою Європи 8–10 липня 1998 р, Бангалорські принципи поведінки судді, схвалені резолюцією 2006/23 Економічної та Соціальної Ради ООН від 27 липня 2006 року тощо, покликані регулювати питання пов'язані з функціонуванням суддівського апарату. Згідно з даними актами, особи відібрані для судових посад, повинні мати високі моральні якості і здібності, а також відповідну кваліфікацію в галузі права [122, с. 28].

Дані нормативні акти стали міжнародною правовою базою питання етичності та моральності суддівського корпусу.

Досліджуючи питання суддівського розсуду, важливо виокремити, що єдиного визначення в теорії українського права судового розсуду (судова дискреція) немає. Хоча аналіз українського законодавства, особливо кримінального, говорить про те, що таке поняття як судовий розсуд активно використовується в українському правосудді. Санкції чи не всіх статей Кримінального кодексу України є альтернативними, що дає можливість і право судді вибирати міру покарання, звичайно ж у відповідності до законодавства, що у вузькому значенні і означає суддівський розсуд.

В юридичній енциклопедії дискреційні повноваження визначаються як право глави держави, голови уряду, інших посадових осіб органів державної влади діяти за певних умов на власний розсуд у межах закону [[193, с. 317]. Радянський енциклопедичний словник дискреційну владу визнавав аналогічним чином, вказуючи, що це слово французького походження (від слова – *discretionnaire*), яке означає залежність від особистого розсуду [164, с. 207]. Тлумачний словник суспільствознавчих термінів під дискрецією розуміє вирішення посадовою особою або державним органом будь-якого питання на власний розсуд [174, с. 462].

Даний інститут використовується також в багатьох інших країнах: *freies Ermessen* (вільна оцінка) у Німеччині, *administrative discretion* в Англії, *flit*

skon (вільне судження) у Данії, *attività discrezionale* в Італії, *discretionnaire bevoegdheid* (дискреційна компетенція) у Нідерландах [76, с. 42].

Згідно з думкою сучасного науковця С. В. Щербака, суддівський розсуд – це інтелектуально-вольова діяльність, спрямована на законне, об'єктивне, неупереджене і справедливе вирішення спірних питань, що виникають у судочинстві або є предметом розгляду у випадках, дозволених або не врегульованих законом [190].

Для кращого вивчення категорії суддівського розсуду варто звернути увагу на питання меж розсуду судді.

У правозастосовній практиці нерідко виникають ситуації, коли розгляд справи залежить від низки дуже складних і неоднозначних обставин, які природно, не можуть бути прогнозовані законодавчо. В таких ситуаціях законодавець надає можливість діяти суддям, на основі своїх моральних та етичних переконань. Складність справи, що розглядається означає, що суддя мусить побачити та почути більше ніж прогнозується. Він зобов'язаний стати арбітром в даній ситуації, виконати свою головну функцію – творити правосуддя в різних умовах, при цьому не порушуючи норм законодавства.

Зараз мається на увазі, що, вирішуючи навіть не стандартний спір, суддя приймає рішення все ж таки на основі чинного законодавства, з урахуванням всіх професійних та загальних етичних норм. Тобто у випадку розгляду однакового роду справ, на основі власного розсуду, прийняті рішення повинні бути тотожними.

Дане твердження в такому разі виключатиме можливість питань справедливості таких рішень, незалежності і безсторонності суддівського корпусу і, зокрема, корупції [48, с. 16].

Законність суддівського розсуду виявляється в дотриманні судом правових норм, що застосовуються при розгляді та вирішенні конкретної справи і пов'язаних із здійсненням суддівського розсуду, а також при належному використанні судом аналогії закону чи права, за умови дотримання правил судочинства, встановленими процесуальним



законодавством.

Звертаючи увагу на законодавчі межі суддівського розсуду, то тут мова здебільшого йтиме про обмеження даної категорії. Прикладом цього є Закон № 270-VI від 15.04.2008 року про зміни до статті 68 Кримінального кодексу України. Даним актом законодавець обмежує рамки судового розсуду, визначаючи, що за вчинення готування до злочину строк або розмір покарання не може перевищувати половини максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, визначених статтею, за вчинення ж замаху на злочин строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією відповідної статті [147].

Крім того, рамками судового розсуду були Постанови Пленуму ВСУ та Постанови Вищих спеціалізованих судів, зараз – правові позиції Верховного Суду. Мається на увазі, що коли даними ланками судоустрою приймається рішення по конкретному питанню, то таке рішення у формі позицій в даних сферах буде мати основне значення. Тобто, зважаючи на правову позицію, суддя не приймає рішення на власний розсуд, а діє по аналогії.

Якщо із законодавчо закріпленими вимогами все зрозуміло, і тут ці норми носять імперативний характер, то коли мова заходить про етичні та моральні норми, характер даних категорій наскільки загальний, що єдине, що розуміється точно, це їх кінцева мета – справедливість, безсторонність на незалежність судді та всього суддівського апарату загалом, і головне, беззаперечна справедливість прийнятого на даній основі рішення. Дані ознаки є власне міжнародним стандартом у сфері судочинства і завдання українського правосуддя звернути особливу увагу на дані речі.

Тому для вирішення і деталізації цих питань були прийняті законодавцями різних країн рішення про прийняття відповідних нормативно-правових актів, які будуть покликані регулювати саме етичну та моральну сферу суддівської поведінки.

Прикладам у даному питанні може бути Молдова, де конференцією

суддів у 2000 році було прийнято спеціальний нормативно-правовий акт, який детально вказує на етичні якості, якими повинен володіти кожен суддя. Серед них конфіденційність, коректність, стриманість, розсудливість. Також суддя повинен бути офіційним, терплячим, вміти вислуховувати, карати тих хто демонструє зневагу до суду, не повинен обговорювати деталі справи із сторонами поза судовими процедурами, поважати права людини, відсутність дискримінації та ін. За порушення таких вимог законодавцем передбачається дисциплінарна відповідальність [111, с.12].

Також в Італії Національна асоціація суддів в 1994 році закріпила етичні та моральні вимоги, що ставляться до судді на законодавчому рівні. Згідно цього закону, в судді повинні бути присутні такі якості як гідність та коректність в особистому житті, відчуття громадського обов'язку здійснення суддівських обов'язків без особистої користі, уважність до відносин з громадянами, професійна свідомість. У відносинах із ЗМІ, уникання конфліктів політичних та фінансових інтересів, готовність до перевірки своєї безсторонності, тощо [111, с.74].

Нормативні акти, які регулюють етичну сторону професії судді також є в ряду інших країн. Серед них Естонія, Японія, Литва, Мальта, Словацька Республіка, Словенія. Також до таких країн можна віднести Кіпр, Чеську Республіку, Норвегію, Польщу, Румунію, Швецію та Великобританію.

Варто зазначити, що Україна також належить до таких держав, що характеризує її з позитивної сторони, як демократичну високоцивілізовану державу. З урахуванням досвіду Канади, США, а також поправок і пропозицій українських суддів, з'їздом суддів у 1999 році було підготовлено проект спеціального нормативного акту, який хоча й носить дорадчий характер, важливість його неоспорювана. Прийнятий Кодекс професійної етики судді був 2002 р. Радою суддів. Згідно нього, суддя повинен бути прикладом законослухняності, неухильно додержувати присяги й завжди поводитися так, щоб зміцнювати віру громадян у чесність, незалежність, неупередженість та справедливість суду [58]. Рішенням XI чергового з'їзду

суддів України 22 лютого 2013 року було прийнято нову редакцію цього документу, яка визначила особливості морально-етичної поведінки судді в судовій та позасудовій діяльності [59].

Відмінністю України від іноземних держав в цьому плані є той факт, що вітчизняний Кодекс суддівської етики не передбачає можливості застосування дисциплінарної чи іншої відповідальності за порушення власних норм, на відміну від тієї ж Молдови чи інших держав. Тобто, незважаючи на можливість застосування санкцій щодо судді загалом, за порушення саме етичних норм законодавець відповідальності не передбачає. З метою входження до європейського співтовариства українським практикам і науковцям необхідно досліджувати ці норми для того, щоб удосконалити власну законодавчу базу.

Крім того, уваги заслуговує той факт, що в проекті нової редакції кодексу суддівської етики, передбачалося застосування норм цього документа державними органами, зокрема передбачалося створення Комісії з питань суддівської етики, висновки якої мали б затверджуватися рішеннями Ради суддів України [120]. Проте прийнятий документ таких положень вже не містить та і взагалі суттєво відрізняється від Проекту.

Законодавець повинен вживати потрібних заходів для регулювання різносторонньої поведінки суддів, так як ніхто і ніщо інший цього робити не може. Суди здійснюють правосуддя самостійно. Судді при здійсненні правосуддя незалежні від будь-якого впливу, нікому не підзвітні і підкоряються лише закону. Органи та посадові особи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, громадяни та їх об'єднання, а також юридичні особи зобов'язані поважати незалежність суддів і не посягати на неї [71, с. 32].

Природньою також є позиція законодавців щодо надання певної гнучкості суддям приймаючи рішення по справі. Формулювати закони складно, як і тлумачити їх, тому особам на яких покладається функція правосуддя надається можливість у певних прогалинах приймати рішення на

основі власного розсуду не суперечачи законодавству. І таке право надається їм тільки беручи до уваги власну позитивну відповідальність. Позитивна відповідальність - сумлінне виконання своїх обов'язків перед громадянським суспільством, правовою державою, колективом людей та окремою особою [132]. Тобто, це власне і є той фактор який дозволяє діяти суддям на власний розсуд застосовуючи закон.

Отже, суддівський розсуд – це правозастосовна діяльність. Тільки таке ключове твердження повинно бути, для того, щоб говорити про суддівський розсуд з правової точки зору. Говорячи про розсуд судді, одразу ж потрібно усвідомлювати, що справа не вирішуватиметься за принципом «веління судді», а вмотивовано, відповідно до загальних норм і правил, і на основі беззаперечних високих моральних та етичних якостей судді.

Поведінка судді відіграє надзвичайно важливу роль, так як суддя в прямому значенні вирішує долю як спірних правовідносин, так і в принципі особи. Цим пояснюються вимоги які ставляться до кандидатів на посаду судді і ряд вимог різного характеру, включаючи якості, якими повинен володіти вже суддя.

Світова практика показує, що речі, які здавалося б не можливо проконтролювати і врегулювати, врегульовуються і більше того законодавчо закріплюються. Зараз мова йде про моральне і етичне підґрунтя суддівського розсуду. В ряду країн є спеціальні нормативні акти які врегульовують дані питання. Це прийняті відповідні закони чи кодифіковані акти, які є загальнообов'язковими і за порушення яких настає юридична відповідальність (Молдова, Великобританія, Польща тощо).

Крім цього, перед Україною як державою яка бажає розквіту і прагне досягти європейських стандартів постає необхідність у доопрацюванні власної законодавчої бази. Звичайно, не варто говорити про її відсутність стосовно вирішення даного питання як такої, але не зважаючи на визнання категорії суддівського розсуду на практиці, ця ж категорія не закріплена законодавцем.

Не зважаючи на різносторонність питання позитивності чи негативності суддівського розсуду, він обов'язково повинен бути закріплений. Правильно буде, або ж обмежити суддівський розсуд в абсолютних рамках, або ж прописати в законодавстві, чим унеможливити свавілля і питання про законність прийнятого на такій основі рішення.

Проте допоки не буде прийняте рішення про застосування чи заборону суддівського розсуду, потрібно намагатися перейняти від нього позитивні моменти для вітчизняної судової системи. Якщо суддівський розсуд буде базуватися на вихідних принципах верховенства права, аналогії закону та права, і обов'язково на загальних принципах справедливості, розумності, добросовісності, можна буде говорити про суддівський розсуд як допоміжну гарантію справедливого суспільства і демократичності держави.

В.Стеф'юк вважає, що судова влада може виконувати свої повноваження лише за умови забезпечення її справжньої незалежності. Тому питання також у забезпеченні незалежності судової влади. Але незалежність не є самоціллю, а лише першою та необхідною умовою для належного виконання судом покладених на нього функцій. Сьогодні в Україні ми говоримо про бажання досягти незалежності (матеріальної, ідеологічної тощо) судів і суддів. Це фактори, які сприяють свободі. Але чи це внутрішні фактори? Чи надають вони суддям «більшу свободу» у прийнятті судових рішень? Ступінь свободи суддів залежить не тільки від культури судової правотворчості, а й від рівня розвитку особистості суддів. Залучення особистісного елементу екзистенційного проекту до судового процесу ще гостріше ставить епістемологічні питання про природу судових рішень. Виявляється, останній відображає не лише інтелект судді, рівень освіти, освітні характеристики, а й ті цінності, яких він дотримується, розуміючи мету та значення своєї діяльності.

Як слушно зазначає О. Мішина, «Принципи поведінки суддів Бенгалуру стверджують, що суддям необхідно сприймати свою посаду як поважну і почесну, усвідомлювати рівень довіри до них з боку суспільства та докладати

всіх зусиль для збереження та далі розвивати довіру до системи правосуддя» [109, с. 109]. На думку Е. Ерліха, саме «особистість» судді визначає, чи слідувати «букві закону» чи духу закону. Недосконалість «особистості» - можливість зазнати зловживань [17, с. 112], ймовірність негармонійної реалізації норм природного права [162, с. 34]. Останньому може перешкоджати «культура юридичної освіти», як вважає український дослідник англійської прецедентної системи Б. Малишев, а також організаційні чинники (судова автономія, процесуальна прозорість тощо), що запобігає в Англії зловживанням із боку суддів [97]. Тож, варто зазначити те чи буде зловжити чи ні суддівським розсудом суддя впершу чергу залежатиме від його особистих та організаційних чинників які йому будуть запобігати.

Суддівський розсуд – це творчо-інтелектуальна вольова діяльність суддів, у процесі якої може остаточно сформуватись моральна позиція суддів і здійснюється пошук оптимальних рішень для конкретних судових справ. Вирішальну роль у такому процесі відіграє унікальність індивідуальних характеристик і «дух» судді. Тільки добросовісним особам з високим почуттям права і здоровим розумом слід доручати на висланий розсуд вирішувати судові справи в суспільстві.

## Висновки до Розділу 2

1. Зазначено, що законодавче визначення меж суддівського розсуду відсутнє. У правовій доктрині ця дефініція не є достатньо дослідженою. У зв'язку з цим, дано авторське визначення меж суддівського розсуду, під яким потрібно розуміти встановлені законодавством рамки інтелектуально-вольової поведінки судді, суду, за які він не може виходити при вирішенні питань у кримінальному провадженні.

2. Зроблено висновок, що суди вищої інстанції здійснюють суддівський розсуд через видання рішень, у яких роз'яснюють положення законодавства, які не є достатньо зрозумілими. Суди нижчої інстанції на різних стадіях кримінального провадження часто спираються на такі рішення, хоча мають право не враховувати їх у своїй діяльності. Про це свідчать результати проведеного анкетування: 79 % опитаних практичних працівників зазначають, що використовують на практиці рішення судів вищої інстанції. Таким чином, суди вищої в певній мірі встановлюють межі суддівського розсуду для судів нижчої інстанції (Додаток А).

3. Окрема думка судді у кримінальному провадженні є офіційною позицією останнього щодо обставин певного кримінального провадження. На практиці судді часто звертаються до окремих думок у схожих кримінальних провадженнях, щоб більш повно і всебічно дослідити «правові тонкощі» прийняття правомірного і справедливого судового рішення, зокрема у складних кримінальних провадженнях.

4. Звернено увагу на загальний характер морально-етичних вимог до судді, які повинні відповідати міжнародно-правовим стандартам етичної поведінки суддів. З огляду на це зазначено, що законодавці різних європейських держав прийняли окремі правові акти щодо регулювання етичної і моральної сфери суддівської поведінки та відповідальність за її порушення (Естонія, Японія, Мальта, Литва, Словацька Республіка, Словенія тощо). Схожі норми присутні також у таких державах як Кіпр, Чеська Республіка, Норвегія, Польща, Швеція та Великобританія.

### РОЗДІЛ 3

## ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ТА ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ДОСВІДУ ПИТАНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ СУДДІВСЬКИМ РОЗСУДОМ

### **3.1. Поняття суддівського розсуду у міжнародних стандартах та принципи та правила, пов'язані із його застосуванням**

Судовому розсуду в суспільстві протистоять дуже потужні сили: будь-яка влада, яка хоче, щоб суди їй підкорялися, і популістські голоси, які критикують суди як «свавільні» (справжні чи уявні). Ці сили (є сильніші чи слабші) існують у будь-якому суспільстві. Дуже важливо їх стримувати. Критична роль добросовісного суддівського розсуду для всієї правової системи та необхідність запровадження належного імунітету для суддів була визнана в міжнародних стандартах у судовій сфері. Розроблені в основному в джерелах «м'якого права», ці стандарти, хоча формально не мають обов'язкової сили, є важливими, зокрема через їхній вплив на тлумачення обов'язкових міжнародних договорів (наприклад статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод), а також тлумачення та роз'яснення відповідних положень національного законодавства.

Відповідно до цих стандартів, судді, які добросовісно користуються повноваженнями суддів, повинні мати імунітет від відповідальності.

Відсутність єдиного підходу щодо поділу міжнародних стандартів на види і його закріплення в міжнародних і європейських документах не завжди сприяє забезпеченню єдності судової практики. Вчені щодо поділу міжнародних стандартів на види використовують різні підходи. Так, І.В. Назаров у сфері правосуддя міжнародні стандарти поділяє на базові, спеціальні, практику Європейського суду із прав людини, стандарти Європейського Союзу щодо побудови судових систем [117]. В.Д. Бринцев



пропонує в загальній системі стандартів правової держави поділити їх на:

- 1) загальні у сфері державного устрою, прав людини та матеріального права;
- 2) процесуальні – стандарти окремих галузей судового процесу;
- 3) судовустройні – стандарти, на яких будується система судової влади.

Проте жвава дискусія щодо поділу міжнародних стандартів на види, на думку В.Д. Бринцева, зумовлена відсутністю єдиного міжнародно-правового акта із закріпленням їх переліку [21, с. 54].

Заслуговує на увагу те, як вчені класифікують міжнародні стандарти на види. Враховуючи їх, водночас можна запропонувати поділити міжнародні стандарти у сфері судочинства на дві групи: 1) загальноновизнані основні міжнародні стандарти (обов'язкові міжнародно-правові стандарти) та 2) спеціальні міжнародні стандарти у судове поле (з рекомендаційним характером).

До першої групи належать загальноновизнані базові міжнародні стандарти, що містяться в документах Організації Об'єднаних Націй з прав людини, які тісно пов'язані з правосуддям, включаючи, зокрема, право кожного на справедливий суд. Загальна декларація прав людини (стаття 10) (10 грудня 1948 р.) і два обов'язкові пакти Організації Об'єднаних Націй містять право кожного на справедливий і публічний розгляд його справи компетентним, незалежним і об'єктивним судом. Положення про права людини: такі документи ООН, як Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (стаття 14) (16 грудня 1966 р.) та Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права (16 грудня 1966 р.) та в інших документах ООН. Загальна декларація прав людини була основою для попередніх документів та Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод (4 листопада 1950 р.). У Пакті наголошується, що кожна особа має право на справедливий і публічний розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішуватиме спори щодо її цивільних прав і обов'язків або вирішуватиме будь-які кримінальні обвинувачення проти неї. Обґрунтованість

обвинувачень (стаття 6 частина 1). І ці цінності закріплені в основних міжнародних стандартах, які втілюють універсальні принципи справедливості, включаючи право кожного на справедливий суд. Основні міжнародні стандарти, зафіксовані в цих документах, є обов'язковими міжнародно-правовими стандартами в демократичних країнах світу та в Європі. Вони утверджують цінності демократичного суспільства, зокрема людські цінності, верховенство права, повну доступність і дотримання прав і свобод людини і громадянина. Україна ратифікувала окремі документи: Договір від 19 жовтня 1973 року та Декларацію від 17 липня 1997 року.

Відповідно до Конституції України вони є частиною національного законодавства України (ч. 1 ст. 9 Конституції), тому їх норми (міжнародні стандарти) підлягають дотриманню. В Основному Законі держави зазначено, що «права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави... Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є першочерговим обов'язком держави» (ч. 2 ст. 3 Конституції України), у тому числі в судовій сфері. Крім того, слід зазначити, що рішення Європейського суду з прав людини є обов'язковими для України відповідно до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ст. 53). Закон України «Про виконання рішень і практики Європейського суду з прав людини» вимагає від українських судів посилалися на конвенції та судову практику як на джерело права (ст. 17), що свідчить про загальну обов'язковість їх норм. і ст. Стаття 18 Закону встановлює процедуру з посиланням на Конвенцію та практику Європейського суду з прав людини. Відповідно до цього закону Україна дотримується положень Конвенції та Європейської конвенції з прав людини.

Зазначимо, що норми рішень ЄСПЛ виступають як міжнародні стандарти. І на його рішення посилаються в своїх рішеннях національні суди інших країн і, зокрема, суди України. Проте реалізація зазначених вище міжнародних стандартів в Україні відбувається складно. Причинами такого становища є низький рівень професіоналізму суддів, неукомплектованість суддівського корпусу, велике навантаження на суди, високий рівень корупції в

судовій системі, низький рівень довіри до судової системи та низький рівень виконання рішень Європейського Суду з прав людини. Чітке осмислення, розуміння й дотримання обов'язкових базових загальноновизнаних міжнародних стандартів судами всіх рівнів сприятиме забезпеченню єдності судової практики. Отже, суди демократичних країн покликані привести свою судову практику у відповідність до базових загальноновизнаних міжнародних стандартів.

До другої групи міжнародних стандартів у сфері правосуддя можна віднести «Основні принципи незалежності судових органів», схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 р., «Бангалорські принципи поведінки суддів» від 19 травня 2006 р., схвалені Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН 27 липня 2006 р. № 2006/23, низку Рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи державам-членам та Висновків Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи тощо. Це міжнародні стандарти рекомендаційного характеру, тобто так званого «м'якого» права. У Резолюції «Основні принципи незалежності судових органів» наголошується на необхідності дотримання таких основних міжнародних стандартів, як гарантування незалежності судових органів державою і закріплення їх в конституції або законах країни, що кожен має право на справедливий і публічний суд, що для здійснення цього права необхідно мати незалежний судовий орган тощо (ч. 3 вступу та ін.). У додатку до резолюції ці стандарти деталізуються і рекомендуються до виконання і вжиття заходів з урахуванням політичних, економічних, соціальних та культурних умов і традицій кожної країни [122].

Міжнародні стандарти, пов'язані з суддівським розсудом, на наш погляд, не повністю імплементовані у законодавство України. Відповідно до ч. 4 ст. 126 Конституції України, «суддю не може бути притягнуто до відповідальності за ухвалене ним судове рішення, за винятком вчинення злочину або дисциплінарного проступку». Це правило продубльовано у ч. 1

ст. 49 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (далі – «Закон про судоустрій»). Прояв ідеї щодо «імунітету» можна знайти також у ч. 2 ст. 106 Закону про судоустрій, відповідно до якої «скасування або зміна судового рішення не має наслідком дисциплінарну відповідальність судді, який брав участь у його ухваленні, крім випадків, коли скасоване або мінене рішення ухвалено внаслідок умисного порушення норм права чиненалежного ставлення до службових обов'язків».

У частині 11 статті 49 Закону про Судоустрій зазначено, що «держава несе відповідальність за шкоду, заподіяну судами, на підставах і в порядку, встановлених законом». Відповідно до наведених законодавчих положень виключається можливість прямої цивільно-правової відповідальності за порушення, допущені суддями при винесенні ними судових рішень. Але теоретично збитки, завдані порушенням суддями дисципліни або злочинами, можуть бути відшкодовані шляхом звернення до держави, щоб держава компенсувала жертвам відповідно до положень статті 11. Стаття 49 Закону «Про судоустрій і статус суддів». Сьогодні ця практика мало відома. Щодо кримінальної відповідальності суддів за діяння, вчинені під час судового процесу, то вона врегульована ст. Стаття 375 Кримінального кодексу України.

Водночас українські судді отримали доволі багато дисциплінарних стягнень. У юридичній професії точаться дискусії щодо того, чи були покарані окремі судді за використання дозволеного суддівського розсуду. Враховуючи обсяг питань, які виникають у дисциплінарній практиці.

Ми пропонуємо розглянути, як це визначено в різних міжнародних-правових актах. Так, Резолюцією 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 року було схвалено основні принципи щодо незалежності правосуддя, де зазначено: «Без шкоди для якоїсь дисциплінарної процедури чи якогось права на апеляцію або компенсацію з боку держави відповідно до національних законів суддям слід користуватися особистим імунітетом від судового переслідування за фінансову шкоду, спричинену в результаті хибних дій чи упущень, які мали

місце при здійсненні своїх судових функцій».

«Загальна хартія суддів», прийнята Центральною радою Міжнародної асоціації суддів у Тайпеї (Тайвань) 17 листопада 1999 року, передбачає, що «керівництво судової системи та процедури застосування дисциплінарних стягнень повинні бути організовані так, щоб не підривати незалежність суддів, увага має звертатися тільки на об'єктивний розгляд справи по суті».

«Монреальська загальна декларація про незалежність судової влади», прийнята на Першій всесвітній конференції з незалежності судової влади, що відбулася в Монреалі, Квебек, Канада, 10 червня 1983 року визначила, що «судді, як особи, є вільними та мають обов'язок діяти відповідно до своїх власних прав, неупереджено визначати власну оцінку фактів і знання закону, вільні від будь-яких прямих чи непрямих обмежень, впливу, спонукань, примусу, погроз чи втручання будь-якої сторони з будь-якої причини».

Велика хартія суддів (основні принципи), ухвалена KRES на 11-му пленарному засіданні (Страсбург, 17-19 листопада 2010 р.), зазначає, що «судді не несуть відповідальності у зв'язку з виконанням ним суддівських функцій, навіть у разі компенсації державою, за винятком справа про умисні злочини

Висновок № 3 від 19 листопада 2002 р. Консультативного комітету європейських суддів (СЈЕС) встановив, що, як загальний принцип, судді повинні бути звільнені від особистої відповідальності за позови, висунуті проти них за добросовісне виконання своїх функцій. Судові помилки в юрисдикції або процедурі судового розгляду, визначенні або застосуванні закону, ідентифікації доказів тощо повинні вирішуватися шляхом апеляції; інші судові порушення, які не можуть бути виправлені таким чином (включаючи, наприклад, надмірні затримки у розгляді) незадоволені сторони повинні, що найбільше подати позов проти держави, щоб врегулювати його.

Закон про європейських суддів, ухвалений асоціацією Європейських суддів, передбачає, що жоден суддя не несе цивільної відповідальності за виконання своїх професійних обов'язків.

Декларація про принципи незалежності судової влади, затверджена Конференцією головних суддів Центральної та Східної Європи. Бріуни, Хорватія, 14 жовтня 2015 р. постановив, що добросовісне вирішення спорів, засноване на застосуванні суддею закону, не повинно призводити до звільнення судді з посади, навіть якщо рішення судді є неправильним, непопулярним або неприйнятним. Державні службовці чи установи, для тих, хто не задоволений рішенням, належним засобом захисту є подання заперечення відповідно до закону.

Лист до Конституційного Суду щодо права держави на компенсацію від суддів (стаття 27 Закону про Урядового представника №151 від 30.07.2015). Схвалено Венеційською комісією на 107-й пленарній сесії (Венеція, 10-11.06.2016) Республіка Молдова.) заявлено, що загалом судді не повинні нести відповідальності за регресними позовами, якщо вони здійснювали правосуддя відповідно до стандартів, встановлених законом (функціональний імунітет)».

Висновок KRES № 10 (2007) привернув увагу Комітету міністрів Ради Європи до правосуддя на службі суспільства, зазначивши, що «...Більш того, якщо до судді можуть бути застосовані дисциплінарні та юридичні санкції за її/його рішення, ні демократичний баланс ні незалежність суду, між гілками влади не можуть бути збережені. Тому судові комітети повинні однозначно засуджувати політичні програми, спрямовані на обмеження свободи прийняття рішень суддями. Це не применшує відповідальності суддів поважати закон.

Рекомендація CM/Rec (2010) № 12, прийнята Комітетом Міністрів Ради Європи 17.11.2010: Незалежність, ефективність і відповідальність визначають «тлумачення закону, встановлення фактів або оцінку доказів» суддів у вирішення справ. Поведінка не може бути підставою для цивільної та дисциплінарної відповідальності, за винятком випадків умислу або грубої недбалості».

Тлумачення суддею закону, встановлення фактів чи доказів при розгляді

справи не може бути підставою для притягнення до кримінальної відповідальності, за винятком умислу.

Київська пропозиція щодо незалежності судів у Східній Європі, на Південному Кавказі та в Центральній Азії. Бюро з демократичних інститутів і прав людини ОБСЄ заявляє, що «дисциплінарні провадження проти суддів повинні включати серйозні та невибачні можливі порушення професійної діяльності, а також випадки, які принижують судову систему. Дисциплінарна відповідальність суддів не повинна поширюватися на їхні рішення та зміст судових рішень, включаючи розбіжності в тлумаченні закону суддями, або випадки судової помилки, або критику суду».

У результаті провадження в будь-якій категорії справ метою судових рішень є досягнення юридичної визначеності у спірних відносинах. І навпаки, існування правової визначеності неможливо уявити без правової доктрини «*res judicata*», яка передбачає остаточність (незмінність) судових рішень. «*res judicata*» - це абревіатура фрази «*res judicata pro veritate habetur!*» (лат. - рішення суду вважається фактом).

На основі сказаного, можемо сформулювати рекомендації щодо застосування норм міжнародного права в контексті реалізації суддівського розсуду у кримінальному провадженні:

1) кожній особі гарантується право на справедливий і відкритий судовий розгляд (ст. 8, 10 Загальної декларації прав людини, ст. 6 Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод);

2) держава не може законно наводити мотиви та визначати необхідність виправдання обмеження прав і свобод людини у кримінальному провадженні; підстави для обмеження прав і свобод людини повинні трактуватися звужено (практика ЄСПЛ);

3) судді не повинні нести юридичну відповідальність за реалізацію суддівського розсуду у кримінальному провадженні, якщо вони здійснюють свою професійну діяльність у відповідності з вимогами законодавства (Висновок №10 (2007) КРЕС Комітету Міністрів Ради Європи щодо

правосуддя на службі суспільства).

Сьогодні в суспільстві існує неоднозначна думка про те, що в залежності від результату справи завжди є «ображена» сторона, тобто вирок виноситься не на користь однієї сторони. А отже, в роботі суддів завжди буде місце для критики.

Перш за все, зважаючи на негативне ставлення суспільства до судової влади, першочерговим завданням національних судів є поступове формування довіри суспільства до національних судів самими суддями. Говорити про позитивний ефект підвищення довіри суспільства до судової системи влади немає сенсу, адже це очевидно. Цікаво уважно розглянути важелі впливу, якими володіють самі судді для досягнення необхідного ефекту, тобто повагу суспільства до них самих (суддів) та результатів їхньої діяльності (судівського рішення).

Повага до судової влади формується безпосередньо суддями: на стадії розгляду справи – під час судового засідання, завдяки послідовній та належній поведінці судді; за наслідками вирішення справи по суті – завдяки обґрунтованим висновкам. суду та рішення суду або мотиви 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 [105, с. 38].

Визнаючи 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» [16, с. 183]. Загалом це визначення відповідає широкому значенню слова, але є надто загальним і не відображає його правових аспектів. Адже таке визначення має називатися



свавіллям чиновників, а не будь-якою формою влади. Такі визначення не мають певної концептуальної основи, тому є нелогічними та незаконними.

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 [161, с. 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 [151, с. 483].

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» [161, с. 65]. Така позиція також видається невиправданою, 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 Конституції України, 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 в будь-якій справі, національні суди повинні надати кожній стороні гарантії, передбачені статтею 61 Європейської конвенції з прав людини. Судді зможуть «заслужити» довгоочікуване

суспільне визнання завдяки якості судових рішень, отриманих шляхом реалізації принципів, встановлених вищезазначеними нормами. У цьому контексті ми розуміємо, що стаття 6 Європейської конвенції з прав людини гарантує кожному право на справедливий і публічний суд для визначення його цивільних прав та обов'язків або для встановлення будь-яких кримінальних звинувачень проти нього. Практика Європейського суду з прав людини містить широке визначення статті 6 Європейського суду з прав людини, оскільки вона є важливою для забезпечення демократії.

У контексті загальних положень мова йде про доступ до правосуддя, який є найважливішою складовою складовою суддівського розсуду. Тут можна згадати закони, які обмежують доступ до правосуддя в певних сферах справ, обмежують оплату праці суддів як невід'ємну частину незалежності судової влади, обмежують фінансування судових установ, з наслідком відправлення працівників суду у відпустку за власний рахунок. Це не матиме позитивного впливу на доступ громадян до правосуддя тощо.

Беручи до уваги вищезазначене, ЄСПЛ заявляє, що держави повинні пов'язувати застосування принципу «необхідності в демократичному суспільстві» з дією однієї зі спеціальних обмежувальних підстав, викладених у відповідних статтях: 1) держави не можуть юридично посилатися на загальну необхідність, для обґрунтування обмеження прав і свобод 2) підстави обґрунтування обмеження прав і свобод слід розглядати вузько.

Судова дискреція, відображена в судових рішеннях, ґрунтується на принципах європейського права, оскільки при визначенні законності державного втручання в права особи національні суди досліджують підставу для втручання як «необхідність втручання у демократичне суспільство». Застосування такого підходу до ухвалення та обґрунтування рішень національними судами забезпечує баланс публічних і приватних інтересів.

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. Тому ми здійснимо 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 спосіб, який найкраще нас задовольняє. Роблячи так, ми зробимо нашу початкову мету більш чіткою і, до речі, вирішимо питання щодо значення загального слова для цілей цього правила [199].

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 [196].

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» [32, с. 58].

Таким чином, суб'єктом необхідних обмежень дискреційних повноважень є держава в цілому. У цьому випадку мова йде про весь комплекс громадських заходів, що здійснюються для організації суспільного життя в державі. Під владою розуміється правова здатність держави належним чином регулювати суспільні відносини за допомогою правових документів.

### **3.2. Суддівський розсуд у законодавстві країн Європейського Союзу**

Глобалізаційні процеси у сучасному світі, зокрема у правовій сфері, викликають зближення правових систем, уніфікацію в підходах до розуміння різних правових явищ та імплементацію позитивних практик демократичних держав. Активний вплив на формування законодавства України здійснюють наддержавні правові інституції - зокрема міжнародні організації, такі як Рада Європи та ООН, а також Європейський Союз, на шляху до членства в якому перебуває Україна. Питання відправлення правосуддя займає особливо важливе місце в державній правовій політиці України і викликає інтерес та стурбованість міжнародної правової спільноти. 24 жовтня 2014 року було утворено Раду з питань судової реформи, як консультативно-дорадчий орган при Президентові України.

Основними завданнями Ради, зокрема, є сприяння налагодженню ефективного механізму взаємодії державних органів, інститутів громадянського суспільства та міжнародних організацій з питань підготовки і реалізації стратегії реформування судоустрою та судочинства, інших

суміжних правових інститутів. Рада з питань судової реформи у своїй діяльності активно співпрацює з міжнародними організаціями та працює над впровадженням міжнародно-правових стандартів здійснення правосуддя. Ці факти свідчать про актуальність питань реформування правосуддя та вплив міжнародно-правових інститутів на цей процес. Зокрема, актуальним є питання розсуду суду, оскільки значна частина питань передбачених КПК України не має чіткого правового регулювання та вирішується суддею самостійно.

Постає питання щодо визначення ролі міжнародно-правових інститутів на питання розсуду суду в кримінальному провадженні України, визначення позитивних практик застосування судового розсуду та можливості його імплементації в правову систему України. Зважаючи на ступінь допустимих правових обмежень прав людини у кримінальних процесуальних відносинах, необхідним є встановлення чітких гарантій та унеможливлення процесуальних зловживань чи порушень.

Судова правотворчість на міжнародному рівні є неминучою і відповідає інтересам самих держав, які є учасниками міжнародної організації, оскільки узгоджує їхні інтереси та дозволяє справедливо вирішувати конфліктні ситуації. Досліджуючи питання меж судового розсуду в кримінальному провадженні відповідно до міжнародно-правових стандартів здійснення судочинства, ми стикаємось із проблемою бінарності правового регулювання, тобто наявності на різних рівнях приписів, які регулюють одне і те ж питання, і досить часто не однаково. Однозначну відповідь на питання вирішення цієї колізії дає сам КПК України у ст. 9, яка встановлює правило, що у разі якщо норми цього Кодексу суперечать міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, застосовуються положення відповідного міжнародного договору України.

Дещо інакше виглядає вирішення цього питання у контексті застосування практики ЄСПЛ, оскільки у ст. 9 КПК України встановлено, що кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з



урахуванням практики Європейського суду з прав людини, а також Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» у ст. 17 встановлює, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. Тобто однозначної відповіді про пріоритетність практики ЄСПЛ з даних положень ми не знаходимо.

Проте таку відповідь ми знаходимо у беззаперечному обов'язку України виконувати рішення ЄСПЛ відповідно до ст. 46 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, згідно з якою Високі Договірні Сторони зобов'язуються виконувати остаточні рішення Суду в будь-яких справах, у яких вони є сторонами. Рішення ЄСПЛ не підлягає перегляду жодною іншою судовою установою чи органом і не може скасоване чи змінене. На обсяг розсуду який надається державним судовим органам в межах певної міжнародної організації впливають декілька факторів:

- 1) кількість держав-учасниць міжнародної організації;
- 2) складність процедури внесення змін в угоду, яка регулює членство в міжнародній організації;
- 3) вартість функціонування певної міжнародної організації.

Всі ці фактори тісно пов'язані між собою. У двосторонніх міжнародних відносинах обсяг дискреційних повноважень держав, зокрема їх судових органів, є значно меншим, ніж у міжнародних спільнотах з великою кількістю учасників, оскільки процедура внесення змін у регулятивні документи потребує значно менших часових, фінансових та людських ресурсів. Регулятивні документи міжнародних організацій, в яких є значна кількість учасників, часто формулюються із застосуванням відносно-визначених норм, задля надання можливості державам-членам їх максимально ефективного застосування у національному контексті, виходячи із культурних, економічних, соціальних та інших особливостей держав.

Основним завданням, яке ми ставимо поставили у цьому підрозділі – це показати спрямування на підвищення обізнаності та покращення рівня знань

щодо відповідних правових стандартів, визначених Європейським Союзом (ЄС) та Радою Європи, зокрема через практику Суду справедливості Європейського Союзу (СЄС) і Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ). Важливим моментом є те, що треба чітко уявити собі визначення терміна «доступ до правосуддя» в контексті основних європейських стандартів у сфері прав людини. У ній представлено європейські регіональні системи, що захищають права людини, та зосереджується увага на забезпеченні захисту прав на національному рівні. У цій главі також узагальнено взаємозв'язок між доступом до правосуддя в Європейському Союзі (ЄС) та Раді Європи (РЄ).

На рівні політики ЄС доступ до правосуддя в державах-членах ЄС (зокрема, ефективність і якість системи правосуддя та незалежність судової системи в межах ЄС) регулярно вимірюються за допомогою так званого інструменту оцінки системи правосуддя ЄС (EU Justice Scoreboard) [46]. Цей інструмент спирається на дані СЕРЕJ – експертного органу Ради Європи, а відповідна оцінка є складовою дослідження Європейської Комісії стосовно річного економічного зростання (European Commission's Annual Growth Survey); на підставі дослідження відбувається обговорення річного політичного циклу ЄС («Європейського семестру»), що суттєво впливає на фінансування на національному рівні [1, с. 14]. У європейському праві в галузі прав людини поняття доступу до правосуддя закріплено в статтях 6 та 13 Європейської конвенції з прав людини (ЄКПЛ) та статті 47 Хартії основних прав ЄС, які гарантують право на справедливий суд та ефективний засіб правового захисту, як це тлумачиться Європейським судом з прав людини (ЄСПЛ) та Судом справедливості Європейського Союзу (СЄС) відповідно. Як зазначалося вище, ці права також передбачені такими міжнародними актами, як Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (МПГПП) Організації Об'єднаних Націй (ООН) (п. 3 статті 2 та стаття 14) [110] і Загальна декларація прав людини ООН (ЗДПЛ) (статті 8 і 10) [47] Основні елементи цих прав включають ефективний доступ до органу вирішення спорів, право на справедливий розгляд і своєчасне вирішення

спорів, право на адекватне відшкодування, а також загальне застосування принципів дієвості та ефективності при здійсненні правосуддя [43, с. 9]. Права, які захищають ЄКПЛ і Хартія основних прав ЄС, частково збігаються. Відповідно до статті 53 Хартії основних прав ЄС, права в Хартії, які кореспондуються з правами в ЄКПЛ, наділяються тими ж змістом та сферою застосування, що й права, передбачені в ЄКПЛ. У Роз'ясненнях до Хартії [180] (які використовуються як тлумачення, яке допомагає зрозуміти її зміст, але не є юридично зобов'язуючим) надаються додаткові орієнтири з цього приводу. Частковий збіг означає, що судова практика ЄСПЛ, зазвичай, є важливою для тлумачення прав, які передбачаються Хартією основних прав ЄС. Проте, як буде зазначено нижче, правові системи ЄСПЛ і СЄС різні, що може впливати на захист прав на національному рівні.

Так, право на доступ до суду є важливим елементом доступу до правосуддя, яке передбачає, що суди забезпечують захист від протиправної діяльності і підтримують верховенство права [11]. Відповідно до права РЄ п. 1 статті 6 ЄКПЛ визначає: «Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення». Доступ до суду є складовою частиною права на справедливий судовий розгляд, оскільки воно передбачає, що спори мають вирішувати суди. Держави не зобов'язані формувати конкретні типи судів, такі як, наприклад, апеляційні суди. Проте якщо держава-учасниця створила такі суди, стаття 6 буде до них застосовуватися [170].

Відповідно до ЄКПЛ права повинні бути «практичними й ефективними», а не «теоретичними й ілюзорними» [165]. Відповідно до права РЄ судова практика щодо статті 6 ЄКПЛ передбачає детальні правила щодо незалежності судової влади, які покликані захистити її від зовнішнього тиску та гарантувати нейтральність [121]. Ці правила стосуються порядку

призначення суддів, терміну їхніх повноважень і наявності гарантій від зовнішнього тиску [168]. Відповідно до права ЄС вимога щодо незалежності зобов'язує суд діяти як третя сторона, що приймає рішення, незалежно від адміністративних органів і сторін спору [167].

Акцентуємо увагу на тому, що відповідно до права РЄ та права ЄС безсторонність тісно переплітається з незалежністю. Вона вимагає від осіб, які приймають рішення, бути відкритими до сприйняття інформації і неупередженими під час вирішення спорів. Суд вважається вільним від особистої упередженості, якщо не доведено інше [54]. Доведення суб'єктивної безсторонності вимагає визначення особистих переконань того чи іншого судді в конкретній справі, що зробити дуже складно. Прикладами суб'єктивної упередженості є прояви ворожнечі або недоброзичливості судді чи докази того, що суддя домовився(лася) про те, щоб справа була йому (їй) направлена з особистих причин [112]. Переважна більшість справ зі скаргами щодо відсутності безсторонності стосувались об'єктивного тесту, який передбачає визначення того, чи суддя надавав достатні гарантії, щоб виключити будь-які обґрунтовані сумніви щодо цього [112].

Право ЄС послідовно дотримується принципів, установлених практикою ЄСПЛ щодо двох обов'язкових аспектів безсторонності: суб'єктивної й об'єктивної. Незалежність вважається необхідною передумовою безсторонності, крім того повинні існувати відповідні правила щодо складу органу та статусу його членів [166].

У порівнянні із судьями національних судів судді ЄСПЛ користуються значно ширшими межами розсуду і, відповідно, можливостями для судової правотворчості.

У даному аспекті необхідно звернути увагу на положення КПК України, які стосуються провадження на підставі угод і всупереч практиці ЄСПЛ не містять підстав для апеляційного та касаційного перегляду рішення суду про відмову в затвердженні угоди, без обґрунтованої законодавцем відсутності

такої можливості, що фактично позбавляє сторони кримінального провадження можливості ефективно захистити свої законні права. Сторони в цій ситуації практично не захищені від суддівської сваволі, а можливість оскаржувати таке рішення в межах скарги на вирок суду, винесений за результатами розгляду усієї справи, є неефективним з огляду на тривалість розгляду судом кримінальних проваджень.

Міжнародний Суд Справедливості наділений широким колом дискреції, оскільки відповідно до ст. 38 Статуту Суду, він приймає рішення відповідно до міжнародних договорів і конвенцій, міжнародних звичаїв, загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями, прецедентного права та правової доктрини, а також у разі домовленості сторін, Суд може вирішувати справу на основі принципу *ex aequo et bono* (по справедливості), не обмежуючи себе нормами міжнародного права, що діють.

Межі розсуду Суду визначаються ступенем його легітимності та визнання державами-учасниками. На відміну від національних судів, які в межах однієї держави наділені інструментами примусу і можуть впливати на виконання своїх рішень, Міжнародний Суд Справедливості не володіє таким механізмом, і користується виключно політичними інструментами впливу на імплементацію своїх рішень [197, 55].

Компетенція Суду Справедливості поширюється на питання забезпечення дотримання права ЄС та його тлумачення на запит держав-членів. У своїй діяльності Суд Справедливості ЄС керується принципом субсидіарності та визнання меж розсуду національних судів, відповідно до яких специфічні обставини, які визначають концепцію державної політики, можуть відрізнятися в різних країнах, а також, коли національне право повинно бути узгоджене з правом Спільноти (*Omega v. Oberbürgermeisterin* (2004)).

Проте, у разі коли національні процедури є неефективними та створюється загроза правам та інтересам осіб, розсуд національних судів є недопустимим. Суд Справедливості ЄС у своїй практиці виробив концепцію

«меж дискреції» (margin of discretion), яка стала особливо актуальною з 1990-х років та знайшла відображення у низці судових справ. Ця концепція полягає в тому, що держава може обґрунтовувати рішення низкою особливих інтересів, які не притаманні іншим державам-членам ЄС, проте такі інтереси не можуть суперечити цінностям ЄС і повинні пройти тест пропорційності.

Аналіз практики застосування дискреційних повноважень міжнародними судовими органами дозволяє дійти висновку, про її важливість та необхідність імплементації в законодавство України та судову практику. Зокрема потребує вдосконалення інститут оскарження рішення суду про відмову в затвердженні угоди в кримінальному провадженні, а саме необхідно доповнити КПК України відповідною підставою для оскарження цього рішення суду. Хоча усі міжнародні судові інститути є різними у своїй будові та організації, вони наділені широкими повноваженнями приймати дискреційні рішення, які мають значну вагу як для міжнародної, так і для національної правотворчості. Міжнародні інституції визначають межі розсуду шляхом встановлення відповідних практики чи ситуації у внутрішньому правопорядку, включаючи ті, що впливають із конституційної організації держави, для того щоб виправдати недотримання зобов'язань, які впливають із права Співтовариства [12, 62]. Це правило є важливим для України у перспективі членства у Європейському Союзі і відповідно зобов'язаннях дотримання положень права Співтовариства навіть попри недоліки та суперечливість внутрішнього законодавства.

Роль Суду полягає не в перегляді кінцевого рішення національного суду, а у перевірці процедур, передбачених національним законодавством. Таким чином, переглядаючи рішення національних судів Суд фактично здійснює судову правотворчість, яка в подальшому імплементується в національну систему [198; 194].

Вважаємо, що з огляду на перебування України на шляху до членства у Європейський Союз і подальше поширення на неї компетенції Суду Справедливості ЄС доцільним є врахування практики Суду як українським

законодавцем, так і судами, хоча на даний момент лише у формі рекомендацій.

Аналіз практики застосування дискреційних повноважень міжнародними судовими органами дозволяє дійти висновку, про її важливість та необхідність імплементації в законодавство України та судову практику. Зокрема потребує вдосконалення інститут оскарження рішення суду про відмову в затвердженні угоди в кримінальному провадженні, а саме необхідно доповнити КПК України відповідною підставою для оскарження цього рішення суду. Хоча усі міжнародні судові інститути є різними у своїй будові та організації, вони наділені широкими повноваженнями приймати дискреційні рішення, які мають значну вагу як для міжнародної, так і для національної правотворчості. Міжнародні інституції визначають межі розсуду шляхом встановлення відповідних нормативних приписів, які лімітують поведінку суду, а також шляхом тлумачення відповідних положень в контексті судової практики, яка в деяких випадках має зобов'язальний характер для України, а в деяких - рекомендаційний. При дотриманні Україною євроінтеграційного вектору розвитку, рішення Суду Справедливості ЄС набудуть обов'язкового характеру, зокрема, щодо визначення меж розсуду суду в кримінальних провадженнях.

Отже, міжнародні судові органи наділені широкими повноваженнями щодо дискреції. Роль цих судів полягає не у перегляді судового рішення певної держави, а перевірки механізму його прийняття. Таким чином, суди здійснюють нормотворчість, яка в результаті впроваджується в національне законодавство. З огляду на сказане судді в Україні досить часто звертаються до прецедентної практики міжнародних судових органів: 67 % підтвердили факт дослідження та аналізу рішень ЄСПЛ у своїй професійній діяльності.

### **3.3. Вдосконалення законодавства України в питаннях суддівського розсуду з урахуванням практики ЄСПЛ**

Відповідно до усталеної практики ЄСПЛ, Верховний суд повинен оцінити, чи було дотримано встановлений законом поріг для звернення до цього конкретного суду, якщо цього вимагає національне законодавство. Актуальність питання доступу в Україні до Верховного Суду чи «третього» перегляду справи щодо права на справедливий суд, гарантованого ст.1. 6. через особливий конституційний статус Верховного Суду, особливо як суду права.

Розглядаючи це питання, насамперед варто звернути увагу на право як ефективний засіб правового захисту в компетентних національних судах, а також право на правосуддя та захист у разі порушення основних прав, гарантованих Конституцією чи законом. Справедливий і публічний судовий розгляд упродовж розумного строку незалежним і неупередженим судом є одним із невід'ємних прав людини, закріплених у Загальній декларації прав людини, прийнятій Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року (статті 8 і 10).

Ця норма кореспондує з нормою Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), яка міститься в статті 6 «Право на справедливий суд» [62].

При цьому Конвенція покликана гарантувати не теоретичні й ілюзорні, а практичні й ефективні права (див., *mutatis mutandis*, рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) у справі «Метьюз проти Сполученого Королівства» («*Matthews v. the United Kingdom*») [GC], заява № 24833/94, п. 34); право на доступ до суду повинно бути «практичним та ефективним», а не «теоретичним чи ілюзорним» (рішення у справі «Белле проти Франції» («*Bellet v. France*»), заява № 23805/94, п. 36).

Ці міркування набувають особливої актуальності у контексті гарантій, передбачених статтею 6, з огляду на почесне місце, яке в демократичному суспільстві посідає право на справедливий суд (рішення у справі «Принц Ліхтенштейну Ганс-Адам II проти Німеччини» («*Prince Hans-Adam II of*



*Liechtenstein v. Germany*», заява № 42527/98, п. 45) та рішення у справі «Парафія греко-католицької церкви в м. Лупені та інші проти Румунії» («*Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania*»), заява № 76943/11, п. 86).

Порушення судового провадження саме по собі не задовольняє усіх вимог пункту 1 статті 6 Конвенції; ціль Конвенції – гарантувати права, які є практичними та ефективними, а не теоретичними або ілюзорними. Право на доступ до суду включає в себе не лише право ініціювати провадження, а й право отримати «вирішення» спору судом (див. рішення у справах «Мултіплекс проти Хорватії» («*Multiplex v. Croatia*»), заява № 58112/00, п. 45, та «Кутіч проти Хорватії» («*Kutic v. Croatia*»), заява № 48778/99, п. 25) [62].

Згідно з усталеною практикою ЄСПЛ право на суд, одним з аспектів якого є право на доступ до суду, не є абсолютним, воно за своїм змістом може підлягати обмеженням, особливо щодо умов прийнятності скарги на рішення. Це право може бути піддане обмеженням, дозволеним за змістом, тому що право на доступ до суду за самою своєю природою потребує регулювання з боку держави. Однак такі обмеження не можуть обмежувати реалізацію цього права у такий спосіб або до такої міри, щоб саму суть права було порушено. Ці обмеження повинні переслідувати легітимну мету та має бути розумний ступінь пропорційності між використаними засобами та поставленими цілями (рішення ЄСПЛ у справах «Мушта проти України», заява № 8863/06, п. 37; «*Kreuz v. Poland*», заява № 28249/95, п. 53; «*Golder v. the United Kingdom*», заява № 4451/70, п. 38, «*Stanev v. Bulgaria*», заява № 36760/06, п.п. 229-230). Зокрема, обов'язковому дотриманню підлягає застосування процесуальних повноважень вищими судовими інстанціями з позицій передбачуваності (прогнозованості) з точки зору учасників справи (рішення у справах «Мушта проти України», заява № 8863/06, п. 41, «Мельник проти України», заява № 23436/03, п. 26) [81].

Крім того, у п. 38 рішення у справі «*Golder v. the United Kingdom*» (заява № 4451/70) ЄСПЛ зазначив, що оскільки Конвенція (див. статті 13, 14,

17 і 25) не містить визначення обмеження права на суд у вузькому сенсі цього слова, мовчазно допускається можливість обмеження цього права, але таким чином, щоб не зачіпало його основного змісту.

У рішенні ЄСПЛ у справі «Гарсія Манібардо проти Іспанії» («*Garcia Manibardo v. Spain*»), заява № 38695/97, п.п. 38-45) підкреслюється, що спосіб, у який ст. 6 Конвенції застосовується до апеляційних та касаційних судів, має залежати від особливостей процесуального характеру, а також до уваги мають бути взяті норми внутрішнього законодавства та роль касаційних судів у них (див., наприклад, рішення у справах «*Monnel and Morris v. The United Kingdom*», заяви № 9562/81 та № 9818/82, п. 56, «*Helmets v. Sweden*», заява № 11826/85, п. 31).

З цього приводу у рішенні у справі «Делкур проти Бельгії» («*Delcourt v. Belgium*»), заява № 2689/65, п.п. 23-26) ЄСПЛ зазначив, що п. 1 ст. 6 Конвенції застосовують у тому випадку, коли вищий суд розглядає лише питання права (а не факту та права), навіть якщо він може врешті лише скасувати чи підтвердити рішення суду нижчої ланки, а не постановити нове рішення. У той же час ст. 6 Конвенції не передбачає права звернутися до вищого суду після рішення суду нижчої ланки, а тому ця стаття Конвенції застосовуватиметься до розгляду судами вищих інстанцій лише, якщо внутрішня процедура передбачає таке право. Таким чином, можливість подання заяви про розгляд справи судами двох чи більше інстанцій є неавтономною вимогою п. 1 ст. 6 Конвенції і залежить від того, чи дозволяє це внутрішнє законодавство. Суд також зазначив, що держава, яка створює суди апеляційної чи касаційної інстанцій, має забезпечити, щоб особи, які відповідають перед законом, мали можливість користуватись всіма фундаментальними гарантіями п. 1 ст. 6 Конвенції в провадженні у цих судах (рішення у справі «*Delcourt v. Belgium*», заява № 2689/65, п. 25) [200].

Водночас ЄСПЛ неодноразово підкреслював, що застосовані державою обмеження не можуть обмежувати чи зменшувати право доступу до суду таким чином або до такої міри, що порушується сама сутність права. Більш

того, обмеження входить у сферу застосування п. 1 ст. 6 Конвенції, якщо не переслідує «законну мету» і якщо відсутнє «пропорційне співвідношення між використаними засобами та переслідуваною метою» (див., *mutatis mutandis*, рішення у справах «*Ashingdane v. The United Kingdom*», заява № 8225/78, п. 57; «*Fayed v. The United Kingdom*», заява № 17101/90, п. 65; «*Markovic and Others v. Italy*», заява № 1398/03, п.п. 100-102).

ЄСПЛ також наголошує, що хоча п. 1 ст. 6 Конвенції не передбачає жодного права на касацію («третій перегляд»), він вимагає, щоб, якщо національне законодавство передбачає касацію, п. 1 ст. 6 Конвенції вступав в силу навіть у цих касаційних провадженнях у тій мірі, в якій може бути обґрунтовано сказано, що це провадження передбачає «визначення кримінальної відповідальності проти заявника або його «цивільних прав або обов'язків» (див. рішення у справах «*Reichman v. France*», заява № 50147/11, п. 29; «*Maresti v. Croatia*», заява № 55759/07, п. 33; «*Delcourt v. Belgium*», заява № 2689/65, п. 25). Більше того, Суд підкреслює, що спосіб застосування п. 1 ст. 6 Конвенції до провадження після апеляційного оскарження, у тому числі до вищих судів, залежить від особливостей судочинства; слід враховувати всю сукупність процесуальної системи у внутрішньому правовому порядку та роль конкретного суду в ньому (див. рішення у справах «*Július Þór Sigurþórsson v. Iceland*», заява № 38797/17, п. 32; «*Styrmir Þór Bragason v. Iceland*», заява № 36292/14, п. 63; «*Lazu v. Republic of Moldova*», заява № 46182/08, п. 33; «*Hermi v. Italy*» [GC], заява № 18114/02, п. 60; «*Sigurþórsson Arnarsson v. Iceland*», заява № 44671/98, п. 30; «*Botten v. Norway*», заява № 16206/90, п. 39; «*Andrejeva v. Latvia*» [GC], заява № 55707/00, п. 97; «*Levages Prestations Services v. France*», заява № 21920/93, п. 44; «*Annoni di Gussola and Others v. France*», заяви № 31819/96 та № 33293/96, п. 54) [203].

Вирішуючи питання про порушення ч. 1 ст. 6 Конвенції у разі недопуску до касаційного (третього) перегляду справи, ЄСПЛ наголошує на необхідності врахування особливого статусу вищих судів (судів касаційної

інстанції) за національним законодавством держав-членів [62].

Крім того, слід зазначити, що Рекомендація Ради Європи № R (95) 5 Комітету Міністрів Ради Європи від 7 лютого 1995 року «Про впровадження та покращення функціонування систем і процедур оскарження в цивільних або комерційних справах» рекомендує державам-членам вжити заходів для визначення виключення кола питань щодо апеляцій та права на апеляцію до Верховного Суду, щоб запобігти будь-якому зловживанню апеляційною системою. У статті 7 Рекомендації підкреслюється, що там, де існують суди третьої інстанції, положення цієї Рекомендації також повинні, у відповідних випадках застосовуватись до суду третьої інстанції. Розглядаючи можливість вжиття заходів проти суду третьої інстанції, держави повинні мати на увазі, що ці справи вже розглядалися в двох інших судах. Водночас, згідно з ст. 7, яка рекомендує, щоб суди першої інстанції оскаржували апеляції в третій інстанції в основному в межах справ, які вимагають третього судового перегляду, наприклад тих, які сприяли розвитку права або єдиному тлумаченню закону. Їхнє коло також може бути обмежене тими, хто подає скарги у випадках серйозних правових проблем. Тих, хто подає скарги, слід попросити продемонструвати, чому їхня справа буде сприяти досягненню цим цілям.

Важливо також, що у ст. 7 Рекомендації № R (95) 5 зазначається, що держави могли б розглянути можливість введення в дію системи, відповідно до якої суд третьої інстанції міг би розглядати справу безпосередньо, наприклад шляхом розгляду з метою винесення попереднього рішення або застосування процедури, яка передбачає обхід суду другої інстанції (процедура «передачі справи минаючи одну інстанцію»). Такі процедури можуть особливо підходити для таких справ, пов'язаних з питаннями права, за якими скарга в суд третьої інстанції в будь-якому випадку вельми вірогідна. Водночас держави, в яких не діє система дозволів на подачу скарги в суд третьої інстанції або які не допускають можливості відхилення судом третьої інстанції скарги в окремій частині, могли б розглянути можливість

введення в дію таких систем, які обмежували б число справ, що вимагають третього судового розгляду. У законі можна було б визначити конкретні підстави, які дозволяли б суду третьої інстанції обмежувати такий розгляд лише деякими аспектами справи, наприклад при наданні дозволу на подачу скарги або при відхиленні, після короткого розгляду справи, скарги в тій чи іншій частині. У принципі в суді третьої інстанції не можна представляти нові факти і нові докази [62].

ЄСПЛ неодноразово наголошував, що повноваження вищого суду щодо перегляду мають здійснюватися в межах звичайних етапів апеляційного та касаційного розгляду, з обмеженою кількістю інстанцій і передбачуваними строками (рішення (про неприйнятність) у справі «*Link Oil SPB*» v. *Russia*», заява № 42600/05; рішення у справі «*Ryabykh* v. *Russia*», заява № 52854/99, п.п. 51-52).

У справі «Пономарьов проти України» ЄСПЛ зазначив, що повноваження вищих судових органів стосовно перегляду мають реалізовуватися для виправлення судових помилок та недоліків судочинства, але не для здійснення нового судового розгляду (заява № 3236/03, п. 40).

Як зазначив у своєму рішенні у справі «Науменко проти України» (Заява № 41984/98, п. 53) Європейський суд з прав людини, юридична визначеність вимагає дотримання принципу *res judicata*, підлягає повторному розгляду. Ця доктрина наполягає на тому, що жодна зі сторін не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового рішення виключно з метою повторного відкриття справи та розгляду справи. Повноваження щодо перегляду рішень вищих судів мають використовуватися для виправлення судової несправедливості та судових помилок, а не для заміни рішень. Перегляд в порядку нагляду не може розглядатися як прихована скарга, а сама наявність двох думок з одного питання не може бути підставою для перегляду. Відступ від цього принципу можливий лише в самостійних і непереборних випадках (див. рішення у справі «Пономарьов проти України», заява № 3236/03, п. 40; «Осовська та інші проти України», п. Заява № 13, стор

26; «Промислово-фінансовий консорціум «Інвестиційно-металургійний союз» для України, заявка № 10640/05, стор 52).

Ця позиція неодноразово застосовувалася у рішеннях Верховного Суду (наприклад, Велика Палата Верховного Суду від 5 червня 2019 р. у справі № 1-2/2012, провадження № 13-8зв019, Рішення Верховного Суду Суд палати від 09 серпня 2019 року, справа № 906/142/18, провадження № 12-109гс19).

У п. 82 рішення у справі «Зубац проти Хорватії» («*Zubac v. Croatia*», заява № 40160/12) ЄСПЛ зазначив, що спосіб застосування п. 1 ст. 6 Конвенції до апеляційних та касаційних судів залежить від особливостей судового провадження і необхідно враховувати всю сукупність процесуальних дій, проведених в рамках національного правопорядку, а також роль судів касаційної інстанції в них; умови прийнятності касаційної скарги щодо питань права можуть бути суворіші, ніж для звичайної скарги (див. рішення у справах «*Levages Prestations Services v. France*», заява № 21920/93, п. 45; «*Brualla Gomez de la Torre v. Spain*», заява № 26737/95, п. 37; «*Kozlica v. Croatia*», заява № 29182/03, п. 32; «*Shamoyan v. Armenia*», заява № 18499/08, п. 29) [157].

ЄСПЛ також визнав, що застосування встановленого законом порогу для подання скарги до Верховного Суду є законною та розумною процедурною вимогою, враховуючи характер повноважень Верховного Суду розглядати лише відповідні справи (див. рішення у справі «*Zubac v. Хорватія*», заява № 40160/12, § 83; Бруалла Гомес де ла Торре проти Іспанії, заява № 26737/95, § 36; Козліца проти Хорватії, заява № 29182/03, пункт 33; Добрич проти Сербія», п. 2611/07 і 15276/07, п. 54; «Йовович проти Сербії», заява 32299/08, п. 48).

ЄСПЛ наголошує, що саме національний касаційного суд, якщо цього вимагає національне законодавство, повинен оцінювати те, чи досягнуто передбачений законодавством поріг *ratione valoris* для подання скарги саме до цього суду. Відповідно, в ситуації, коли відповідне національне законодавство дозволяло йому відфільтрувати справи, що надходять до нього, касаційний

суд не може бути зв'язаний або обмежений помилками в оцінюванні зазначеного порогу, яких припустилися суди нижчої інстанції при визначенні того, чи надавати доступ до нього (див. рішення у справах «*Zubac v. Croatia*», заява № 40160/12, п. 86; «*Dobrić v. Serbia*», заяви № 2611/07 та № 15276/07», п. 54) [157].

Крім того, ЄСПЛ постійно підкреслює, що роль касаційного суду полягає у врегулюванні суперечностей судової практики між різними судами однієї юрисдикції («*Zielinski and Pradal & Gonzalez and others v. France*» [GC], заяви № 24846/94 та 34165/96 до 34173/96, п. 59). Розглядаючи цю справу, ЄСПЛ зазначив, що роль пленуму Верховного Суду полягає у врегулюванні розбіжностей у юриспруденції між різними структурами останнього та остаточно визначає тлумачення законодавчого положення, усуваючи його [157].

Щодо необхідності дотримання принципу остаточності судових рішень та неприпустимості зловживання правом на апеляцію, у рішенні в справі «*Vieru v. Republic of Moldova*» («*Vieru v. paragraph*») Суд прийняв рішення про перегляд остаточного рішення має відповідати правовим стандартам і що зловживання такими процедурами, ймовірно, порушить Конвенцію. Завдання суду — визначити, чи застосовано процедуру відповідно до ст. 6 Конвенції, забезпечуючи тим самим дотримання принципу правової визначеності. Водночас судам слід мати на увазі, що перш за все відповідальність національних судів є у тлумаченні положень національного законодавства.

Згідно з усталеною практикою ЄСПЛ, принцип остаточності рішення суду полягає в тому, що жодна зі сторін не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового рішення суду лише тому, що воно спрямоване на новий розгляд справи та нові рішення. Наглядові повноваження вищої судової влади повинні використовуватися для виправлення судових помилок і недоліків судової системи, а не для ініціювання нового судового розгляду (див. рішення Європейського суду з прав людини у справі «*Брумареску проти Румунії*», заява № 28342 /95, 62; «*Рябих проти Росії*», заява № 52854/99,

пункти 51-52; «Пономарьов проти України», заява № 3236/03, пункт 40; «Устименко проти України», заява № 32053/13, пункт 46).

Також, враховуючи особливу та важливу роль судів касаційної інстанції в судових системах різних країн, ЄСПЛ неодноразово висловлював критерії допустимості обмеження повноважень Верховного Суду з перегляду у випадку істотних розбіжностей у судовій практиці.

З цього питання Європейський суд з прав людини підкреслив, що відмінності в судовій практиці не можуть вважатися порушенням статті 6 Пакту, статті 1 Пакту, якщо суди вищої інстанції негайно приймають ефективні рішення для уніфікації різних практик («*Albu and others v. Romania*», заява № 34796/09, пункти 35-44).

Як відмічають науковці, незважаючи на те, що розходження повинні мати «довготерміновий характер», ЄСПЛ в своїй практиці не визначив жодних критеріїв, які б давали можливість достовірно встановити строк, дотримання якого не призводить до порушення принципу правової визначеності. Ними визнається, що моментального вирішення проблеми не існує й може вимагатися певний час для формування одноманітних підходів у праворозумінні. Наприклад, майже дворічний строк існування неоднакової судової практики стосовно чисельної групи осіб було визнано таким, що не призвів до порушення норм Конвенції, оскільки у подальшому були вжиті заходи для забезпечення її єдності (рішення у справі «*Albu and others v. Romania*», заява № 34796/09, п.п. 35-44) [157].

Не порушуючи п. 1 ст. Стаття 6 Конвенції та рішення у справі «*Недждет Шахін і Періхан Шахін проти Туреччини*» («*Недждет Шахін і Періхан Шахін проти Туреччини*», заява № 13279/05, п. 133), оскільки Європейський суд з прав людини визначив, що Вищі адміністративні суди та Вищий військовий суд (найвищий суд у системі адміністративної та військової юстиції, які співіснують у Туреччині з різними судами останньої апеляції) винесли різні рішення у схожих справах за участю двох потерпілих в одній аварії, але процес прийняття рішень справедливий і рішення



несвавільні.

Крім того, ЄСПЛ підкреслює неминучість справ, у яких два національні суди – кожен у межах своєї юрисдикції – досягають різних, але все ж розумних і обґрунтованих висновків щодо того самого питання права, що впливає з подібних фактичних обставин, і, отже, вони не порушують Стаття 6 Конвенції (наприклад, Рішення у справі «*Стоїлковська проти колишньої Югославської Республіки Македонія*», заява № 29784/07, пункт 46).

ЄСПЛ водночас у низці рішень визнав порушення ст.1. стаття 6 Конвенції обумовлене обмеженням передачі справ до Верховного (третього) суду за наявності розбіжностей у судовій практиці.

Так, у рішенні у справі («*Vrabec v. Slovakia*», заява № 31312/08, п. 27) ЄСПЛ зазначив, що глибокі та давні відмінності в практиці найвищого національного суду самі по собі суперечать принципу правової визначеності, який передбачає Конвенція та який є одним з основних елементів верховенства права [157].

У справі («*Tudor Tudor v. Romania*», заява № 63252/00, пункти 98-99) ЄСПЛ зазначив, що роль вищих судових органів у кожній державі полягає у вирішенні протиріччя в судовій практиці. Завданням вищих судових органів держав є забезпечення єдності судової практики, невиконання цього завдання вищими судами може призвести до невиконання вимог статті 1 Першого протоколу до Конвенції. (див. Рішення у справі «*Падурану проти Румунії*», заява №: 63252/00, пункти 98-99).

Загалом на підставі аналізу рішень ЄСПЛ А.В. Бойко зазначає, що порушення засад визначеності та передбачуваності правозастосування має місце за таких обставин: касаційний суд не має інструментів узгодження суперечливих рішень судів нижчих інстанцій (рішення у справі «*Tudor Tudor v. Romania*», заява № 21911/03, п. 29); прийняття верховним судом у межах одного провадження нового рішення, що суперечить попередньому рішенню, без посилання на попереднє рішення та обґрунтування зміни точки зору (рішення у справі «*Glavak v. Croatia*», заява №73692/12, п. 20); ухвалення

верховним судом у різних справах щодо одного й того самого питання судових рішень із протилежними правовими висновками, що, більше того, потягло за собою неоднакове правозастосування судів першої інстанції та апеляційних судів (рішення у справі «*Beian v. Romania*», заява № 30658/05, п. 39); існує довготривалий конфлікт щодо правозастосування між палатами вищого адміністративного суду, незважаючи на втручання пленуму вищого адміністративного суду, спрямованого на забезпечення єдності правозастосування, та такого, яке виявилось неефективним (рішення у справі «*Sine Tsaggarakis A.E.E. v Greece*», заява № 17257/13, п. 73); касаційний суд без належного обґрунтування змінив свій підхід до тлумачення норми права, що свідчить про відсутність прозорості та негативно впливає на довіру суспільства та віру в закон (рішення у справі «Серков проти України», заява № 39766/05, п. 40) [157].

Наприклад, розглядаючи Європейський суд з прав людини у справі «*Sine Tsaggarakis a.e.e. проти Греції*» («*Sine Tsaggarakis A.E.E. v Greece*», заява № 17257/13, пункти 70-73), було встановлено, що Четверта палата Верховного суду вирішила, якщо висновок суперечить прецедентам у розділі 5, передати справу на розгляд пленарного засідання Вищого адміністративного суду. Однак, незважаючи на те, що пленарне засідання відхилилося від рішення п'ятого трибуналу, четвертий трибунал відхилив заяву компанії-заявника про судовий перегляд на тій підставі, що обставини справи були «надзвичайними». Враховуючи, що рішення, ухвалені у цій справі, були суперечливими, ЄСПЛ у своєму рішенні у цій справі визнав порушення ст.1. Стаття 6 Конвенції.

Водночас ЄСПЛ у своєму рішенні визнав, що відмова у перегляді справи Верховним Судом (у третій раз) не порушує ст. 1. 6 Конвенції, якщо відповідні обмеження передбачені національним законодавством і вони є пропорційними та передбачуваними.

Відповідно, заяву у справі «*Азюковська проти України*» (заява № 26293/18) було визнано неприйнятною рішенням Європейського суду з прав

людини. У цьому випадку заявник подає скаргу за ст.1. у статті 6 Пакту, зокрема, зазначено, що відмова Верховного Суду розглянути її касаційну скаргу на підставі критерію несуттєвості становила порушення її права на доступ до суду.

Європейський суд з прав людини зазначив, що було передбачувано застосувати критерій нерелевантності справи у цій справі, яку розглядав суд двох інстанцій з повною юрисдикцією, і заявник не продемонстрував наявність інших особливих обставин, які може вимагати касаційного розгляду справи відповідно до закону. ЄСПЛ також зазначає, що, аналізуючи застосування критерій заслуг щодо звернення до суду вищої інстанції, він також бере до уваги, чи існує питання справедливості провадження в суді нижчої інстанції [157].

Щоб вирішити питання сумісності, що обмежують право на касацію, згідно зі статтею 6 Конвенції ЄСПЛ, необхідно враховувати певні критерії такої сумісності.

Відповідно Велика палата Європейського суду в своєму рішенні у справі «Зубак проти Хорватії» (заява № 40160/12) зазначила, що в цій справі не було спору між загально допустимими та законними обмеженнями в рамках цього положення. Крім того, враховуючи те, що в Європі неможливо очікувати єдиної моделі діяльності Касаційного суду, а також беручи до уваги практику Суду з цього питання, у цій справі немає підстав сумніватися в законності таких обмежень чи допустимість таких обмежень національними органами при регулюванні дискреційних повноважень у питаннях способу їх реалізації (п. 73).

Водночас розглянемо, чи виконано вимоги ст.1. відповідно до статті 6 Конвенції ЄСПЛ, вона бере до уваги ступінь розгляду справи нижчими судами, а також чи були питання щодо справедливості судового розгляду, проведеного нижчими судами та характер повноважень суду («*Levages Prestations Services проти Рішення*», заява № 21920/93, пункти 45-49; «*Бруалла Гомес де ла Торре проти Іспанії*», заява № 26737/95, пункти 37-39;

«Наков проти. Кошиня Югославська Республіка Македонія», заява № 68286/01; «Сотіріс і Нікос Кутрас АТТЕС проти Греції», заява № 39442/98, пункт 22).

На додаток до обґрунтування законодавчих обмежень доступу до Верховного суду, у заяві № 40160/12 у параграфі 85 у справі «Zubac проти Хорватії» Європейський суд з прав людини зазначив, що деякі додаткові чинники необхідно брати до уваги, щоб змінити ступінь, а саме: (i) передбачуваність обмеження; (ii) хто – заявник чи відповідач – має нести негативні наслідки помилок, допущених під час провадження, які призвели до відмови заявнику в апеляції; (iii) чи можна стверджувати, що ці обмеження включають «надмірний формалізм» (див., зокрема, «Garzičić проти Чорногорії», заява № 17931/07, пункти 30-32; «Dobrić проти Сербії», пункти Заяви № 2611/07 і 15276/07, пункти 49-51; «Егіч проти Хорватії», заява № 32806/09, пункти 46-49 і 57; «Societad Anónima del Uciezav», заява № 38963/08, пункти 33-35; Хасан Тунч та інші проти Туреччини, заява № 19074/05, пункти 30-34).

Водночас відповідно до статті 119 Конституції нашої країни основною функцією Верховного Суду як вищої судової установи є забезпечення послідовності та єдності застосування законів. Розглядаючи цю функцію, суд не знаходить підстав сумніватися в тому, що, усунувши порушення, допущене судами нижчих інстанцій при визначенні вартості, яка розглядається, рішення Верховного Суду переслідує законну мету, а саме повагу до принципів верховенства права та належного застосування справедливості.

З огляду на вищезазначене, беручи до уваги той факт, що справа заявниці розглядалася в національних судах двох інстанцій (муніципальному суді та окружному суді), які мали повну юрисдикцію для її розгляду, а також те, що у цій справі не виникло жодного явного питання щодо відсутності справедливого судового розгляду, так само як і те, що роль Верховного Суду зводилася до перегляду застосування відповідного національного законодавства судами нижчої інстанції, ЄСПЛ дійшов до висновку, що не

можна стверджувати, що рішення Верховного Суду призвело до непропорційного обмеження, яке порушило саму суть права заявниці на доступ до суду, гарантованого п. 1 ст. 6 Конвенції, або вийшло за межі свободи розсуду, наданої національним органам (п. 125) [62].

Тим часом, в іншій справі *«Лазаревич проти Боснії та Герцеговини»* (*«Лазаревич проти Боснії та Герцеговини»*, заява № 29422/17), скаржник мав суперечку, тому ЄСПЛ у своєму рішенні дійшов висновку, що суд першої інстанції та апеляційний суд не забезпечили справедливий судовий розгляд у справі заявника, а суд вищої інстанції не зміг виправити це, отже, у цій справі було порушення згідно п. 1 статті 6 Конвенції.

Зокрема, у цій справі було встановлено, що Верховний Суд Сербської Республіки відхилив подану заявником касацію з питань права як неприйнятну (*ratione valoris* – малозначна), у зв'язку з чим заявник подав скаргу, в якій скаржився на несправедливість провадження з вирішення трудового спору, стверджуючи, що, незважаючи на чіткість законодавчих положень, національні суди необґрунтовано відхилили його позов. Однак суд відхилив скаргу заявника як явно необґрунтовану, рішення щодо якої стосувалося ще чотирьох скарг з інших питань.

Посилаючись на положення п. 1 ст. 6 Конвенції, заявник стверджував, що рішення суду у його справі не відповідали вимозі справедливості, оскільки вони суперечили національному законодавству та прецедентній практиці вищих судів.

У п. 33 цього ж рішення ЄСПЛ підкреслив, що скарга заявника до Верховного Суду була відхилена як неприйнятна *ratione valoris*. ЄСПЛ у своєму рішенні повторив, що застосування обмежень *ratione valoris* у подачі скарг до касаційного суду є легітимною та обґрунтованою вимогою, враховуючи суть ролі касаційного суду у вирішенні питань, що мають вирішальне значення (див. рішення у справі *«Zubac v. Croatia»*, заява № 40160/12, п. 83). Проте суд у порядку спрощеного розгляду відхилив скаргу заявника як явно необґрунтовану, незважаючи на свою власну прецедентну

практику з цього питання. Наведені міркування дали ЄСПЛ підстави для констатації порушення п. 1 ст. 6 Конвенції.

Крім того, ЄСПЛ неодноразово наголошував на необхідності забезпечення дотримання принципу процесуальної рівності сторін та вимоги змагальності провадження під час вирішення питання про допуск касаційної скарги до розгляду.

Так, у справі *«Грица та Шадура проти України»* (заяви № 3075/13 та № 63879/13) заявниці – громадянки України Галина Василівна Грица та Марина Володимирівна Шадура звернулися до ЄСПЛ, стверджуючи порушення Конвенції у зв'язку з неналежним інформуванням національними судами про касаційні провадження у їхніх справах, позбавленням можливості надання зауважень до касаційних скарг інших сторін.

У п. 23 цього рішення ЄСПЛ, розглянувши усі надані матеріали та за відсутності будь-яких доказів належного інформування заявниць, зробив висновок, що не забезпечивши отримання заявницями поданих у їхніх справах касаційних скарг або інформування їх про ці касаційні скарги будь-якими іншими засобами, національні суди позбавили заявниць можливості надати зауваження щодо поданих у їхніх справах касаційних скарг та не виконали свого зобов'язання щодо дотримання принципу процесуальної рівності сторін, закріпленого статтею 6 Конвенції.

Аналогічні висновки були зроблені ЄСПЛ у рішенні у справі *«Стриж проти України»* (заява № 39071/08, п. 17), в якій заявниця скаржилася, що її право на справедливий суд було порушено внаслідок того, що її не поінформували про касаційне провадження і не надали можливості відповісти на повідомлення про касаційну скаргу. Заявницю не було повідомлено ні про подану касаційну скаргу, ні щодо відкритого касаційного провадження.

У цій справі було встановлено, що касаційне провадження було вирішальним для визначення майнових прав заявниці. Оскільки її було залучено як сторону до провадження у судах першої та апеляційної інстанцій,

їй мала бути надана можливість взяти участь у касаційному провадженні. Однак подану позивачами касаційну скаргу не було надано заявниці, яку навіть не поінформували про касаційне провадження, у результаті чого заявницю було позбавлено можливості дізнатися про касаційну скаргу протилежної сторони та подати на неї заперечення і, таким чином, заявницю було позбавлено права на змагальність судового процесу (п.п. 22-23). Зважаючи на встановлені обставини та надавши їм відповідну оцінку, ЄСПЛ констатував порушення п. 1 ст. 6 Конвенції щодо вимоги про змагальність провадження.

Свого часу, вирішуючи питання про правомірність призначення Президентом США суддів, Верховний Суд цієї країни доволі спонтанно сформулював правило конституційного контролю. Це було досягнуто шляхом забезпечення обґрунтованості судового рішення, визнавши відсутність конституційно визначених повноважень щодо прийняття до розгляду позову з вимогою про видачу судового наказу про призначення на посаду суддів на підставі розділу 13 Судового акта 1789 року. У будь-якому разі Верховний Суд у цій справі попільувався забезпечити нейтральність вирішення справи, хоча вона стосувалася призначення суддів на посади на підставі акта Президента. Ми бачимо приклад застосування розсуду судом щодо визначення меж власної юрисдикції і щодо визначення вимог належної процедури стосовно видачі *mandamus* (форма судового наказу) [157].

Вимога обґрунтованості є необхідною умовою для забезпечення сталого характеру судової практики і має велике значення. Це ґрунтується на засадах правової визначеності (про неї йшлося в підрозділі 3.1).

На практиці це проявляється у тому, що законодавець, учасник договору чи суддя, конструюючи правову реальність, надають певним обставинам значення правових причин, а правовідносинам – значення правових наслідків. Таке судження, яке ґрунтується саме на адекватному пізнанні цих фактів, у тому числі їх об'єктивної особистісної та соціальної значущості, стає розумним.

На сталість судової практики істотно впливає доктрина *res judicata*, чи то *issue estoppel* (Сполучене Королівство), чи то *cause action of estoppels* (Канада), чи то *collateral estoppel* (США). Доктрина *res judicata* визнається як «принцип універсальної юриспруденції, що формує частину правових систем всіх цивілізованих націй» та означає, що є неприпустимі ситуації у разі, коли судові рішення набрали чинності, змінювати основні правові підходи при вирішенні справи по суті.

Для того, щоб в аналогічній ситуації, при аналогічному юридичному складі суд міг інакше застосувати приписи закону, мають існувати вагомні та розумні підстави, оскільки це тією чи іншою мірою пов'язано із зміною змісту правової основи справи, її правової аргументації, яка лежала в основі вирішення юридичного спору. В англоамериканському праві доктрина *issue estoppel* виходить із припущення, що сторони правовідносин можуть очікувати певної поведінки свого контрагента, виходячи із наявної його поведінки у ході перебігу відповідних правовідносин, що було сформульовано рішенням Палати лордів у справі *Arnold v. National Westminster Bank*.

Сталість судової практики не настільки досягається за рахунок неухильного додержання буквального змісту закону, яке на практиці призводить до вихолощення його сутності. Якщо звернутися до компаративного аналізу, то така ситуація не є дивною. Наприклад, у Франції після Великої французької революції протягом тривалого часу вважалося, що відхиленням від законності розглядалося навіть буквальне тлумачення законів, а також заповнення прогалін у праві.

Це була реакція на блокування з боку Паризького та Бордоського парламентів (тогочасні судові органи, в які кооптувалися переважно представники аристократії на посади) спроб короля Людовика XVI запровадити реформи задля запобігання революції. Кодифікація і писане право за таких умов розглядалися як ідеальний інструмент правового регулювання на відміну від судової практики, на якій відбивалися особисті



пристрасті та преференції її носіїв. Так само, після того як у результаті судової реформи 1864 року в Російській імперії склалося уявлення про те, що верховним творцем законів виступає монарх, поняття «закону» почало асоціюватися виключно із писаним правом (до цього воно охоплювало все чинне право).

Загалом, країна зі слабкою правовою традицією, якою є росія, навряд чи може слугувати прикладом формування певних критеріїв правового змісту судових рішень. Водночас транзитом через Радянський Союз ця традиція формального застосування законів ще й досі значно відчувається в судовій практиці в Україні.

За будь-яких обставин вимога правової визначеності зумовлює стандарти сталості судової практики, відповідно до якої суди повинні за однакових фактичних умов у аналогічних справах ухвалювати аналогічні рішення, оскільки за інших умов суди можуть ухвалювати такі рішення, зміст яких не очікується жодною стороною, що є нічим іншим, як суддівським свавіллям, що суперечить засадам верховенства права і правової держави. Сталість судової практики, за висловом Альгеро, ґрунтується на доктрині *jurisprudence constante*, згідно з якою «низка раніше прийнятих та узгоджених судових рішень розглядається як переконливий доказ правильного тлумачення правової норми».

За таких вимог суддівський розсуд є гарантією обґрунтування судових рішень, оскільки суд має докладно проаналізувати фактичні обставини і в їх світлі навести аргументацію своєї правової позиції. Сталість судової практики у сенсі ст. 13 Закону «Про судоустрій і статус суддів» забезпечується, зокрема, шляхом визнання обов'язковості постанов Верховного Суду, хоча й визнається право суду, що розглядає конкретну справу, відступити від правової позиції Верховного Суду, навівши відповідні мотиви [157].

За таких умов зростає роль правової аргументації рішень судами, що включає суддівський розсуд, який базується на тому, що суд може вбачати

декілька варіантів вирішення ситуації відповідно до вимог матеріального і процесуального права. Тому на основі закону він має обирати той варіант інтерпретації закону, який випливає із тлумачення загальних принципів права, їх зважування і балансування (у разі конкуренції принципів) у світлі конкретних обставин справи та наявної практики судів вищих інстанцій.

У світлі співвідношення загальних принципів права та положень законодавства суди при конкретизації останніх щодо фактичного складу володіють свободою розсуду, оскільки така конкретизація власне і передбачає наявність вибору різних альтернатив. У рамках цих альтернатив суд обирає найбільш прийнятний варіант до конкретної життєвої ситуації, будучи зв'язаний загальними принципами права. Поліваріантність вибору посилюється у разі, коли суд змушений оперувати декількома принципами, що зумовлює необхідність зважування та балансування цих принципів. Суд зв'язаний при цьому вимогами повного, об'єктивного і всебічного розгляду матеріалів справи та ухвалення обґрунтованого та належно вмотивованого рішення [157].

Немає жодного розсуду при виборі між законним і незаконним рішенням; незаконне рішення є чистої води свавіллям, а не формою прояву розсуду. Свобода розсуду, її ступінь «проникнення» у правову систему також залежить від наявності прогалин і колізій у законодавстві – законодавство про судоустрій та процесуальне законодавство орієнтують суди не відмовляти у захисті, незважаючи на зазначені обставини і недоліки законодавства. На те, якою мірою суди готові долати прогалини і колізії дає відповідь обрання судом відповідної стратегії у справі – нейтральності, стримування або активізму. Для належного застосування відповідних стратегій надзвичайно важливим є належне обґрунтування судових рішень, яке не може обмежуватися лише цитуванням положень законодавства, оскільки така методика виглядає неочевидною з погляду правової визначеності, а рішення хибує вадами демократичної легітимності.

У світлі зазначених вимог і стандартів суди мають послідовно

викладати свої рішення та їхню мотивацію, адже мають ґрунтувати рішення на положеннях Конституції і законів України, а також принаймні наводити поважні аргументи у разі ухвалення рішення, яке не узгоджується із рішеннями в аналогічних справах. За будь-яких обставин суди не є безумовно пов'язані з рішеннями вищих судів у подібних справах – такі рішення мають бути також засновані на однакових правових підставах, тобто на тих самих принципах права і положеннях Конституції і законів України.

Отже, на основі цього запропоновано рекомендації щодо використання прецедентної практики ЄСПЛ у кримінальному провадженні в контексті реалізації суддівського розсуду:

1) право судовий захист не є абсолютним, воно у деяких випадках може бути обмежене, особливо щодо умов прийнятності скарги на рішення. Проте обмеження цього права не може звужувати реалізацію цього права у такий спосіб або до такої міри, щоб саму суть права було порушено (рішення ЄСПЛ у справах «Мушта проти України», заява № 8863/06, п. 37; «Kreuz v. Poland», заява № 28249/95, п. 53; «Golder v. the United Kingdom», заява № 4451/70, п. 38, «Stanev v. Bulgaria», заява № 36760/06, п.п. 229-230);

2) обов'язково повинно бути дотримане правило щодо застосування процесуальних повноважень вищими судовими інстанціями щодо прогнозованості дій учасників справи (рішення у справах «Мушта проти України», заява № 8863/06, п. 41, «Мельник проти України», заява № 23436/03, п. 26);

3) суддівський розсуд судів вищої ланки повинен полягати у виправленні суддівських помилок, а не винесенні зовсім іншого кардинально нового рішення («Науменко проти України» (заява № 41984/98, п. 53), «Пономарьов проти України» (заява № 3236/03, п. 40);

4) суддівський розсуд у касаційному провадженні повинен здійснюватися з метою врегулювання розбіжностей судової практики судів різних інстанцій («Zielinski and Pradal & Gonzalez and others v. France», заяви № 24846/94 та 34165/96 до 34173/96, п. 59);

5) можливі випадки, коли різні суди у однакових справах виносять різні судові рішення; це не порушує норми міжнародного права (рішення у справі «Stoilkovska v. the former Yugoslav Republic of Macedonia», заява № 29784/07, п. 46).

### Висновки до розділу 3

1. Зроблено висновок, що загалом міжнародні договори встановлюють недопустимість притягнення суддів до відповідальності за здійснення суддівського розсуду. Так, відповідно до Висновку №10 (2007) КРЕС Комітету Міністрів Ради Європи щодо правосуддя на службі суспільства, судді наділені функціональним імунітетом, що означає неможливість притягнення до відповідальності за регресними вимогами у разі, якщо вони здійснюють правосуддя відповідно до визначених норм чинного законодавства. Рекомендація CM/Rec (2010) 12, ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи також визначає, що суддівський розсуд, оцінка доказів у справі не може стати підставою для притягнення судді до будь-якого з видів юридичної відповідальності.

2. Визначено, що міжнародні судові органи наділені широкими повноваженнями щодо дискреції. Роль цих судів полягає не у перегляді судового рішення певної держави, а перевірці механізму його прийняття. Таким чином суди здійснюють нормотворчість, яка в результаті впроваджується в національне законодавство. З огляду на сказане судді в Україні досить часто звертаються до прецедентної практики міжнародних судових органів: 67 % підтвердили факт дослідження та аналізу рішень ЄСПЛ у своїй професійній діяльності (Додаток А).

3. З огляду на прецедентну практику ЄСПЛ зроблено висновок, що реалізація дискреційних повноважень суддею можлива лише при прийнятті правомірного рішення; незаконне ж рішення є нічим іншим як суддівське свавілля. Свобода суддівського розсуду головним чином залежить від кількості прогалин у національному законодавстві: чим їх більше, тим більша свобода дискреції. У цьому контексті важливим є правильне обрання суддею стратегії у справі – нейтральності, стримування або активізму. Для належного застосування відповідних стратегій суттєвим є належне обґрунтування судових рішень, яке не може обмежуватися лише цитуванням вимог законодавства, оскільки така діяльність є неочевидною з погляду правової

визначеності.

## ВИСНОВКИ

У висновках сформульовано найбільш суттєві положення, отримані у результаті дисертаційного дослідження, наведено нове вирішення наукового завдання щодо теоретичних і практичних аспектів, а також науково обґрунтовані рекомендації та пропозиції щодо вдосконалення правової регламентації і практики такого провадження:

1. Проаналізовано стан наукових досліджень і генезу законодавства щодо суддівського розсуду у кримінальному процесі. Досліджуючи здобутки науковців, зроблено висновок, що: 1) вчені зазвичай досліджують суддівський розсуд як окрему дефініцію (В.С. Канцір, П.В. Куфтирєв, О.В. Капліна, О.А. Папкова, К.В. Пронін, О.І. Рарог, О.Я. Рогач, О.І. Сеньків тощо); 2) дослідники визначають порівняльно-правові та історичні аспекти інституту суддівського розсуду у кримінальному процесі (С.С. Сливка, Д.І. Попов, І.Д. Мудрак, М.Б. Рісний тощо); 3) учені зосереджують увагу на окремих процесуальних проблемах реалізації суддівського розсуду у кримінальному процесі (О.О. Торбас, І.А. Тітко, В.С. Ковальський тощо).

Виокремлено недостатньо досліджені питання щодо суддівського розсуду у кримінальному провадженні, а саме: 1) стан наукових досліджень та генеза з питань суддівського розсуду; 2) поняття суддівського розсуду та співвідношення його з засадами кримінального провадження; 3) види суддівського розсуду, їх межі та класифікація; 4) прояв суддівського розсуду на різних стадіях кримінального процесу; 5) окрема думка судді як впливовий фактор щодо суддівського розсуду; 6) правові та моральні засади суддівського розсуду як фактор відповідальності суддів; 7) поняття суддівського розсуду у міжнародних стандартах, принципи та правила, пов'язані із його застосуванням, та вдосконалення законодавства України в питаннях суддівського розсуду з урахуванням практики ЄСПЛ. Детальне дослідження зазначених питань дасть змогу покращити реалізацію суддівського розсуду на окремих стадіях кримінального процесу, визначити

проблемні моменти та запропонувати напрями вдосконалення чинного законодавства та правозастосовної практики.

2. Розглянуто поняття суддівського розсуду. На основі аналізу наукових думок виокремлено ознаки суддівського розсуду, до яких віднесено: 1) інтелектуально-вольовий характер дій судді – його рішення є результатом інтелектуальної і розумової діяльності; 2) особливий суб'єкт суддівського розсуду слідчий суддя (на стадії досудового розслідування) та суд, оскільки вони уповноважені, керуючись власним переконанням, приймати рішення у кримінальному провадженні (а саме, під час реалізації функції правосуддя й перегляду судових рішень на судових стадіях, а також під час судового контролю); 3) встановлення законодавчих меж суддівського розсуду з метою уникнення суддівського свавілля.

Представлено авторське бачення терміну «суддівський розсуд», під яким запропоновано розуміти нормативно закріплену інтелектуально-вольову діяльність судді, суду, яка є правозастосовною і полягає у виборі і прийнятті найбільш оптимального і правильного правового рішення з тих чи інших питань, здійснюється у процесуальній формі та визначених кримінальним процесуальним законодавством межах. Запропоновано це визначення закріпити у п. 24-1 ст. 3 КПК України.

3. Визначено співвідношення засад кримінального процесу і суддівського розсуду. Особливу увагу звернено на засаду безпосередності дослідження доказів та суддівський розсуд. З огляду на це, недостатньо врегульованою та такою, що потребує удосконалення є норма про показання з чужих слів, яка передбачає можливість використання як доказу висловлювань інших осіб щодо певних обставин, які мають значення для кримінального провадження. Відповідно до вимог кримінального процесуального законодавства, показання з чужих слів є допустимим і належним доказом. Ми вважаємо, що такі докази у кримінальному провадженні повинні бути перевірені в обов'язковому порядку, адже це прямо впливає на реалізацію суддівського розсуду - прийняття рішення судом у справі.



Так, ці законодавчі правила можуть стати суттєвою перешкодою у оцінці суддею всіх доказів, оскільки, особа, яка даватиме показання з чужих слів, не може нести відповідальність за їх неправдивість. У зв'язку з цим, запропоновано внести зміни до КПК України, та передбачити необхідність перевіряти такі докази.

4. Досліджено види суддівського розсуду та його межі. Представлено авторську класифікацію суддівського розсуду за такими критеріями: 1) в залежності від сфери функціонування: приватно-правові; публічно-правові; 2) залежності від поділу норм права, що регулюють зміст правовідносин: матеріально-правові; процесуальні; 3) в залежності від суддівської стратегії, у рамках яких реалізується мірою суддівський розсуд: стримування; нейтральність; активність або ініціативність; 4) в залежності від форми (джерела) їх прояву: зовнішні (відображені в праві); внутрішні (відображені в моральності, релігії, культурі тощо); 5) залежності від стадій або етапів кримінального процесу (в даному випадку, у зв'язку з досліджуваною темою): на досудовому розслідуванні; при здійсненні судового розгляду; при винесенні вироку; у апеляційному та касаційному провадженнях; 6) за способом обґрунтування: інтуїтивні рішення; рішення, які ґрунтуються на судженнях; раціональні рішення; 7) за способом прийняття: одноособові рішення; колегіальні рішення.

5. Досліджено прояв суддівського розсуду на різних стадіях кримінального процесу. Здійснено класифікацію повноважень слідчого судді, у яких реалізується суддівський розсуд: 1) розгляд відводів; 2) вирішення питання щодо долі речових доказів; 3) визначення процесуальних строків, зокрема, встановлення строку ознайомлення з матеріалами кримінального провадження тощо. Що стосується апеляційного провадження, то слідчий суддя тут також наділений певними повноваженнями: вирішує питання щодо використання ознак кримінального правопорушення, яке встановлене в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

На основі дослідження норм законодавства та правозастосовної

практики зроблено висновок, що можливість суду застосовувати розсуд в кримінальному провадженні досить широка. В той же час, у законодавстві обмежується роль судді на тому чи іншому етапі судового розгляду, зокрема, при визначенні кількості доказів для дослідження тощо.

6. Розглянуто окрему думку судді як впливовий фактор щодо суддівського розсуду. Виокремлено переваги окремої думки: 1) окрема позиція судді значною мірою підвищує якість судового рішення; 2) можливість висловлення окремої думки свідчить про реалізацію принципу незалежності суддів; 3) мотиви, які викладаються в окремій думці, досить часто використовуються іншими суддями на практиці.

На основі проведеного анкетування практичних працівників та аналізу судово-слідчої практики зроблено висновок про практичну необхідність законодавчого закріплення окремої думки судді як окремого процесуального документу у кримінальному провадженні. У зв'язку з цим, запропоновано доповнити ст. 3 КПК України п. 13-1 такого змісту: Окрема думка судді – це процесуальний документ, у якому суддя викладає свою позицію щодо обставин кримінального провадження, наводить мотиви та обґрунтування цієї позиції. Окрема думка судді приєднується до всіх матеріалів кримінального провадження та має бути доступною для ознайомлення».

7. Проаналізовано правові та моральні засади суддівського розсуду як фактор відповідальності суддів. Зроблено висновок, що інститут суддівського розсуду має велике значення у кримінальному провадженні, адже за його допомогою вирішується доля праводносин і осіб, які беруть у них участь. Саме тому чинним законодавством передбачені високі морально-етичні вимоги до судді.

Досліджуючи норми зарубіжних країн, наголошено, що в ряді з них прийняті спеціальні нормативно-правові акти, які закріплюють моральне і етичне підґрунтя суддівського розсуду (Великобританія, Польща). З метою входження до європейського співтовариства українським практикам і науковцям необхідно досліджувати ці норми для того, щоб удосконалити

власну законодавчу базу.

8. Сформовано рекомендації щодо застосування норм міжнародного права в контексті реалізації суддівського розсуду у кримінальному провадженні:

1) кожній особі гарантується право на справедливий і відкритий судовий розгляд (ст. 8, 10 Загальної декларації прав людини, ст. 6 Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод);

2) держава не може законно наводити мотиви та визначати необхідність виправдання обмеження прав і свобод людини у кримінальному провадженні; підстави для обмеження прав і свобод людини повинні трактуватися звужено (практика ЄСПЛ);

3) судді не повинні нести юридичну відповідальність за реалізацію суддівського розсуду у кримінальному провадженні, якщо вони здійснюють свою професійну діяльність у відповідності з вимогами законодавства (Висновок №10 (2007) КРЕС Комітету Міністрів Ради Європи щодо правосуддя на службі суспільства).

9. Досліджено практику Європейського суду з прав людини щодо реалізації суддівського розсуду. Визначено, що міжнародні судові органи наділені широкими повноваженнями щодо дискреції. Роль цих судів полягає не у перегляді судового рішення певної держави, а перевірі механізму його прийняття. Таким чином суди здійснюють нормотворчість, яка в результаті впроваджується в національне законодавство. З огляду на сказане судді в Україні досить часто звертаються до прецедентної практики міжнародних судових органів: 67 % підтвердили факт дослідження та аналізу рішень ЄСПЛ у своїй професійній діяльності.

10. Проаналізовано практику ЄСПЛ та визначено можливість впровадження її у національне законодавство. На основі цього запропоновано рекомендації щодо використання прецедентної практики ЄСПЛ у кримінальному провадженні в контексті реалізації суддівського розсуду:

1) право судовий захист не є абсолютним, воно у деяких випадках може

бути обмежене, особливо щодо умов прийнятності скарги на рішення. Проте обмеження цього права не може звужувати реалізацію цього права у такий спосіб або до такої міри, щоб саму суть права було порушено (рішення ЄСПЛ у справах «Мушта проти України», заява № 8863/06, п. 37; «Kreuz v. Poland», заява № 28249/95, п. 53; «Golder v. the United Kingdom», заява № 4451/70, п. 38, «Stanev v. Bulgaria», заява № 36760/06, п.п. 229-230);

2) обов'язково повинно бути дотримане правило щодо застосування процесуальних повноважень вищими судовими інстанціями щодо прогнозованості дій учасників справи (рішення у справах «Мушта проти України», заява № 8863/06, п. 41, «Мельник проти України», заява № 23436/03, п. 26);

3) суддівський розсуд судів вищої ланки повинен полягати у виправленні суддівських помилок, а не винесенні зовсім іншого кардинально нового рішення («Науменко проти України» (заява № 41984/98, п. 53), «Пономарьов проти України» (заява № 3236/03, п. 40);

4) суддівський розсуд у касаційному провадженні повинен здійснюватися з метою врегулювання розбіжностей судової практики судів різних інстанцій («Zielinski and Pradal & Gonzalez and others v. France», заяви № 24846/94 та 34165/96 до 34173/96, п. 59);

5) можливі випадки, коли різні суди у однакових справах виносять різні судові рішення; це не порушує норми міжнародного права (рішення у справі «Stoilkovska v. the former Yugoslav Republic of Macedonia», заява № 29784/07, п. 46).

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Агенція Європейського Союзу з основних прав (FRA) (2015). Основні права: виклики та досягнення в 2014 р. Річний звіт FRA, Люксембург, Офіс публікацій, глава «Focus». С. 14.
2. Аленін Ю.П., Аркуша Л.І. та ін. Кримінальний процес : навч. Посібник. НУ «Одеська юридична академія». Одеса : Фенікс, 2020. 582 с.  
URL : [http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/16211/Кримінальний%20процес\\_посібник\\_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/16211/Кримінальний%20процес_посібник_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
3. Андронов І. В. Суддівський розсуд при ухваленні судових рішень як інструмент протидії зловживанню процесуальними правами. *Зловживання цивільними процесуальними правами: шляхи протидії*: матеріали круглого столу, м. Одеса, 27 листопада 2015 р. Одеса : Фенікс, 2015. С. 26–29.
4. Арчер П. Англійська судова система. Перек. з англ. Л.А. Ветвинського. М.: Вид-во іноземної літ., 1959. 268 с.
5. Бажанов М. І. Законність та обґрунтованість основних судових актів у радянському кримінальному судочинстві: дис. д-ра юрид. наук: 12.00.08. Х., 1967. 474 с.
6. Баймаханов Мурат Таджі-Муратович. Вибрані праці з теорії держави та права. Алмати: АЮ-ВШП «Әділет», 2003. С. 239.
7. Байрачна Л. К., Бондар Т. І. Суддівський розсуд як інструмент забезпечення справедливості судочинства. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2021. Випуск 6(41). <http://pyuv.onua.edu.ua/index.php/pyuv/article/view/960/1320>.
8. Барак А. Суддівський розсуд. пер. з англ. М: Норма, 1999. З. 376.
9. Баранов У. М., Степанков У. Р. Правова позиція як загальнотеоретичний феномен. Н. Новгород, 2003. 132 с.
10. Бараона проти Португалії (Barragan vPortugal): Постанова Європейського Суду з прав людини від 8 липня 1987 року (скарга №

10092/82): URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57428>.

11. Белеш та інші проти Чехії (Běleš ťi alťii/Republica Cehă): справа ЄСПЛ № 47273/99, 12 листопада 2002 р. URL: <https://bit.ly/3GRZS1x>.

12. Берг Л. Н. Судовий розсуд та його межі: загальнотеоретичний аспект: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Д., 2008. 202 с.

13. Бернюков А. Судове право тлумачення та правозастосування. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення: колективна монографія / відп. ред. В. Бігун. К., 2009.

14. Берендюхін В., Струньська О. Розсуд суду обмежити процесуальними нормами. ЕЖ-Юрист. 2006. № 4. С. 8-9.

15. Берченко Г. В. Особливості застосування дискреційних правових норм. Проблеми законності : республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. Х. : Нац. юрид. акад. України, 2006. Вип. 80. С. 202–209.

16. Биби́к С. П., Сюта Г. М. Словник іншомовних слів. Х. : Консум, 2006. 380 с.

17. Бігун В. Євген Еріх: життя і право значна спадщина (актуальний наукознавчий процес). *Проблеми філософії права*. Т. III. № 1–2. Київ-Чернівці: Рута, 2005. С. 105–126.

18. Благута Р. І., Гуцуляк Ю. В., Дуфенюк О. М. та ін. Кримінальний процес: підручник. За заг. ред. А. Я. Хитри, Р. М. Шехавцова, В. В. Луцика. Львів: ЛьвДУВС, 2019. Ч. 1. 532 с.

19. Бондюк А. Аналіз наукових підходів до визначення поняття «судовий розсуд». URL: <https://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2018/jun/13070/422-426.pdf>.

20. Ботнаренко О. М. Дискреція та оціночні поняття в кримінальному судочинстві. *Адвокат*. 2009. № 4 (103). С. 18–20.

21. Бринцев В. Д. Стандарти правової держави: втілення у національну модель організаційного забезпечення судової влади: монографія.

Харків: Право, 2010. С. 54.

22. Бухгольц проти Федеративної Республіки Німеччини (Buchholz v Germany): Постанова Європейського Суду з прав людини від 6 травня 1981 року (скарга № 7759/77): URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-5745>.

23. Вапнярчук В. В. Межі застосування судового розсуду у кримінальному провадженні. *Електронне наукове фахове видання Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*. 2014. Вип. 1(5). С. 12.

24. Вапнярчук В. Сутність активної та ініціативної діяльності суду у кримінальному провадженні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2014. № 25. С. 236–239.

25. Великий енциклопедичний юридичний словник. За ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. К.: Юридична думка, 2007. 992 с.

26. Винаркевич І. Р. Допустимі межі суддівського розсуду. Економічні лабіринти. *Далекосхідний економіко-правовий журнал*. 2002. № 11 (54). С.18. 23 с.

27. Винаркевич І. Р. Суддівський розсуд. *Далекосхідний економіко-правовий журнал*. 2003. № 2. С. 45-48.

28. Вища рада правосуддя, Рішення Третньої дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя від 16 серпня 2017 року № 2443/3дп/15–17. URL: <http://www.vru.gov.ua/act/10967>.

29. Власенко Н.А. та ін. Теорія держави та права: навчальний посібник. 2-ге вид., перераб., Дод. та випр. М: Проспект, 2011. 416 с.

30. Вступна стаття Баглая М.В до книги Барак А. Суддівський розсуд. М.: Норма, 1999. С. IX.

31. Глубоченко С. Аксіологічні основи світогляду суб'єктів судової правозастосовчої діяльності. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2011. № 2 (6). С. 35.

32. Гом'єн Д. Короткий путівник по Європейській конвенції з прав людини. Пер. Т. Іваненко, О. Павличенка. Львів : Кальварія, 1998. 173 с.





43. Доступ до правосуддя в Європі: огляд викликів і можливостей, Люксембург, Офіс публікацій, С. 9.
44. Дудоров О. О. Обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання: поняття, правова природа, значення. *Вісник Запорізького національного університету*. 2011. №1. С. 204-2011.
45. Гловюк І. В. Дозвільна функція суду у досудовому провадженні: порядок реалізації. *Часопис Академії адвокатури України*. 2009. №2. С. 234-236.
46. Європейська Комісія (2015 р.), Інструмент оцінки системи правосуддя ЄС від 2015 р., COM (2015) 116 кінц., Брюссель, 9 березня 2015 р.
47. Загальна декларація прав людини: Прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text).
48. Законодавче забезпечення протидії корупції: навчальний посібник/ О.Ю. Бусол, О.М. Бодунова; за заг. редакцією В.В. Топчія. Вінниця : ТВОРИ, 2021. 216 с.
49. Закурін М. К. Дискреція – дія на власний розсуд. Поняття та прояв. *Вісник господарського судочинства*. 2009. № 4. С. 17–24.
50. Ігонін Р. Функції судової влади. *Підприємництво, господарство і право*. 2011. № 2. С. 167-169.
51. Зеленецький В.С. Порухення кримінальної справи. Х.: Крімарт, 1998. 340 с.
52. Канцір В. С. Судовий угляд (розсуд) – один з елементів правозастосовної діяльності суду. *Право України*. 1999. № 11. С. 127.
53. Капліна О. В. Правозастосовне тлумачення судом норм кримінально–процесуального права : автореф. дис. ... д-ра юрид.наук. Х., 2009. 18 с.
54. Кіпріану проти Кіпру (Kyprianou v. Cyprus): справа ЄСПЛ № 73797/01, 15 грудня 2005 р., §119. URL: <https://bit.ly/3uaxtwe>.

55. Макаренко (Хильченко) А.С. Проблема дискреційності кримінального закону крізь призму угод про примирення. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. № 3 (18). 2014. С. 106–115.

56. Коваль М., Сеньків О. Механізм реалізації судового розсуду в адміністративному судочинстві. *Підприємництво, госп-во і право*. 2010. № 7. С. 64–68.

57. Ковальський В. Проблема суддівського розсуду та кримінальний закон *Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи: Матеріали наук.-практ. конф.* (Київ, юрінком Інтер 2002). С. 114.

58. Кодекс професійної етики судді / Судова влада. Офіційний веб-портал. URL: <http://www.court.gov.ua/969076/67885465345>.

59. Кодекс суддівської етики. Затверджений рішенням XI чергового з'їзду суддів України 22 лютого 2013 року. URL: [http://zib.com.ua/ua/print/14385-kodeks\\_suddivskoi\\_etiki\\_tekst.html](http://zib.com.ua/ua/print/14385-kodeks_suddivskoi_etiki_tekst.html)

60. Кодекс України з питань банкрутства: Закон України 18 жовтня 2018 року № 2597-VIII // Відомості Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#n1753>.

61. Комісаров К.І. Завдання судового нагляду у сфері цивільного судочинства. К., 1971. 167 с.

62. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, ратифікована Законом України № 475/97-ВР від 17.07.97. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text)

63. Конституція України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>.

64. Копоть В.О. Суддівський розсуд як запорука дотримання інтересів людини. *Права людини в умовах сучасного державотворення: теоретичні і практичні аспекти*: збірник тез доповідей за матеріалами IV Міжнародної науково-практичної конференції студентів і молодих учених, 11–12 грудня 2009 р. Суми : УАБС НБУ, 2009. С. 174–177.

65. Про доповнення до інформаційного листа Вищого

спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15.11.2012 № 223-1679/0/4-12 «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод» : лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 05.04.2013 № 223-558/0/4-13.

66. Кравчук М. А. Історико-правові аспекти судового розсуду (дискреції). *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. № 33. С. 21–24.

67. Кравчук М. Історико-правова характеристика статусу суддів та судового розсуду в період Нового часу. *Історико-правовий часопис*. 2019. № 2 (14). С. 16-20.

68. Коротка філософська енциклопедія. За ред. Є.Ф. Губського та ін. К.: Інтер, 1994. 574 с.

69. Кримінальний кодекс України: Кодекс України, Кодекс, Закон від 05.04.2001 № 2341-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25-26, ст. 131. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.

70. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012р. // Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9 10, № 11–12, № 13. Ст.88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

71. Куйбіда Р. Механізми впливу на суддю: як їх зламати? *Вісник Всеукраїнської незалежної асоціації*. 2005. № 2. С. 32-36.

72. Куфтирев П. В. Суддівський розсуд у теорії права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. Ін-т законодавства Верхов. Ради України. К., 2009. 20 с.

73. Куфтирев П. Джерела суддівського розсуду: теоретико–правовий аспект. *Юрид. Україна*. 2005. № 10. С. 8–14.

74. Куфтирев П. Реалізація доктрини суддівського розсуду у правовідносинах правосуддя. *Актуальні проблеми юридичної науки: Зб. тез Міжнародної науково-практичної конференції «Сьомі осінні юридичні читання»* (м. Хмельницький, 2008 р.) Хмельницький університет управління та права. 60 с.

75. Кучинська О.П. Розумні строки кримінального провадження – одна із гарантій справедливого судочинства. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 2. С.44-49.

76. Лагода О. Основні помилки у застосуванні дискреційних повноважень посадовими особами адміністративних органів. *Юридичний журнал*. 2009. № 3. С. 42.

77. Ламбуцька Т.О. Повноваження головуєчого як керуючого в судовому провадженні першої інстанції крізь призму кримінального процесуального законодавства. *Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право*. 2019. Випуск 4 (44). С. 119-124.

78. Лобойко Л.М., Банчук О.А. Кримінальний процес: Навчальний посібник. К.: Ваіте, 2014. 280 с. URL: <https://www.osce.org/files/f/documents/9/2/358176.pdf>.

79. Нові слова та значення. Словник / Відп. ред. Л. О. Симоненко. К.: Довіра, 2008. 271 с.

80. Макаренко А. С. Види суддівського розсуду під час призначення покарання в Україні. *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. С. 303-308.

81. Макаренко А. С. Значення судової практики в обмеженні суддівського розсуду у кримінальному праві. *Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр.* Вип. 75. 2015. С. 169–175.

82. Макаренко А. С. Теоретичні аспекти здійснення суддівського розсуду при призначенні покарання. *Вісн. Верхов. Суду України*. № 6. 2011. С. 44–48.

83. Малех І.Б. Види суддівського розсуду та суддівські стратегії у кримінальному процесі. *Актуальні питання науки і практики та шляхи їх вирішення*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 21–22 квітня 2021 р. Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2021. С. 99–102.

84. Малех І.Б. Деякі аспекти визначення суддівського розсуду в кримінальній процесуальній доктрині. *Юридична наука*. 2020. №11. С.

278-283.

85. Малех І.Б. Деякі аспекти визначення суддівського розсуду головуючого у кримінальному процесі України. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2021. Випуск 6. Том 3. С. 188-192.

86. Малех І.Б. Окремі аспекти співвідношення між юридичною невизначеністю та суддівським розсудом. *KELM*. 2022. № 5. С. 184-189 (Республіка Польща).

87. Малех І.Б. Особливості визначення суддівського розсуду у кримінальному процесі. *Юридична наука*. 2020. №12. С. 177-181.

88. Малех І.Б. Проблемні аспекти суддівського розсуду у кримінальному процесі. *Становлення та розвиток наукових досліджень: матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції присвяченої Дню науки України (м. Київ, 19-20 травня 2017 р.)*. Київ: Громадська організація «Фундація науковців та освітян», 2017, С. 72-73.

89. Малех І.Б. Суддівський розсуд в ситуації вибору. *Становлення та розвиток наукових досліджень: матеріали III Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої Дню науки України (м. Київ, 18-19 травня 2018 р.)*. Київ: Громадська організація «Фундація науковців та освітян», 2018. С. 67-68.

90. Малех І.Б. Суддівський розсуд і суддівське свавілля: межі дозволеного та відповідальність за їх порушення. *Актуальні проблеми імплементації наукових досягнень у практичну діяльність: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 19–20 січня 2022 р.* Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2022. С. 51–53.

91. Малех І.Б. Суддівський розсуд та можливість його застосування. *Перспективні напрямки розвитку юридичної науки у 21-му сторіччі: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 14–15 червня 2022 р.* – Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2022. С. 58–60.

92. Малех І.Б. Суддівський розсуд та основні засади кримінального

процесу. *Актуальні проблеми правової науки в сучасних умовах*: збірник тез Всеукраїнської науково-практичної конференції (16 травня 2019 року) / Редкол.: Почтовий М.М. (гол. ред.) та ін. Кривий Ріг : КФ ДДУВС, 2019. С. 131-132.

93. Малех І.Б. Суддівський розсуд у кримінальному процесі щодо цивільного позову. *Перспективні напрямки розвитку юридичної науки у XXI сторіччі*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 17–18 лютого 2021 р. – Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2021. С. 71–73.

94. Малех І.Б. Суддівській розсуд в кримінальному процесі. *Актуальні проблеми взаємодії правової науки та практики її застосування*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 16–17 березня 2022 р. – Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2022. С. 77–79.

95. Малех І.Б. Щодо суб'єктів суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Юридична наука*. 2019. №12. Том 2. С. 209-213.

96. Малех І.Б., Власова Г.П. Суддівський розсуд та можливість його застосування. *Наукові розвідки з актуальних проблем публічного та приватного права*: матеріали V Всеукраїнської науково-практичної конференції з міжнародною участю (Київ, 20 травня 2022 року) – Київ: Київський університет імені Бориса Грінченка, 2022. С. 300-303.

97. Малишев Б. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. «Теорія та історія держави і права. Історія політичних і правових вчень». К., 2002. 19 с.

98. Маляренко В. Т., Гончаренко, В. Г. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. Київ: Юрисконсульт. 2010. 432 с.

99. Мамі К.А. Судова нормотворчість в умовах нових тенденцій у розвитку правових систем: матеріали Міжнародної науково-практичної

конференції. ЄНУ ім. Л.М. Гумільова. Астана, 2006. С. 10-11.

100. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко Х.: Одіссей, 2013. 1104 с.

101. Марочкін І. Судова влада як соціальна цінність. *Конституція України – основа модернізації держави та суспільства: матеріали наук. конф.* (Харків, 2001 р.). 336 с.

102. Марочкін І.Є., Москвіч Л.М., Овчаренко О.М. та ін. Організація роботи суду : навчальний посібник. За заг. ред. І.Є. Марочкіна. Харків : Право, 2012. С. 186.

103. Мартинчик Є. Г. Особлива думка судді у кримінальній справі. За ред. П.С. Микитюка. Кишинів, 1981. 132 с.

104. Мартянова Т. С. Розсуд суб'єктів правозастосовної діяльності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 2013. С. 19.

105. Марчук Р., Савчин М. Принцип правової визначеності у діяльності Конституційного Суду України. *Вибори та демократія*. 2008. № 4 (18). С. 35–42., с. 38

106. Мельник Г. П. Підстави судового розсуду. *Наукові записки. Юридичні науки*. 2011. Том 103. С. 46.

107. Мельник Г. П. Судовий розсуд (дискреція) як явище правової системи. *Наукові записки. Юридичні науки*. 2009. Т. 90. С. 44–47.

108. Мельников А. Поняття та зміст правосуддя. Здійснення правосуддя лише судом. Конституційні засади правосуддя. За ред. В.М. Савицького. К.:, 1981. С. 7-31.

109. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Зразки процесуальних документів у кримінальному провадженні [станом на 21 лют. 2020 р.] / за заг. ред. Чернявського С. С. Київ : Вид. дім «Професіонал», 2020. 1288 с.

110. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (МПГПП), 16 грудня 1966 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text).

111. Міжнародні стандарти у сфері судочинства. За ред. О. Старцева. К.: Істина, 2010. 488 с.
112. Моріс проти Франції (Morice v. France), справа ЄСПЛ № 29369/10, 23 квітня 2015 р., §119. URL: <https://bit.ly/3VzXrVx>.
113. Москвич Л. М. Організаційно–правові проблеми статусу суддів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Х., 2003. 19 с.
114. Мохов А. Виявлення та усунення порушень чинного законодавства при використанні спеціальних знань у цивільному судочинстві. *Арбітражний та цивільний процес*. 2003. № 4. С. 18.
115. Мудрак І.Д. Історія держави і права зарубіжних країн : курс лекцій. Ірпінь, 2001. Ч. 2. 2001. 233 с.
116. Надь Л. Вирок у кримінальному процесі. К: Юрид. літ., 1982. 222 с.
117. Назаров І.В. Судові системи країн Європейського Союзу та України: генезис та порівняння: монографія. Харків: Фінн, 2011. С. 340–361.
118. Найфлейш В. Д. Особлива думка судді як вид судового акту. *Законодавство*. 2013. Вип. 8, т. 4. С. 116-119.
119. Немченко В. Формування внутрішнього переконання судді в адміністративному процесі України: дис. на здобут. наук. ступ. канд. юрид. наук. Запоріжжя 2013. С. 146.
120. Обговорено проект Кодексу суддівської етики. URL: <http://court.gov.ua/21086>.
121. ООН, Комітет із прав людини (КПЛ) (2007), Загальний коментар 32, 23 серпня 2007 р., §§19–23. URL <https://www.osce.org/files/f/documents/d/d/150476.pdf>.
122. Основні принципи незалежності судових органів // Права людини і професійні стандарти для юристів. Амстердам-Київ: Українсько-Американське бюро захисту прав людини, 1996. С. 28-31.
123. Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та



13 грудня 1985 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_201#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201#Text).

124. Острогляд О., Кіцелюк В. Правові та моральні засади суддівського розсуду як фактор позитивної відповідальності суддів. *Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького*. 2013. № 7 266 с.

125. Панасюк О. Дискреційні повноваження суду в кримінальному судочинстві України: теоретичні аспекти. *Вісник Академії правових наук України : Збірник наукових праць*. 2011. № 4. С. 248–258.

126. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. Т. 1 / К82 О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін. ; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. Х. : Право, 2013. 768 с.

127. Arkusha L. I., Chipko N. V. General provisions of methodics of detection and investigation of organized criminal activity. Development and modernization of the legal systems of Eastern Europe: experience of Poland and prospects of Ukraine: Collective monograph. Vol. 2. Lublin: Izdevnieciba “Baltija Publishing”, 2017. p. 41-57 (0,7 д.а.) p. 41-50

128. Торбас О.О. Форми закінчення досудового розслідування за Кримінальним процесуальним кодексом України: монографія. Одеса: Юридична література, 2015. 168 с.

129. Мурзановська А.В. Основні тенденції розвитку науки кримінального процесу в Україні в сучасних умовах. *Legal science and education in Ukraine and EU countries: a paradigm shift*: Collective monograph. Riga, Latvia: “Baltija Publishing”, 2021. 488 p. P. 285-310. URL: <http://www.baltijapublishing.lv/omp/index.php/bp/catalog/book/159>

130. Погорецький М. Власний розсуд у сучасному кримінальному процесі України. *Засади кримінального судочинства та їх реалізація у законотворчій і правозастосовній діяльності*: матеріали науково-практичної конференції, присвяченій пам'яті професора А. Я. Дубинського, (Київ, Атіка 2009 р.) 340 с.

131. Подкопаєв С. Дисциплінарна відповідальність суддів: сутність, механізм реалізації: монографія. Харків, ВД «ІНЖЕК», 2003. 71 с.
132. Позитивна і ретроспективна юридична відповідальність: соціальне значення і співвідношення. URL: [http://www.br.com.ua/referats/Theory\\_of\\_Law\\_and\\_State/106230.htm](http://www.br.com.ua/referats/Theory_of_Law_and_State/106230.htm)
133. Покращуючи якість судових рішень: 100 українських суддів ознайомилися з кращими міжнародними практиками завдяки КМЄС. URL: <https://www.euam-ukraine.eu/ua/news/latest-news/on-the-way-to-optimized-court-rulings-euam-supports-100-ukrainian-judges-by-sharing-best-international-practice-s/>.
134. Покровський І. А. Основні проблеми громадянського права. Х: Статут, 1998. 353 с.
135. Польщиков В. Деякі аспекти визначення суддівського розсуду в теорії права. *Науково-практичний журнал «Право.иа»*. 2015. № 2. С. 13.
136. Польщиков В.В. Деякі аспекти визначення суддівського розсуду в теорії права. *Європейські перспективи*. 2015. № 4. С. 17-21.
137. Попов Д. І. Розвиток уявлень про застосування природного права при здійсненні судового угляду. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2011. № 2. С. 488–496.
138. Поповський Д. П. Суддівський розсуд: погляд на проблему. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2014. Вип. 29. Т. 2. С. 226–230.
139. Порядок ведення Єдиного державного реєстру судових рішень: Постанова Кабінету Міністрів України від 25 травня 2006 р. № 740 // Офіційний вісник України. 2006. № 22. Ст. 1623.
140. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 10 квітня 2018 року у справі № 910/10156/17. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/73627931>.
141. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12 травня 2020 року у справі № 904/4507/18. URL:

<https://verdictum.ligazakon.net/document/91572017>.

142. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 12 червня 2018 року у справі № 462/9002/14-ц. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/76022516>.

143. Постанова Верховного Суду від 01 листопада 2018 року у справі № 524/5999/17 (провадження № 51-2776 км 18). Офіційний сайт Єдиного державного реєстру судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77684963>.

144. Постанова Верховного Суду від 11 жовтня 2018 року у справі № 748/3074/15-к (провадження № 51-2424 км 18) Офіційний сайт Єдиного державного реєстру судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77181443>.

145. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 01.02.2018 у справі № 634/609/15-к URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72009792>.

146. Постанова Пленуму Вищого Господарського Суду України від 17 грудня 2013 року № 14 «Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань». URL: [https://ips.ligazakon.net/document/view/SDD00133?ed=2015\\_12\\_16](https://ips.ligazakon.net/document/view/SDD00133?ed=2015_12_16).

147. Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності: Закон України від 15.04.2008р. No 270-VI // Відомості Верховної Ради України. 2008. № 24. Ст. 236.

148. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. // Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31 Ст.545.

149. Пункти 7, 31 Висновку № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень. URL: [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2008\)OP11&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&B](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2008)OP11&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&B)

ackColorLog ged=c3c3c3.

150. Рарог А. І., Грачова Ю. В. Поняття, підстава, ознаки та значення суддівського розсуду у кримінальному праві. *Держава право*. 2001. № 11. С. 90-98.

151. Резанов С. А. Використання дискреційних повноважень в діяльності органів державного управління. *Форум права*. 2009. № 1. С. 480–483.

152. Рісний М. Б. Правозастосовний розсуд (загальнотеоретичні аспекти) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Л., 2006. 189 с.

153. Рісний М. Б. Правозастосовний розсуд: до характеристики підстав. *Вісн. Акад. прав. наук України*. 2003. № 4 (35). С. 26–36.

154. Рісний М. Б. Правозастосувальний розсуд у юридичній практиці (загальнотеоретичне дослідження). *Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України*. Серія 1 «Дослідження та реферати». 2007. Вип. 10. С. 90.

155. Рогач О. Я. Проблема суддівського розсуду в сучасній практиці правозастосування. *Бюл. М-ва юстиції України*. 2010. № 3 (101). С. 88–96.

156. Савенко М. Д. Суддівський розсуд у цивільному процесі. *Наукові записки. Юридичні науки*. 2004. Т. 26. С. 75–79.

157. Свобода суддівського розсуду у світлі обґрунтованості рішень судів апеляційної та касаційної інстанцій. URL [https://protocol.ua/ua/svoboda\\_suddivskogo\\_rozsudu\\_u\\_svitli\\_obgruntovanosti\\_ris\\_hen\\_sudiv\\_apelyatsiynoi\\_ta\\_kasatsiynoi\\_instantsiy/](https://protocol.ua/ua/svoboda_suddivskogo_rozsudu_u_svitli_obgruntovanosti_ris_hen_sudiv_apelyatsiynoi_ta_kasatsiynoi_instantsiy/).

158. Кримінальний процес України: Заг. частина: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / П. М. Кубрак. К. : ДП «Вид. дім «Персонал», 2010. 244 с.

159. Сеньків О. І. Судовий розсуд в адміністративному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ірпінь, 2012. 20 с.

160. Сорока С.О., Римарчук Г.С. Кримінальний процес в Україні: історія і сучасність. URL:

<https://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2017/aug/5783/vnulpurn201685083.pdf>.

161. Сінельнік Р. В. Дискреційні повноваження президента України в контексті проведення конституційної реформи. *Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки*. 2009. № 1. С. 62–68.

162. Сливка С. Позитивістські концепти: філософсько-правовий аналіз. Львів: ЛьвДУВС, 2006. 160 с.

163. Сливка С. С. Природне та надприродне право : у 3 ч. К. : Атіка, 2005. Ч. 1 : Природне право: історико-філософський погляд. 2005. 224 с.

164. Сучасний словник із суспільних наук Харків, «Прапор», 2006 432 с.

165. Справа «Артико проти Італії» (Artico v. Italy), №6694/74, 13 травня 1980 р., §33. URL: <https://precedent.in.ua/2016/02/25/artiko-protyv-italyu/>.

166. Справа «Грем Дж. Вілсон проти Асоціації адвокатів Люксембургу» (Graham J. Wilson v. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg), 19 вересня 2006 р., §53. URL: <https://rm.coe.int/handbook-access-to-justice-ukr/1680a216af>.

167. Справа «П'єр Корбіо проти Administration des contributions» (Pierre Corbiau v. Administration des contributions), 30 березня 1993 р., §15. URL: <https://rm.coe.int/handbook-access-to-justice-ukr/1680a216af>.

168. Справа ЄСПЛ «Кемпбелл і Фелл проти Сполученого Королівства» (Campbell and Fell v. the United Kingdom), №№7819/77 і 7878/77, 28 червня 1984 р., §78. URL: <https://precedent.in.ua/2016/04/09/kempbell-y-fell-protyv-soedynennogo-k/>.

169. Справа ЄСПЛ «Стриж проти України» (заява № 39071/08, п. 17). URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_e89#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_e89#Text).

170. Справа ЄСПЛ «Хальфауї проти Франції» (Khalifaoui v. France), №34791/97, 14 листопада 1999 р., §37. URL: [https://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/0/8eae3ce73160aed9c2257a990044b01b/\\$FILE/Журнал%20«Право%20України»,%20№%208,%202012%20року.pdf](https://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/0/8eae3ce73160aed9c2257a990044b01b/$FILE/Журнал%20«Право%20України»,%20№%208,%202012%20року.pdf).



переконання судді. *Проблемні питання правоохоронної та правозахисної діяльності в контексті євроінтеграційних тенденцій* : матеріали міжнародної курсантсько-студентської наук.-практ. конф., м. Одеса, 27 березня 2020 р. / редкол. В. П. Маковій, та ін. Одеса, ОДУВС, 2020. С. 288-290.

182. Чернооченко С. І. Цивільний процес України: навч. посіб. К.: Центр навчальної літератури, 2004. 292 с.

183. Черноус Ю. М. Криміналістичне забезпечення кримінального провадження. *Криміналістичний вісник*. 2014. № 1(21). С. 35.

184. Черноус Ю. М. Криміналістичне забезпечення розслідування злочинів: монографія. Вінниця: ТОВ «нілан-ЛтД», 2017. 492 с.

185. Шаргородський М. Д. Кримінальний закон. Вибрані праці з кримінального права. К, 2003. С. 96.

186. Шевченко А. В. Суддівський розсуд і суддівське свавілля: межі дозволеного та відповідальність за їх порушення. *Вісник кримінального судочинства*. 2018. № 3. URL: [https://vkslaw.knu.ua/images/verstka/3\\_2018\\_Shevchenko.pdf](https://vkslaw.knu.ua/images/verstka/3_2018_Shevchenko.pdf).

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

188. Шмонько Ю. М., Гущин О. О. Суддівський розсуд у кримінальному праві. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. №5. С. 245-247. URL: [http://lsej.org.ua/5\\_2021/59.pdf](http://lsej.org.ua/5_2021/59.pdf).

189. Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. К.: ін Юре, 2005. 624 с.

190. Щербак С. В. Межі судового розсуду у цивільному процесі України. URL: <http://zavantag.com/docs/index-16870605.html>.

191. Екле проти Федеративної Республіки Німеччини (Eckle v Germany): Ухвала Європейського Суду з прав людини від 15 липня 1982 року (скарга № 8130/78): URL: [http://european-court.eu/uploads/ECHR\\_Eckle\\_v\\_Germany\\_18\\_pdf](http://european-court.eu/uploads/ECHR_Eckle_v_Germany_18_pdf).

192. Юридична енциклопедія : в 6 т. Редкол.: Ю. С. Шемшученко та ін.

К.: Укр. енцикл., 1998. Т. 2 : Д-Й. 1999. 1200 с.

193. Юридична енциклопедія: довідк. вид. В 6 т. Т. 2. Д - Й [подано 1595 ст., карт та іл.] / НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Вид-во «Укр. енцикл.» ім. М. П. Бажана; редкол.: Ю.С. Шемшученко. К.: Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 1999. 744 с.

194. Bodunova O.M., Yatsyk T.P., Shkelebei V.A. Media interaction with law enforcement agencies as a factor in promoting crime prevention in the information sphere: monograph. Fundamental and applied researches in practice of leading scientific schools. Volume 38, Number 2, 2020. P. 15-20.

195. Edwards. The Role of a Judge in Modern Society: Some Reflections on Current Practice in Federal Appellate Adjudication. *Clev. St. L. Rev.* 1984. № 32. P. 385-388.

196. For a historical approach of the non-liquet rule, see Alfredo Mordechai Rabello, «Non Lique: From Modern Law to Roman Law» (1974). *Israel L Rev* 63.

197. Ford C. Judicial Discretion in International Jurisprudence. *Duke Journal of Comparative and International Law.* 1994. №5. С. 35–86.

198. Heffernan L. A Discretionary Jurisdiction for the European Court of Justice. *Irish Jurist.* 1999. №34. С. 148-169.

199. HLA Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed (Oxford University Press, 2012) at 126-36.

200. Lakhno V., Malyukov V., Kasatkin D., Vlasova G., Kravchuk P., Kosenko S. Model for choosing rational investment strategies, with the partner's resource data being uncertain *Software Engineering Perspectives in Intelligent Systems: Proceedings of 4th Computational Methods in Systems and Software 2020*, Vol.2 [1st ed.]. DOI: 10.1007/978-3-030-63319-6\_29.

201. Richard B. Spindle. Judicial Discretion In Common Law Courts. *Washington and Lee Law Review.* Volume 4, Issue 2, Article 3. P. 15

202. Sebasti án A. Reyes Molina. *Judicial Discretion as a Result of Systemic Indeterminacy*-Published online by Cambridge University Press: 09 June



2020. P. 395.

203. Serbyn Ruslan, Chornous Yuliia, Vlasova Hanna, Soroka Iryna, Tsymbal Petro. Investigative (search) actions in the system of crime investigation means (as defined in Ukrainian legislation). *Solid State Technology*. Volume: 63 Issue: 2s (2020). P. 4111-4121. URL: <http://solidstatetechnology.us/index.php/JSST/article/view/2572>.

204. Topchii Vasyl, Zadereiko Svitlana, Didkivska Galyna, Bodunova Olesia, Shevchenko Dmytro. International anti-corruption standards. *Baltic Journal of Economic Studies*. Vol. 7 No. 5, 2021. DOI: <https://doi.org/10.30525/2256-0742/2021-7-5-277-286>.

205. Topchii, V., Zadereiko, S., Didkivska, G., Bodunova, O., Shayturo, O. Combating corruption: International standards and national practice. *Amazonia Investiga*, 11(52), 278-287. <https://doi.org/10.34069/AI/2022.52.04.30>.

### Зведені дані

проведеного соціологічного опитування 128 суддів, 84 слідчих суддів, 106 адвокатів, матеріали вивчення 362 кримінальних проваджень у таких областях, як Хмельницька, Чернігівська, Дніпропетровська, Одеська, Харківська, Вінницька, Сумська, Рівненська, Київська, м. Київ за період з 2018 до 2021 рр. в %

#### 1. Загальний стаж роботи:

- а) до 2-х років – **21,5**
- б) від 2-х до 5 років – **37,5**
- в) від 5 до 10 років – **13,5**
- г) понад 10 років – **27,5**

#### 2. Чи присутні у Вашій практиці випадки, коли судді, висловлюючи власну думку, в однакових ситуаціях приймали різні рішення?

- а) так – **72 %**
- б) ні – **18 %**

#### 3. Чи використовуєте Ви у своїй практичній діяльності рішення судів вищої інстанції?

- а) так, досить часто – **79**
- б) ні – **15**
- в) у виняткових випадках - **6**

#### 4. Чи звертаєтесь Ви до прецедентної практики міжнародних судових органів?

- а) так, звертаюсь до практики ЄСПЛ – **67**
- б) так, звертаюсь до практики інших міжнародних установ – **11**
- в) немає у цьому потреби - **22**

#### 5. Чи доцільно законодавчо передбачити окрему думку судді як окремий процесуальний документ?

- а) так – **78**
- б) ні – **22**

**6. Чи є необхідність у розробленні рекомендацій для практичних-працівників щодо суддівського розсуду на різних етапах судового розгляду у кримінальному провадженні?**

- а) так – 81,3
- б) ні – 18,7

**7. Чи доцільно законодавчо закріплювати поняття «суддівський розсуд» у КПК України?**

- а) так – 64
- б) ні – 32
- в) власна думка - 4

**8. Чи є необхідність визначенні меж суддівського розсуду у кримінальному провадженні?**

- а) так – 67,7
- б) ні – 32,4

**9. Чи достатнім та достовірним, на Вашу думку, є такий вид доказів, як показання з чужих слів?**

- а) так – 73,2
- б) ні – 21,7
- в) власна думка – 5,1

**10. Чи доцільно передбачати відповідальність за порушення морально-етичних норм суддею потрібно, на Вашу думку, передбачити право експерта щодо?**

- а) так – 62
- б) ні – 38



**АКТ**  
**про впровадження результатів дисертаційного дослідження**  
**Малех Ірини Богданівни**  
**на тему: «Теоретичні та практичні аспекти суддівського розсуду»**

Комісія у складі: голова – заступник голови Києво-Святошинського районного суду Київської області суддя Лисенко В.В., члени комісії: суддя Києво-Святошинського районного суду Київської області Омельченко М.М., суддя Києво-Святошинського районного суду Київської області Пінкевич Н.С., склали цей акт про те, що матеріали дисертаційного дослідження судді Західного апеляційного господарського суду Малех Ірини Богданівни на тему: «Теоретичні та практичні аспекти суддівського розсуду» можуть бути впроваджені у практичну діяльність Києво-Святошинського районного суду Київської області.

Голова комісії:

Заступник голови Києво-Святошинського  
районного суду Київської області



В.В.Лисенко

Члени комісії:

Суддя Києво-Святошинського  
районного суду Київської області



М.М.Омельченко

Суддя Києво-Святошинського  
районного суду Київської області

Н.С. Пінкевич

ЗАТВЕРДЖУЮ

Перший проректор Луганського  
державного університету внутрішніх  
справ імені Е.О. Дідоренка  
доктор юридичних наук, професор

Микола КАРЧЕВСЬКИЙ



11 2021 року

АКТ

**про впровадження результатів дисертаційного дослідження  
Малех Ірини Богданівни  
у науково-дослідну діяльність Луганського державного  
університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка**

м. Северодонецьк

«22» листопада 2021 р.

**Комісія у складі:****голови комісії:**

декана факультету № 2 (підготовки фахівців для органів досудового розслідування) кандидата юридичних наук, доцента Бондаря В.С.,

**членів комісії:**

завідувача лабораторії з проблем попередження, припинення та розслідування кримінальних правопорушень територіальними підрозділами Національної поліції України доктора юридичних наук Дудорова О.О.,

доцента кафедри кримінально-правових наук факультету № 2 (підготовки фахівців для органів досудового розслідування) кандидата юридичних наук Коваленка А.В.,

доцента кафедри кримінально-правових наук факультету № 2 (підготовки фахівців для органів досудового розслідування) кандидата юридичних наук Ревенко О.І.,

склала цей акт про те, що комісією вивчені основні наукові положення, пропозиції і рекомендації Малех Ірини Богданівни, викладені в дисертаційному дослідженні «Теоретичні та практичні аспекти суддівського розсуду».

Комісія дійшла висновку, що дисертаційне дослідження Малех І.Б. містить ґрунтовні наукові рекомендації теоретичного та прикладного характеру, спрямовані на вдосконалення теоретичних та практичних аспектів суддівського розгляду.

Результати дослідження знайшли своє відображення у наступних наукових працях:

1. Малех І.Б. Проблемні аспекти суддівського розсуду у кримінальному процесі. Становлення та розвиток наукових досліджень: матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції присвяченої Дню науки України (м. Київ, 19-20 травня 2017 р.). Київ: Громадська організація «Фундація науковців та освітян», 2017, С. 72-73
2. Малех І.Б. Суддівський розсуд в ситуації вибору. Становлення та розвиток наукових досліджень: матеріали III Міжнародної науково-практичної конференції,

присвяченої Дню науки України (м. Київ, 18-19 травня 2018 р.). Київ: Громадська організація «Фундація науковців та освітян», 2018. С. 67-68

3. Малех І.Б. Суддівський розсуд та основні засади кримінального процесу. Актуальні проблеми правової науки в сучасних умовах: збірник тез Всеукраїнської науково-практичної конференції (16 травня 2019 року) / Редкол.: Почтовий М.М. (гол. ред.) та ін. Кривий Ріг : КФ ДДУВС, 2019. С. 131-132

4. Малех І.Б. Деякі аспекти визначення суддівського розсуду головуючого у кримінальному процесі України. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2021. Випуск 6. Том 3. С. 188-192.

5. Малех І.Б. Щодо суб'єктів суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Юридична наука*. 2019. №12. Том 2. С. 209-213.

6. Малех І.Б. Особливості визначення суддівського розсуду у кримінальному процесі. *Юридична наука*. 2020. №12. С. 177-181.

7. Малех І.Б. Деякі аспекти визначення суддівського розсуду в кримінальній процесуальній доктрині. *Юридична наука*. 2020. №11. С. 278-283.

8. Малех І. Окремі аспекти співвідношення між юридичною невизначеністю та суддівським розсудом. *KELM*. 2022. № 5. С. 184-189 (Республіка Польща)

9. Малех І.Б. Суддівський розсуд у кримінальному процесі щодо цивільного позову. Перспективні напрямки розвитку юридичної науки у XXI сторіччі: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 17–18 лютого 2021 р. – Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2021. С. 71–73.

10. Малех І.Б. Види суддівського розсуду та суддівські стратегії у кримінальному процесі. Актуальні питання науки і практики та шляхи їх вирішення: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 21–22 квітня 2021 р. – Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2021. С. 99–102.

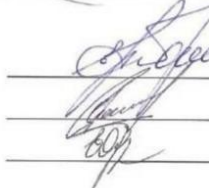
Результати дисертаційного дослідження Малех Ірини Богданівни на тему: «Теоретичні та практичні аспекти суддівського розсуду» впроваджені у науково-дослідну діяльність Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка.

Голова комісії:



Володимир ВЕРЕТЯННИКОВ

Члени комісії:



Євген ПИСЬМЕНСЬКИЙ

Сергій ГОЛОВКІН

Олена ОДИНЦОВА

**ЗАТВЕРДЖУЮ**  
 Проректор Донецького  
 державного  
 університету внутрішніх справ,  
 доктор юридичних наук, доцент  
 О.М. КУРАКІН



**АКТ**

**про впровадження результатів дисертаційного дослідження  
 Малех Ірини Богданівни  
 в освітній процес Донецького державного  
 університету внутрішніх справ**

Комісія у складі:

голова комісії: начальник навчально-методичного відділу Гапонюк О.І.

члени комісії:

декан факультету № 1, к.юрид.наук, проф. Волобуєва О.О.,  
 професор кафедри кримінального процесу та криміналістики факультету № 1  
 д.юрид.наук, проф. Одерій О.В.,

склала цей акт про те, що результати дисертаційного дослідження Малех Ірини Богданівни на тему: «Теоретичні та практичні аспекти суддівського розсуду» використовуються в освітньому процесі Донецького державного університету внутрішніх справ при викладанні навчальних дисциплін «Криміналістика», «Кримінальний процес», «Актуальні проблеми доказів та доказування у кримінальному процесі».

В якості літературних джерел в лекціях рекомендовано такі наукові публікації дисертантки:

1. Малех І.Б. Проблемні аспекти суддівського розсуду у кримінальному процесі. Становлення та розвиток наукових досліджень: матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції присвяченої Дню науки України (м. Київ, 19-20 травня 2017 р.). Київ: Громадська організація «Фундація науковців та освітян», 2017, С. 72-73
2. Малех І.Б. Суддівський розсуд в ситуації вибору. Становлення та розвиток наукових досліджень: матеріали III Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої Дню науки України (м. Київ, 18-19 травня 2018 р.). Київ: Громадська організація «Фундація науковців та освітян», 2018. С. 67-68
3. Малех І.Б. Суддівський розсуд та основні засади кримінального процесу. Актуальні проблеми правової науки в сучасних умовах: збірник тез Всеукраїнської науково-практичної конференції (16 травня 2019 року) / Редкол.: Почтовий М.М. (гол. ред.) та ін. Кривий Ріг : КФ ДДУВС, 2019. С. 131-132



4. Малех І.Б. Деякі аспекти визначення суддівського розсуду головуючого у кримінальному процесі України. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2021. Випуск 6. Том 3. С. 188-192.

5. Малех І.Б. Щодо суб'єктів суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Юридична наука*. 2019. №12. Том 2. С. 209-213.

6. Малех І.Б. Особливості визначення суддівського розсуду у кримінальному процесі. *Юридична наука*. 2020. №12. С. 177-181.

7. Малех І.Б. Деякі аспекти визначення суддівського розсуду в кримінальній процесуальній доктрині. *Юридична наука*. 2020. №11. С. 278-283.

8. Малех І. Окремі аспекти співвідношення між юридичною невизначеністю та суддівським розсудом. *KELM*. 2022. № 5. С. 184-189 (Республіка Польща)

9. Малех І.Б. Суддівський розсуд у кримінальному процесі щодо цивільного позову. Перспективні напрямки розвитку юридичної науки у XXI сторіччі: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 17–18 лютого 2021 р. – Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2021. С. 71–73.

10. Малех І.Б. Види суддівського розсуду та суддівські стратегії у кримінальному процесі. Актуальні питання науки і практики та шляхи їх вирішення: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 21–22 квітня 2021 р. – Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2021. С. 99–102.

**Голова комісії:**

начальник навчально-методичного відділу

**О.І. Гапонюк**

**Члени комісії:**

декан факультету №1,  
к.юрид.наук, проф.

**О.О. Волобуєва**

професор кафедри кримінального процесу  
та криміналістики факультету №1,  
д.юрид.наук, проф.

**О.В.Одерій**



«ЗАТВЕРДЖУЮ»  
 Заступник начальника  
 Головного слідчого управління  
 Національної поліції України  
 кандидат юридичних наук  
 Заслужений юрист України



М.С. Цукірідзе

24.09.2021

**АКТ**  
**впровадження у практичну діяльність органів досудового розслідування**  
**матеріалів дисертаційного дослідження**  
**Малех Ірини Богданівни**  
**на тему: «Теоретичні та практичні аспекти суддівського розсуду»**

Комісія у складі: заступника начальника ГСУ НП України, кандидата юридичних наук Мірковця Д.М., заступника начальника ГСУ НП України, кандидата юридичних наук Шевчишена А.В., старшого слідчого в особливо важливих справах ГСУ НП України Борця І.В. склала цей акт про те, що матеріали дисертаційного дослідження судді Західного апеляційного господарського суду Малех Ірини Богданівни на тему: «Теоретичні та практичні аспекти суддівського розсуду» можуть застосовуватись у практичній діяльності органів досудового розслідування, а також під час проведення занять в системі службової підготовки.

Заступник начальника відділу  
 ГСУ НП України  
 кандидат юридичних наук



Д.М. Мірковець

Заступник начальника відділу  
 ГСУ НП України  
 кандидат юридичних наук



А.В. Шевчишен

Старший слідчий в особливо важливих справах  
 ГСУ НП України

І.В. Борць

**СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ:**

*в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:*

1. Малех І.Б. Деякі аспекти визначення суддівського розсуду головуючого у кримінальному процесі України. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2021. Випуск 6. Том 3. С. 188-192.
2. Малех І.Б. Щодо суб'єктів суддівського розсуду в кримінальному процесі України. *Юридична наука*. 2019. №12. Том 2. С. 209-213.
3. Малех І.Б. Особливості визначення суддівського розсуду у кримінальному процесі. *Юридична наука*. 2020. №12. С. 177-181.
4. Малех І.Б. Деякі аспекти визначення суддівського розсуду в кримінальній процесуальній доктрині. *Юридична наука*. 2020. №11. С. 278-283.
5. Малех І. Окремі аспекти співвідношення між юридичною невизначеністю та суддівським розсудом. *KELM*. 2022. № 5. С. 184-189 (Республіка Польща).

*які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:*

6. Малех І.Б. Проблемні аспекти суддівського розсуду у кримінальному процесі. *Становлення та розвиток наукових досліджень: матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції присвяченої Дню науки України (м. Київ, 19-20 травня 2017 р.)*. Київ: Громадська організація «Фундація науковців та освітян», 2017, С. 72-73 [заочна участь].
7. Малех І.Б. Суддівський розсуд в ситуації вибору. *Становлення та розвиток наукових досліджень: матеріали III Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої Дню науки України (м. Київ,*

18-19 травня 2018 р.). Київ: Громадська організація «Фундація науковців та освітян», 2018. С. 67-68 [заочна участь].

8. Малех І.Б. Суддівський розсуд та основні засади кримінального процесу. *Актуальні проблеми правової науки в сучасних умовах: збірник тез Всеукраїнської науково-практичної конференції (16 травня 2019 року) / Редкол.: Почтовий М.М. (гол. ред.) та ін. Кривий Ріг : КФ ДДУВС, 2019. С. 131-132 [заочна участь].*

9. Малех І.Б. Суддівський розсуд у кримінальному процесі щодо цивільного позову. *Перспективні напрямки розвитку юридичної науки у XXI сторіччі: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 17–18 лютого 2021 р. – Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2021. С. 71–73 [заочна участь].*

10. Малех І.Б. Види суддівського розсуду та суддівські стратегії у кримінальному процесі. *Актуальні питання науки і практики та шляхи їх вирішення: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 21–22 квітня 2021 р. Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2021. С. 99–102 [заочна участь].*

11. Малех І.Б. Суддівський розсуд та можливість його застосування. *Перспективні напрямки розвитку юридичної науки у 21-му сторіччі: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 14–15 червня 2022 р. – Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2022. С. 58–60 [заочна участь].*

12. Малех І.Б. Суддівській розсуд в кримінальному процесі. *Актуальні проблеми взаємодії правової науки та практики її застосування: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 16–17 березня 2022 р. – Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2022. С. 77–79 [заочна участь].*

13. Малех І.Б. Суддівський розсуд і суддівське свавілля: межі дозволеного та відповідальність за їх порушення. *Актуальні проблеми імплементації наукових досягнень у практичну діяльність: матеріали*

міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 19–20 січня 2022 р. Київ: Науково-дослідний інститут публічного права, 2022. С. 51–53 [заочна участь].

14. Малех І.Б., Власова Г.П. Суддівський розсуд та можливість його застосування. *Наукові розвідки з актуальних проблем публічного та приватного права*: матеріали V Всеукраїнської науково-практичної конференції з міжнародною участю (Київ, 20 травня 2022 року) – Київ: Київський університет імені Бориса Грінченка, 2022. – С. 300-303 [заочна участь].