

Vasyl Nor

Doctor of Law, Professor
Ivan Franko National University of Lviv
cpc.dep.law@gmail.com

Mariana Dzyndra

Post-graduate of the Criminal Procedure and Criminalistics Department
Ivan Franko National University of Lviv
dzyndra1@gmail.com

The Concept of Judicial Discretion in Criminal Proceedings

Keywords: judicial discretion, discretionary powers, the limits of judicial discretion, quasi-legislative powers, the rule of law.

The legal notion of judicial discretion

The discussion on the existence of judicial discretion as a necessary element of the system of justice in the law-abiding state has exhausted itself in the late twentieth century.

Montesquieu statement that «the judge is only the mouth of the law» hasn't sufficient reasoning and isn't tenable¹. Nowadays, researchers of this legal phenomenon are focusing on the correlation between the separation of powers principle

¹ Монтескє Л. О духе законов : изб. произв. / Л. Монтескє. – Книга 6. – М., 1995. – С. 226.

and the judicial discretion, limits of judicial discretion and the specifics of its application in particular legal branches.

However, there is an urgent necessity for further research of the judicial discretion concept, because of the lack of its normative legal definition and fundamental significance of this legal phenomenon both for the legal doctrine and law-enforcement.

A. Barack stated that the defining of judicial discretion isn't an easy task to do, because this concept is endowed with several meanings that represent different things in different contexts. Moreover, the majority of judges do not explain how they apply discretion and, correspondingly, people outside the judiciary have poor knowledge on the ways of judicial discretionary powers exercising².

First of all it is important to find out the correlation between such notions as «judicial discretion» and «discretion of the judge». P. Kuftyryev asserted that in judicial legal relations the categories of «judge» and «justice» are synonymous and have identical legal content. These concepts have differentiated meanings withing the administration of the judicial system, particularly for the determination of service and employment status of the judge (as an employee) and for private relations, where the court acts as a private legal entity. Thus, according to the author, the notion of «judicial discretion» and «discretion of the judge» are equivalent and subsequently used as synonyms³.

In legal doctrine, both domestic (Ukrainian) as well as foreign, many attempts were made to give a definition of judicial discretion, based on the characteristics and scope of this legal phenomenon.

V. Kantsir determines judicial discretion as permitted by the law intellectual activity of the judge, the essence of which consists in the assessment of the phenomena and choosing one of several acceptable options for solutions to ensure the legality, fairness, appropriateness and effectiveness of regulation⁴.

Other scientists mainly identified the discretion of the court only with the right of choice, as its characteristic feature. Justice D. Luspenyk outlines judicial discretion as judges the right to choose⁵. A. Pivovarova also assumes that judicial discretion is the right of judge, granted by law, to select one of the potential decisions at his inner convictions⁶.

Slightly different definition of the judicial discretion offers M. Savenko. The author notes that judicial discretion is intellectual and volitional activity aimed at

² Барак А. Суддейское усмотрение / А. Барак. – М.: Норма, 1999. – С. 12–13.

³ Куфтирев В. П. Суддівський розсуд у теорії права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / В. П. Куфтирев. – К., 2009. – 22 с.

⁴ Канцір В. С. Поняття та основні ознаки судового угляду (розсуду) / В. С. Канцір // Торгівля, комерція, підприємництво: збірник наукових праць. – Вип. 1. – Львів, 1998. – С. 61.

⁵ Луспенник Д. Де закінчується суддівський розсуд і починається суддівське свавілля / Д. Луспенник // Закон і бізнес. – 2004. – № 19–20.

⁶ Пивоварова А. А. Правосознание и усмотрение судьи: соотношение понятий, роль при назначении наказания: дисс. ... канд. юрид. наук / А. А. Пивоварова. – Самара, 2009. – 228 с.

legitimate, objective, impartial and fair resolution of disputes arising or being the subject of proceedings in cases authorized or unregulated by the law⁷. Hardly can we agree with this definition of judicial discretion because of the following reasons. Firstly, the author alternatively determines the grounds for the application of judicial discretion, particularly calling «judicial proceedings» as one of the spheres where discretion is applicable. Author does not specify the content of another element – cases authorized or unregulated by the law. We suppose that judicial discretion can exist only within the judiciary, but cannot in the unregulated cases. Moreover, the author points out that grounds for judicial discretion are permitted or regulated by law. We believe that this division is incorrect. We should agree with the A. Baraks statement, that discretion – is the authority granted to a person who is endowed with the right to choose between two or more alternatives, each of which is legitimate. The lack of legally defined grounds for the application of judicial discretion deprives the judge (the court) the possibility to act at their discretion⁸.

The scientist Y. Gracheva, researched the question of judicial discretion in sentencing. She defined this legal phenomenon as a specific aspect of the law-enforcement, applicable in the procedural form, foreseen by the criminal law, providing judges with the authority to select the decision in accordance with law, their sense of justice and the legislators will, based on the principles of law, the particular circumstances of the offense and the basics of morality⁹.

Scholar K. Komissarov determines the discretion of the court as its powers. On his opinion, the court endowed with the authority to render the decision under specific circumstances. They consist in general and relatively defined legal provisions.

The scope of the judicial discretion concept

The definition of the concept of judicial discretion has a fundamental significance. It is accepted to distinguish broad and narrow understanding of the concept of «judicial discretion» in the American legal doctrine.

In a broad sense, judicial discretion concerns the thinking process, assessment of the facts, interpretation of legal rules, defining their relations, and, sometimes, also the law-making (soft discretion). Under this interpretation, judicial discretion is applicable in every form of judicial activity. In a narrow sense, the discretion of the court does not cover all types of freedoms in the process of enforcement, but is narrowed to the freedom of choice among alternative legal solutions¹⁰.

⁷ Савенко М. Суддівський розсуд у цивільному процесі / М. Савенко // Наукові записки. – Т. 26. Юридичні науки. – К., 2004. – С. 75.

⁸ Барак А. Суддейское усмотрение / А. Барак. – М.: Норма, 1999. – С. 12–13.

⁹ Грачева Ю. В. Источники судебного усмотрения в институтах освобождения от уголовной ответственности и от наказания: монография / Ю. В. Грачева; отв. ред. А. И. Чучаев. – М.: Юрлитинформ, 2011. – С. 27.

¹⁰ J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 408.

Discussion on the scope of the judicial discretion concept is topical nowadays. Outstanding representatives of this discussion are R. Dworkin and H. Hart. In particular, H. Hart is a supporter of legal positivism, considered to be the creator of the theory of «sophisticated positivism» and of the concept of complex cases (hard cases). He assumed, that the court has a right to decide the case on its own discretion in the situation when for the resolution of a particular case, no legal rule is applicable or their application does not provide a clear resolution of the case. The court should seek the most optimal solutions in the hard cases. Judge is empowered with quasi-legislatorial authority, as he/she creates their own legal rules, based on the legal system, applicable in these situations. H. Hart undoubtedly rejects role of judge as a «social engineering», attributed to the judge by legal realists. However, he recognizes the judge's right to act as a law-maker and politician in uncertain situations¹¹.

In contrast to H. Hart R. Dworkin offered his own concept of judicial discretion within the legal theory of integration. On his opinion, not only legal norms act as legal regulators, but also principles (principles) and other legal directives (policies). Under this theory the judge, who cannot find the legal normative regulation for the case, should not go outside the legal system, but find a solution within the legal and regulatory principles (policies)¹².

Characteristic features of the judicial discretion

On the ground of the analyzed approaches to the definition of the judicial discretion, we may determine its characteristic features. In particular, judicial discretion may be applied only in cases, provided by the law. In the Criminal Procedure Code of Ukraine¹³ legislator uses such formulations as:

– «court may» (p. 4 of Art. 97 of the CPC of Ukraine «The court may admit the hearsay evidence if the parties agree to accept these evidence»);

– «at the courts discretion» (p. 1, Art. 354 CPC of Ukraine «The interrogation of a minor witness, and, at the courts discretion, the witness under 18 years, is conducted at the presence of a legal representative, teacher or psychologist, and, if necessary – a doctor»);

– «athisinner conviction» (ch. 1, Art. 94 CPC of Ukraine «Investigator, prosecutor, investigating judge, the court at his inner conviction, based on a comprehensive, full and objective examination of all circumstances of the criminal proceedings, following the law, evaluate each argument in terms of relevance, admissibility, reliability, and a scope of collected evidence – in terms of adequacy and relations n order to accept an appropriate procedural decision»);

¹¹ Hart H. L. A. Legal Positivism, The Encyclopedia of Philosophy, New York, 1967.

¹² M. Zirk-Sadowski, Wprowadzenie do filozofii prawa, Krakow, 2000, s. 202.

¹³ Кримінальний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9–10. – Ст. 88.

– «the court has the right» (ch. 2, Art. 404 CPC of Ukraine «The Court of Appeal is entitled to go beyond the requirements of the appealation if the situation of the accused or a person, regarding to whom, the question is under consideration about the use of coercive measures of medical or educational nature, is not worsen»);

– «taking to the consideration the circumstances...» (p. 4. 183 CPC of Ukraine «Investigative judge, who is rendering decisions on the use of restraint in the form of detention, taking to the consideration reasons and circumstances under Articles 177, 178 of this Code, shall have the right to determine the amount of bail in criminal proceedings»).

Judicial discretion is manifested in the external and internal aspects. The external aspect consists in the fact that judicial discretion occurs only in the process of law-enforcement, in particular in the judiciary. The inner aspect is manifested by intellectual and volitional activity of the judge in the perception and evaluation of factual circumstances.

An important feature that separates the judicial discretion from the judicial arbitrariness is the presence of its limitations. European Court of Human Rights in the case of *Suominen against Finland* (*Suominen v. Finland* № 37801/97 p. 36, from 1 July 2003¹⁴) notes that, even though a domestic court has a certain margin of appreciation when choosing arguments in a particular case and admitting evidence in support of the parties' submissions, an authority is obliged to justify its activities by giving reasons for its decisions. The Court notes that it is not its task to examine whether the court's refusal to admit the evidence submitted by the applicant was well-founded; it is vested in the national courts to determine questions of that nature. The framework in which the use of judicial discretion is permitted, is determined by objective and subjective factors. In particular, objective limits to the discretion of the judges are provisions of law, judicial precedents, generalization of judicial practice, the boundaries within which the cases are reviewed by courts of appeal and cassation, the factual circumstances and other factors that do not depend on the will of the judge and have the external form of manifestation. Subjective scope of judicial discretion reflects in the legal consciousness of the judge and is determined by his values and moral guidance, understanding of the legislators purpose and the impact of discretionary judicial decisions on public policy and public life.

For the complex understanding of the judicial discretion as a legal phenomenon, it is necessary to clarify its correlation to the rule of law. According to the Constitution of Ukraine, the rule of law is recognized and acts in Ukraine (p. 1, Art. 8). The Constitutional Court of Ukraine in its Decision from 2 November 2004 № 15-рп / 2004¹⁵ said that the rule of law is the supremacy of law in society. The

¹⁴ *Suominen v. Finland* [Електронний ресурс]. – 2003. – Режим доступу до ресурсу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%5B%5C%22Suominenv.Finland%22%5C%22documentcollectionid2%22%3A%5C%22GRANDCHAMBER%22%5C%22CHAMBER%22%5C%22itemid%22%3A%5C%22001-61178%22%5D%7D>

¹⁵ Рішення Конституційного Суду України № 15рп/2004 від 02.11.2004 р. // Урядовий Кур'єр. – № 219.

rule of law requires the state to implement it in the law-making and law enforcement activities, in particular, in the laws, that should be soaked with ideas of social justice, freedom, equality and so on.

This interpretation allows the following conclusions:

- 1) the application of the rule of law is the responsibility of the court, other law – enforcement body or of the legislator;
- 2) the rule of law should find its reflection not only in the law but also in acts of law-enforcement, in particular in judicial decisions.

O. Grischuk notes the special role of the rule of law for the exercise of judicial discretion. She asserts that the rule of law can be considered as a certain standard of judicial decisions. The possibility to oppose the law to other «social controllers» such as morality, customs, traditions, principles of law is necessary. That is, in case of conflict of laws and other social regulators, the preference is given to the latter, as the law may be unfair (unlawful), in particular it may limit freedoms and violate the equality of people. This allows judges to avoid the mechanical application and rewriting laws, and apply only rational and just law.

In view of the above we consider it necessary to stress the legal nature of the discretion of the court is not only a right, but at the same time as the duty of the court. The judge can not leave the dispute unresolved, citing the lack of specific legal norms that should govern this relationship.

Mandatory use of discretionary powers also emerges from the Convention on the Protection of Human and Fundamental rights. Under Article 6 of the Convention in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

By providing a comprehensive assessment of the above approaches to the understanding of the judicial discretion, we can offer our own understanding of the discretion of the court, as, imposed on the court, not only the right but also the duty to decide the case, with several alternatives based on and within the limits defined by law.

Streszczenie

Pojęcie uznania sądowego w postępowaniu karnym

W artykule omówiono problemy definiowania pojęcia dyskrecjonalności sędziowskiej w postępowaniu karnym. Podstawowym celem artykułu jest prezentacja i ocena definicji pojęcia dyskrecjonalności sędziowskiej przez różnych autorów oraz prezentacja własnego pojęcia. Do realizacji tego celu wykorzystano metodę analizy cech charakterystycznych oraz zakresu pojęcia dyskrecjonalności sędziowskiej. W

szczegółności, dyskrekcja sądu może być stosowana jedynie w przypadkach, przewidzianych prawem.

Ważną cechą, która oddziela dyskrecjonalność sędziowską od arbitralności sędziowskiej jest obecność granic uznania sądowego. Omówiono typy granic uznania sądowego, m.i., granice obiektywne i subiektywne. Sprawdzone jakie jest znaczenie i wpływ zasady praworządności na granice uznania sądowego.

Dodatkowo opracowane zostało zagadnienie podstaw dyskrecjonalnej władzy sądu. W Kodeksie postępowania karnego Ukrainy Ustawodawca używa takich sformułowań, jak: «sąd może...», «według uznania sądu...», «zgodnie z wewnętrznym przekonaniem...», «sąd ma prawo...», «biorąc pod uwagę okoliczności ...».

Przeanalizowano praktykę (case law) Europejskiego Trybunału Praw Człowieka ze względu na określenie zakresu pojęcia dyskrecjonalności sędziowskiej.

W artykule podjęto również próbę scharakteryzowania doktrynalnego odróżnienia wąskiego i szerokiego rozumienia pojęcia dyskrecjonalności sędziowskiej. W szerokim sensie, dyskrecjonalność sędziowska dotyczy procesu myślenia, oceny faktów, interpretacji przepisów prawnych oraz określających ich relacji (soft discretion). W wąskim sensie dyskrecjonalność sędziowska nie obejmuje wszystkich rodzajów wolności w procesie stosowania prawa, ale jest zawężona do wolności wyboru między alternatywnymi rozwiązaniami prawnymi.

W wyniku przeprowadzonego badania w artykule zaprezentowano autorską definicję pojęcia dyskrecjonalności sędziowskiej.

Słowa kluczowe: uznanie sędziowskie, dyskrecjonalna władza sądu, granice uznania sądowego, uprawnienia quasi-legislacyjne, zasada praworządności.

Василь Нор

д-р юрид. наук, проф.

Львівський національний університет імені Івана Франка
src.dep.law@gmail.com

Мар'яна Дзиндра

аспірант кафедри кримінального процесу та криміналістики

Львівський національний університет імені Івана Франка
dzyndra1@gmail.com

Суддівський розсуд в кримінальному провадженні: поняття та зміст

Ключові слова: розсуд суду, дискреційні повноваження, межі судового розсуду, квазі-законодавчі повноваження, верховенство права.

Дискусійність існування суддівського розсуду як необхідного елемента функціонування системи відправлення правосуддя в правовій державі вичерпала себе ще наприкінці ХХ століття. Підтримання окремими науковцями твердження Монтеск'є про те, «що суддя є лише устами закону¹» не знаходить достатньої аргументації та не витримує критики. На даний час дослідники даного правового явища зосереджують свою увагу на питаннях співвідно-

¹ Монтеске Л. О духе законов : изб. произв. / Л. Монтеске. – Книга 6. – М., 1995. – С. 226.

шення принципу поділу влади та розсуду суду, меж суддівського розсуду та галузевій специфіці його застосування.

Проте надалі актуальним залишається дослідження питання визначення поняття суддівського розсуду з огляду на відсутність його законодавчої дефініції та засадниче значення розуміння даного правового явища як для правової доктрини, так і для правозастосування.

Як стверджував А. Барак визначення поняття суддівського розсуду є не легким завданням, оскільки воно наділене декількома значеннями, які позначають різні речі, в різних контекстах. Також більшість суддів не пояснюють як вони застосовують дискреційні повноваження, і відповідно в людей поза межами судової системи інформація про способи реалізації судового розсуду також часто відсутня².

Насамперед важливо з'ясувати співвідношення таких понять як «судовий розсуд» та «суддівський розсуд». Як стверджує П. Куфтирєв, у правовідносинах пов'язаних з правосуддям категорії «суд» і «суддя» є синонімами та мають тотожний юридичний зміст. Дані поняття мають диференційоване значення у правовідносинах судоустрою, зокрема, при визначенні службово-трудоного статусу судді (як працівника) та у приватноправових відносинах, де суд виступає як юридична особа у цивільно-правовому обігу. Таким чином, на думку автора, поняття «судовий розсуд» та «суддівський розсуд» є рівнозначними та надалі використовуватимуться як синоніми³.

У правовій літературі, як вітчизняній (українській), так зарубіжній, було зроблено чимало спроб дати визначення поняття суддівського розсуду, виходячи з ознак та обсягу цього правового явища.

Так В. С. Канцір визначає, що судовий розсуд є дозволеною законом інтелектуальною діяльністю суду, змістом якої є проведення оцінки тих чи інших явищ та вибору одного з декількох допустимих варіантів рішення для забезпечення законності, справедливості, доцільності та ефективності правового регулювання⁴.

Інші вчені здебільшого ототожнюють розсуд суду лише з правом вибору, як його характерної ознаки. Так, Д. Луспенік окреслює розсуд як свободу судді на право вибору⁵. А. Пивоварова також вважає, що розсуд суду це надане законом право судді вибирати один із варіантів рішення за власним переконанням⁶.

² Барак А. Суддейское усмотрение / А. Барак. – М.: Норма, 1999. – С. 12–13.

³ Куфтирєв В. П. Суддівський розсуд у теорії права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / В. П. Куфтирєв. – К., 2009. – 22 с.

⁴ Канцір В. С. Поняття та основні ознаки судового угляду (розсуду) / В. С. Канцір // Торгівля, комерція, підприємництво: збірник наукових праць. – Вип. 1. – Львів, 1998. – С. 61.

⁵ Луспенік Д. Де закінчується суддівський розсуд і починається суддівське свавілля / Д. Луспенік // Закон і бізнес. – 2004. – № 19–20.

⁶ Пивоварова А. А. Правосознание и усмотрение судьи: соотношение понятий, роль при назначении наказания: дисс. ... канд. юрид. наук / А. А. Пивоварова. – Самара, 2009. – 228 с.

Дещо інакше визначає це правове поняття М. Савенко. Автор зазначає, що 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 законом⁷. З таким визначенням суддівського розсуду навряд чи можна погодитися з наступних причин. По-перше, автор альтернативно визначає підстави застосування суддівського розсуду, зокрема називаючи «судочинство» однією зі сфер, де розсуд підлягає застосуванню, та не визначає змісту іншого елемента, з виділенням якого взагалі неможливо погодитися, оскільки, на нашу думку, суддівський розсуд не може існувати поза межами судочинства. Також автор вказує, що випадки застосування судового розсуду є дозволеними або не врегульованими законом. Вважаємо, що таке розмежування є безпідставним. Варто погодитися із твердженням А. Барака, що розсуд – це повноваження, надане особі, яка наділена правом вибирати між двома та більше альтернативами, кожна з яких є законною⁸. Відсутність законодавчо визначеної підстави застосування суддівського розсуду позбавляє суддю (суд) можливості діяти на власний розсуд.

Науковець Ю. Грачева, досліджуючи питання суддівського розсуду при призначенні покарання, визначила його як специфічний аспект правозастосовальної діяльності, що здійснюється в процесуальній формі, який передбачає надання судді, у випадках, передбачених кримінально-правовими нормами, повноваження щодо вибору рішення в межах, визначених законом, у відповідності з його правосвідомістю та волею законодавця, виходячи з принципів права, конкретних обставин вчинення злочину та основ моралі⁹.

До визначення розсуду суду саме як повноваження схиляється також і К. Комісаров. На його думку, це надане суду повноваження приймати, виходячи з конкретних обставин, таке рішення з питань права, можливість якого впливає із загальних і тільки відносно-визначних приписів закону¹⁰.

Зasadниче значення має визначення обсягу поняття суддівського розсуду. В американській правовій доктрині прийнято виділяти широке та вузьке розуміння поняття «суддівський розсуд».

В широкому розумінні суддівський розсуд стосується процесу мислення, оцінки фактів, інтерпретації правових норм, окреслення їх взаємозв'язків, а іноді також і правотворчості (м'яка дискреційність). В такому розумінні суддівський розсуд проявляється в кожному виді суддівської діяльності. У

⁷ Савенко М. Суддівський розсуд у цивільному процесі / М. Савенко // Наукові записки. – Т. 26. Юридичні науки – К., 2004. – С. 75.

⁸ Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак. – М.: Норма, 1999. – С. 12–13.

⁹ Грачева Ю. В. Источники судебного усмотрения в институтах освобождения от уголовной ответственности и от наказания: монография / Ю. В. Грачева; отв. ред. А. И. Чучаев. – М.: Юрлитинформ, 2011. – С. 27.

¹⁰ Комиссаров К. И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе / К. И. Комиссаров // Советское государство и право. – 1969. – № 4. – С. 50.

вужькому ж розумінні розсуд суду не охоплює всіх видів свобод в процесі правозастосування, а звужується до засади свободи вибору серед альтернативних правових рішень¹¹.

Дискусія щодо обсягу поняття суддівського розсуду не втрачає своєї актуальності і до сьогодні. Її яскравими представниками були Р. Дворкін та Г. Харт. Зокрема Г. Харт, як прихильник позитивістичного праворозуміння, вважається творцем теорії «втонченого позитивізму» та концепції складних справ (hard cases). Він вважав, що в ситуації коли для вирішення конкретної справи не підлягає застосуванню жодна з існуючих правових норм або їх застосування не дає однозначного вирішення справи, суд має право вирішити справу на власний розсуд, прагнучи до найоптимальнішого вирішення складної справи. В такій ситуації суддя отримує квазізаконодавчі повноваження, оскільки самостійно виводить з правової системи норму, яка підлягатиме застосуванню. Г. Харт безсумнівно відкидає приписувану реалістами роль судді як «соціального інженера», проте визнає його завданням в невизначених правових ситуаціях діяти правотворчо та політично¹².

На противагу Г. Харту виступив Р. Дворкін із власним розумінням поняття судового розсуду в рамках інтеграційної теорії права. На його думку, в правовій системі регуляторами виступають не лише правові норми, але й принципи (principles) та інші правові регулятори (policies). Завдяки цьому суддя, який не знаходить правової норми для вирішення справи, не повинен виходити за межі правової системи, а лише пошукати вирішення в рамках принципів та правових регуляторів (policies)¹³.

Проаналізувавши запропоновані авторами підходи до визначення судового розсуду, можемо визначити його характерні ознаки. Зокрема судовий розсуд може застосовуватись лише у випадках, передбачених законом. Законодавець використовує в Кримінальному процесуальному кодексі України¹⁴ такі формулювання як:

– «суд може» (ч. 4 ст. 97 КПК України «Суд може визнати доказами показання з чужих слів, якщо сторони погоджуються визнати їх доказами»);

– «за розсудом суду» (ч. 1 ст. 354 КПК України «Допит малолітнього свідка і, за розсудом суду, неповнолітнього свідка проводиться в присутності законного представника, педагога чи психолога, а за необхідності – лікаря»);

– «за своїм внутрішнім переконанням» (ч. 1 ст. 94 КПК України «Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний

¹¹ J. Wróblewski, Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego, Warszawa 1959, s. 408.

¹² Hart H. L. A. Legal Positivism, The Encyclopedia of Philosophy, New York, 1967.

¹³ M. Zirk-Sadowski, Wprowadzenie do filozofii prawa, Krakow, 2000, s. 202.

¹⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9–10. – Ст. 88.

доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення»),

– «суд вправі» (ч. 2 ст. 404 КПК України «Суд апеляційної інстанції вправі вийти за межі апеляційних вимог, якщо цим не погіршується становище обвинуваченого або особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру»),

– «враховуючи обставини» (ч. 4 ст. 183 КПК України «Слідчий суддя, суд при постановленні ухвали про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, враховуючи підстави та обставини, передбачені статтями 177 та 178 цього Кодексу, має право не визначити розмір застави у кримінальному провадженні»).

Судовий розсуд проявляється у зовнішньому та внутрішньому аспектах. Зовнішній аспект полягає у тому, що судовий розсуд має місце лише в процесі правозастосування, а саме відправлення правосуддя. Внутрішній аспект проявляється через інтелектуально-вольову діяльність судді в процесі сприйняття та оцінки фактичних обставин справи.

Важливою ознакою, яка відмежовує судовий розсуд від судового свавілля є його обмеженість. Європейський суд з прав людини в справі Суомінен проти Фінляндії (Suominenv. Finland № 37801/97 п. 36, від 1 липня 2003 року)¹⁵ стверджує, що хоча національний суд має певну свободу розсуду щодо вибору аргументів у тій чи іншій справі та прийняття доказів на підтвердження позиції сторін, орган влади зобов'язаний виправдати свої дії, навівши обґрунтування своїх рішень. Рамки, в яких застосування судового розсуду є дозволеним, визначаються об'єктивними та суб'єктивними факторами. Зокрема, об'єктивними межами розсуду для судді є приписи правових норм, судові прецеденти, узагальнення судової практики, межі перегляду справ судами апеляційної та касаційної інстанцій, фактичні обставини справи та інші фактори, які не залежать від волі судді та мають зовнішню форму прояву. Суб'єктивні межі судового розсуду відображаються у правосвідомості судді, визначаються його ціннісними та моральними орієнтирами, розумінням задуму законодавця та впливу дискреційного судового рішення на державну політику та суспільне життя.

Для повного розуміння судового розсуду як правового явища необхідним є з'ясування його зв'язку із принципом верховенства права. Згідно Конституції в Україні визнається і діє принцип верховенства права (ч. 1 ст. 8). Конституційний Суд України у Рішенні від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004¹⁶ України зазначив, що верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права

¹⁵ Suominen v. Finland [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22Suominen v. Finland%22%2C%22documentcollectionid2%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%7D%26itemid%3A%22001-61178%22%7D>

¹⁶ Рішення Конституційного Суду України №15рп/2004 від 02.11.2004 р. // Урядовий Кур'єр. – № 219.

вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. (посилання)

Таке тлумачення дає змогу зробити наступні висновки:

1) застосування принципу верховенства права є обов'язком суду або іншого суб'єкта правозастосування чи законодавця;

2) принцип верховенства права повинен знаходити своє відображення не лише у законодавстві, але й у актах правозастосування, зокрема в судових рішеннях.

Особливу роль принципу верховенства права для здійснення судового розсуду відзначає О. В. Гришук. Вона стверджує, що принцип верховенства права можна вважати певним стандартом прийняття судових рішень. З нього випливає можливість протиставлення закону таких «соціальних регуляторів», як норми моралі, звичаї, традиції, принципи права. Тобто в разі колізії норм законів і цих регуляторів, перевага надається останнім, оскільки закон може бути несправедливим, зокрема обмежувати свободу та порушувати рівність людей. Це дає змогу суддям уникати механічного застосування та переписування законів, а застосовувати тільки раціональне та справедливе право¹⁷.

Зважаючи на вищезазначене вважаємо за необхідне наголосити на правовій природі розсуду суду не лише як права, а одночасно як і обов'язку суду. Суддя не може залишити спір невіршеним, мотивуючи це відсутністю конкретної правової норми, яка повинна регулювати ці правовідносини.

Обов'язковість застосування дискреційних повноважень впливає також із Конвенції про захист прав людини та основоположних прав. В статті 6 Конвенції проголошено право на справедливий суд, відповідно до якого 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.

Надаючи комплексну оцінку вищевказаним підходам до розуміння судового розсуду, можна запропонувати власне розуміння розсуду суду, як покладеного на суд не лише права, але й обов'язку прийняти рішення у справі, з кількома альтернативними вирішеннями, на підставі та в межах визначених правом.

¹⁷ Гришук О. В. Застосування природного права при здійсненні судового угляду: філософсько-правові аспекти: монографія / О. В. Гришук, Д. І. Попов. – Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2014. – 114 с.