«Казахстанська дискреція»

**Наукова робота**

на тему:

**«Законодавче регулювання правовідносин та дискреція суб’єктів правореалізації: теоретико-компаративний погляд на досвід Казахстану»**

**2019 р.**

**ЗМІСТ**

[Вступ 3](#_Toc533605018)

[1. Порівняння змісту правових понять «регулювання» та «дискреція» через призму логічного та історичного 4](#_Toc533605019)

[2. Нормотворча сутність дискреції в праві як інтелектуально-вольова основа саморегулювання 8](#_Toc533605020)

[3. Порівняння концептуальних засад законодавчого регулювання дискреції суб’єктів правореалізації в Казахстані та Україні 16](#_Toc533605021)

[Висновки 19](#_Toc533605022)

[Список використаної літератури 20](#_Toc533605023)

# ВСТУП

**Актуальність теми** **дослідження** обумовлена передусім тим, що динамічні процеси розвитку правової системи України, проведення законодавчих змін у руслі європейської інтеграції неминуче спричиняють зміни підходів до самого процесу правового регулювання. Європейський досвід навчає тому, що законодавчий механізм не завжди дозволяє оперативно реагувати на всі зміни правової дійсності, а прогалини в праві є невід’ємним атрибутом будь-якої системи законодавства. З іншого боку, у поширенні застосування розсуду (дискреції) проявляється динамізм права, його пристосованість до казуальних умов, що постійно змінюються. Така виняткова практична значущість знаходження міри між законодавчим регулюванням та розсудом суб’єктів правореалізації висуває цю проблему на перший план у предметній сфері теоретико-правових досліджень.

**Аналіз останніх наукових досліджень** продемонстрував те, що питання легітимності та механізм реалізації дискреційних повноважень (розсуду), якими наділені різні суб’єкти права, розглядалося такими вітчизняними та зарубіжними науковцями, як: О. В. Волков, М. Б. Гарієвська, А. Г. Діденко, О. В. Корабліна, В. В. Лазарєв, Ю. П. Пацурківський, І. І. Поляков, О. С. Скударнов, М. К. Сулєймєнов, В. М. Шафіров. Однак спеціального теоретико-правового дослідження з порівняння понять правового регулювання та дискреції ще не здійснено.

**Метою даної роботи** є визначення концептуальних, компаративно-правових засад зіставлення понять регулювання та дискреції (розсуду) у доктрині та законодавчій практиці на прикладі Казахстану та України.

**Завдання дослідження:**

* визначити особливості значеннєвого змісту та етимології поняття дискреції у його порівнянні з поняттям регулювання в європейській культурно-правовій традиції;
* виявити найбільш істотні характеристики дискреції (розсуду) у сучасній доктрині права;
* на основі порівняння концепцій дискреції в доктрині та законодавстві України та Казахстану з’ясувати оптимальний підхід до поширення цього інституту у вітчизняній системі права.

**Методологічною основою дослідження** є загальні та спеціальні методи дослідження. Серед загальних методів слід виділити історичний метод, за допомогою якого досліджено історичні аспекти розвитку правового інституту дискреції, а також метод системного аналізу, за допомогою якого було визначено особливості становлення цього інституту в сучасному праві. Серед спеціальних методів передусім було використано ретроспективний метод та метод порівняльного аналізу.

# ****1. ПОРІВНЯННЯ ЗМІСТУ ПРАВОВИХ ПОНЯТЬ «РЕГУЛЮВАННЯ» ТА «ДИСКРЕЦІЯ» ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ ЛОГІЧНОГО ТА ІСТОРИЧНОГО ТЛУМАЧЕННЯ****

Поняття правового (законодавчого) регулювання (англ. *legal regulation)* зазвичай не викликає принципових розбіжностей у його тлумаченні. У площині теорії компаративного права «правове регулювання» іноді порівнюється з поняттям «правореалізація» (англ. *legal implementation)*. Спільним для обох понять є те, що вони позначають той чи інший рівень впливу норм права на певні відносини. Якщо правове регулювання – це нормативний вплив на макрорівні (регулюванню підлягають неіндивідуалізовані, а типові відносини), то нормування через правореалізацію – це правовий вплив на мікрорівні (на конкретні відносини, суб’єкти яких достатньо індивідуалізовані).

Принципове розмежування цих понять, на наш погляд, полягає у тому, що правореалізація (англ. *legal implementation)* – це завжди реалізація суб’єктивного права, що досить часто (але не завжди) здійснюється за допомогою об’єктивних норм, які імплементуються у індивідуалізовані відносини. Правозастосування як складна форма правореалізації (англ. *legal application)* здійснюється вже не самим суб’єктом правовідносин, а уповноваженим правозастосовчим органом. Правове регулювання (англ. *legal regulation)* – це системна та систематична реалізація *об’єктивного права* у певну сферу суспільних відносин. Якщо таке об’єктивне право позитивне, то воно завжди забезпечується державним примусом і тому в англомовному дискурсі позначається терміном *government*[[1]](#footnote-1)*.*

Інший значеннєвий вимір цих понять формується при їх співставленні з таким правовим терміном, як *дискреція* або *розсуд* (англ. *discretion*), яке є таким видом правореалізації, коли певне суб’єктивне право втілюється у відносини не через позитивні об’єктивні норми, а за допомогою норм, створених *ad hoc* самими суб’єктами правореалізації. Така автономія нормотворчого волевиявлення, яка є сутнісною для розсуду, спонукає до того, що реалізацію дискреційних повноважень зазвичай вважають *саморегулюванням* (англ. *self-regulation*).

У якості робочої дефініції дискреції або розсуду в процесі реалізації права пропонується обрати визначення, у якому суть дискреції розкривається через призму правореалізації: «закріплена в нормативно-регулятивних засобах свобода вибору суб'єктів при вирішенні конкретної юридичної справи (питання) у рамках індивідуального правового регулювання з метою ефективної і сприятливої для особистості організації та безпосереднього здійснення прав, свобод, виконання та дотримання обов'язків»[[2]](#footnote-2).

Морально-правове поняття дискреції (лат. *discretio*) виникло в надрах античного римського права і зазвичай трактувалося як поділ чогось, але головним чином – як розрізнення добра і зла (лат. *discretionem boni ac mali)*. Однак *discretio* у Стародавньому Римі ще не сформувалася як окремий правовий інститут, а була важливим способом долання зловживання правом (лат. *mala fides*) через реалізацію принципу добросовісності (лат. *bona fides*).

Згадки про розсуд можна знайти в працях Аристотеля, так, з приводу процесу обрання до вищого судового органу (герусії) він зазначав: «Обрання на цю посаду слід було б проводити з усіх громадян і не тим надто вже дитячим способом, яким це робиться останнім часом. Понад це, ефори виносять рішення з найважливіших судових справ, тим часом як вони самі виявляються випадковими людьми; тому було б правильніше, якби вони виносили свої вироки на власний розсуд, але слідуючи букві закону»[[3]](#footnote-3).

Дж. Локк також вважав за можливе відходити від приписів закону «на благо суспільства» таким чином: «…законодавці, не в змозі передбачити все і створювати відповідні закони на всі випадки, коли це може бути корисно спільноті, і тоді виконавець законів, маючи в своїх руках владу, володіє на основі загального закону природи правом використовувати її на благо суспільства в багатьох випадках, коли муніципальний закон не дає ніяких вказівок ... »[[4]](#footnote-4).

Історично склалося так, що мислителі та науковці, розглядаючи природу розсуду, поділилися на дві групи. Прихильники першої визнають можливість суб'єктів права діяти на свій розсуд і вважають його необхідною умовою для реалізації свободи. Представники іншої групи, навпаки, бачили в розсуді джерело свавілля і зловживань та виступали за його максимальне скорочення і обмеження[[5]](#footnote-5).

Перші спроби теоретично обґрунтувати правову природу розсуду припадають на кінець XIX – початок XX століття і пов’язуються з виникненням «школи вільного права». Однак вирішальну роль в обґрунтуванні інституту розсуду відіграла соціологічна теорія права, послідовники якої проголошували відносну свободу від закону, розширення розсуду у правозастосовній діяльності, свободу адміністративної і судової правотворчості[[6]](#footnote-6).

При цьому варто зауважити, що знаходження міри законодавчого регулювання і розсуду обумовлено багато в чому конкретною концепцією праворозуміння, що панує в тій чи іншій правовій сім'ї, або в конкретній державі. Так, прихильники пануючого аналітичного і соціологічного позитивізму в рамках англо-американської правової сім'ї визнають судовий розсуд і право судів як державних органів творити, створювати право. У рамках романо-германської правової сім’ї розсуд розглядається як компроміс між природно-правовим напрямком і правовим позитивізмом, при пріоритетному значенні останнього. Тобто розсуд – це вибір варіанта рішення у межах як мінімум правової норми, а як максимум – загальних засад законодавства при аналогії закону або аналогії права[[7]](#footnote-7).

Зважений розсуд не означає порушення законності. У змісті феномена розсуду тісно переплітаються поняття законності, доцільності, справедливості. В силу динамічності суспільних відносин вони подекуди недостатньо врегульовані правом, а тому розсуд фактично забезпечує законність. Головна проблема полягає у визначенні меж обсягу розсуду, свободи суб'єктів, які застосовують право. Окреслити такі межі, на нашу думку, можливо законодавчо, оскільки без нормативного закріплення можливі порушення принципу добросовісності суб’єктів правовідносин. Проте, окрім законодавчих норм, суб’єктам які застосовують дискрецію, не варто нехтувати й нормами моралі.

Наразі Україна просувається шляхом євроінтеграції. Цей процес прямо впливає на правосвідомість громадян, сприяє динамізму суспільних відносин, змушує законодавця гармонізувати українське право з аcquis communautaire, та змінює доктринальні погляди на правові інститути. Не виключенням залишається й інститут дискреції.

# 2. НОРМОТВОРЧА СУТНІСТЬ ДИСКРЕЦІЇ В ПРАВІ ЯК ІНТЕЛЕКТУАЛЬНО-ВОЛЬОВА ОСНОВА САМОРЕГУЛЮВАННЯ

Креативний або нормотворчий характер дискреції заслуговує на особливу увагу. Це пояснюється тим, що розсуд як діяльність містить у собі інтелектуальний і вольовий аспекти, складовими елементами яких у праві є «інтерес» і «воля»[[8]](#footnote-8).

Критеріями розсуду поряд зі спеціально-юридичними обмеженнями (обов'язками, відповідальністю, заборонами, санкціями) визнаються вимоги моральності (справедливість, рівність, розумність) разом з релігійними нормами, цінностями загального блага, балансу інтересів, суспільною свідомістю, культурою, традиціями, звичаями[[9]](#footnote-9). У зв’язку з цим необхідно зауважити, що ці морально-правові цінності повинні бути засвоєні на індивідуальному рівні. Без цього розсуд не зможе спиратися на внутрішні джерела та не зможе забезпечити вирішення справи, виходячи з підстав, що існують в самому суб'єкті застосування права[[10]](#footnote-10).

Науковці виділяють низку послідовних стадій, які відбуваються в процесі розсуду, існує декілька підходів до такої класифікації, проте, на нашу думку, уваги заслуговує такий: «Першою стадією є інтроспекція, тобто самоаналіз, на основі якого у суб’єкта відбувається усвідомлення конкретної потреби, що приводить до формування в нього інтересу, який підлягає задоволенню (мотиву до відповідної поведінки).

На другій стадії за наявності правомірної установки (схильності, переконання або звички діяти правомірно) суб’єкт розсуду ухвалює рішення про вибір належної мети і засоби її досягнення, перекладаючи, таким чином, психічні переживання в правову сферу.

На третій стадії розсуду суб’єкт керується вже не внутрішніми (особовими) спонуками, а своєю правосвідомістю, яка починає здійснювати гносеологічну функцію. На цій стадії суб’єкт пізнає ті правові засоби, за допомогою яких він може досягти поставленої мети і, зрештою, вибирає суб’єктивне право, в межах якого і задовольнятиме власний інтерес.

На четвертій стадії розсуду, коли правосвідомість виконує оціночну і регулятивну функції, суб’єкт за допомогою психологічних механізмів вольової регуляції починає здійснювати дії зі здійснення суб’єктивного права. Причому постійно оцінюючи процес здійснення права з погляду на його ефективність для досягнення поставленої мети, суб’єкт може скоректувати цей процес або взагалі відмовитися від здійснення даного суб’єктивного права, вважаючи його недоцільним з погляду якнайповнішого задоволення свого інтересу. В якийсь момент суб’єкт при певних обставинах може повернутися на одну з вищевказаних стадій з тим, щоб уточнити свої потреби і (або), переглянувши свої цілі, знову вибрати правові засоби з їх досягнення»[[11]](#footnote-11).

Законодавець закладає фундамент дискреції в разі застосування оціночних понять, наприклад через такі конструкції: «доцільно», «необхідно», «з важливих підстав», «особливо важливі», «особливі досягнення», «поважні причини», «у випадку необхідності», «виходячи з потреб» тощо. Також можливість використання розсуду забезпечується наявністю відносно-визначених норм, або певної структурної частини норми, яка є відносно визначеною (відносна гіпотеза, відносна диспозиція, відносна санкція), у певному нормативно-правовому акті. Дискреція вбачається у випадках наявності альтернативних норм, що містять альтернативні гіпотези, альтернативні диспозиції та/чи альтернативні санкції. Але найголовнішим нормативним закріпленням розсуду є пряма вказівка на його застосування, шляхом закріплення у відповідних нормах підстав для реалізації дискреції.

Так, ч. 4 ст. 6 Кодексу адміністративного судочинства України (далі КАС) забороняється відмова в розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини[[12]](#footnote-12). Таким чином у КАС України закріплено, що в разі наявності прогалин, колізій у законодавстві, необхідності тлумачення норм, відсутності норм що врегульовують відносини, у яких допущене порушення прав чи законних інтересів позивача (що найяскравіше вказує на можливість дискреції у адміністративному процесі), для вирішення таких проблем судом застосовується розсуд.

Якщо вживаються певні терміни: «може», «має право», «за власної ініціативи», «дбає», «забезпечує», «веде діяльність», «встановлює», «визначає», «на свій розсуд», – то в такій нормі існує явна вказівка на можливість застосування розсуду.

Однак чіткої «команди» від законодавця досить часто не існує, можливість дискреції, подекуди, виявляється лише при системному аналізі як нормативно-правового акта, так, і доктринальних положень з певного питання. У такому випадку найяскравіше проявляються критерії розсуду, оскільки дискреція суб’єкта в межах таких критеріїв сприяє правильності та об’єктивності застосування норм права, вирішенню поставленого питання.

Дискреція має місце там, де законодавець припустився правотворчої помилки, зокрема, техніко-юридичного характеру.

Найбільш вдалим, на нашу думку, є таке визначення поняття «правотворча помилка»: «прийняття норми закону, реалізація якої на практиці породжує несправедливість і соціальну напруженість (потрясіння), тягне інші негативні суспільно-політичні, економічні, фінансові чи соціальні наслідки, знижує рівень гарантованості прав та інтересів особи, ефективність правозастосовної діяльності, підриває основи державної безпеки, руйнує принципи побудови демократичного суспільства і системи управління»[[13]](#footnote-13)

Дефініція поняття «техніко-юридичні помилки», як більш вузького виду правотворчої помилки, реалізованої на етапі проектування нормативно-правого акта, найбільш вдало сформульована наступним чином: «…це недоліки нормативно-правового акта, що є результатом порушення логічних, мовних, процедурних вимог правотворчої техніки при його виробленні»[[14]](#footnote-14).

Існування таких недоліків законодавства змушує суб’єкта правореалізації вдаватися до розсуду для врегулювання певних суспільних відносин. Наприклад, вирішити наявні в силу допущених правотворчих помилок правові колізії та прогалини у законодавстві можливо шляхом аналогії права.

У науковій та навчальній літературі загальноприйнятим є уявлення про те, що до відносин, не врегульованих конкретною нормою, повинні застосовуватися норми, що регулюють схожі відносини (аналогія закону), а при їх відсутності необхідно застосовувати принципи та загальні засади законодавства (аналогія права).

Як зазначає Ю. О. Заіка: «Засобом усунення прогалин є правотворчість: прийняття нових норм або редагування застарілих. Але суди не можуть чекати, доки прогалину в праві усуне законодавець, і не надавати захисту інтересам громадян і організацій, посилаючись на відсутність нормативної бази. Вихід полягає в тому, що суду надається право розглядати такі справи за допомогою аналогії»[[15]](#footnote-15).

На нашу думку, застосування аналогії закону, особливо аналогії права, не є механічним процесом – це творчий, інтелектуально-вольовий розумовий процес, який базується не тільки на аналізі сукупності норм права, а й цілей, завдань, принципів права, а також на вірній оцінці конкретних правовідносин, фактичних обставин. Саме в цьому випадку має місце дискреція. Її використання дозволяє правозастосовному органу, за відсутності прямої правової норми, яка регулює правовідносини, спочатку вибрати з усієї сукупності норму, яка регулює схожі відносини, а за відсутності такої – відповідний принцип права, який дозволить винести справедливе і розумне рішення по конкретній юридичній справі і задовольнить інтерес зацікавленої особи.

Тобто існування прогалин у праві об’єктивно сприяє дискреції, оскільки суб’єкту необхідно після використання розсуду застосувати певний вид подолання такого недоліку, наприклад, застосувати аналогію права, в разі якщо такий спосіб прямо не заборонений відповідною нормою, як-от заборона застосування аналогії у ч. 4 ст. 3 Кримінального кодексу України: «Застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено»[[16]](#footnote-16).

Аналогія традиційно використовується у цивільному праві. Так, застосування аналогії права та аналогії закону передбачене ст. 8 ЦК України, ст. 5 ЦК Республіки Казахстан.

Однак господарське право не містить прямої вказівки на застосування аналогії, проте, не містить і заборони щодо її застосування. Дозвіл законодавця на використання дискреції в цілому, можна знайти у ч. 2 ст. 5 Господарського процесуального кодексу України, яка закріплює таке: «У випадку, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону»[[17]](#footnote-17). Тобто законодавець прямо допускає застосування судом розсуду для захисту позивача, у разі, якщо спосіб захисту прямо не закріплений у договорі чи законодавством.

Листом Міністерства юстиції України від 30.01.2009 року № Н-35267-18 визначено, що при вирішенні справи за аналогією закону чи аналогією права обов'язковим є дотримання таких умов:

1. аналогія допустима лише у випадку повної чи часткової відсутності правових норм;
2. суспільні відносини, до яких застосовується аналогія, повинні знаходитися у сфері правового регулювання;
3. повинна бути схожість між обставинами справи і наявною нормою за суттєвими юридичними ознаками;
4. пошук норми, що регулює аналогічний випадок, повинен здійснюватися спочатку в актах тієї ж галузі права, у випадку відсутності - в іншій галузі права і у законодавстві в цілому;
5. винесене у процесі використання аналогії правове рішення не повинно суперечити нормам закону, його меті;
6. обов'язково повинно бути мотивоване пояснення причин застосування рішення по аналогії до конкретного випадку[[18]](#footnote-18).

Автори виділяють окремий інститут аналогії права, як «матеріально-правовий інститут, що складається із сукупності процедурних норм, які встановлюють порядок застосування аналогії закону та аналогії права щодо регулювання суспільних відносин у випадку прогалин у праві»[[19]](#footnote-19). Проте, на нашу думку, аналогія закону та аналогія права нерозривно пов’язані з розсудом.

Правові колізії в законодавстві виникають не тільки через «непрогресивність» думки законодавця, але й при наявності двох взаємовиключних інтерпретацій норм права, які є контраверсивними.

Так, наявність таких колізії у тлумаченні правових норм «неминуче призводить у певних випадках до необхідності заповнити недолік закону для вирішення справи»[[20]](#footnote-20), усунути такий недолік, на нашу думку, можливо, окрім створення нових правових актів, шляхом дискреції.

Також, правову колізію можливо вирішити шляхом тлумачення норм, вибору однієї з конфліктуючих норм для вирішення справи за допомогою ієрархічного, темпорального та змістовного способів[[21]](#footnote-21). Сам по собі вибір необхідного способу вже буде розсудом у процесі правореалізації, проте дискреція проявляється і в межах будь-якого з наведених способів. Наприклад при застосуванні змістовного способу подолання колізії суб’єкту необхідно визначити яка ж з норм є загальною, а яка – спеціальною. Процес встановлення цього факту нерозривно пов'язаний з розсудом, оскільки виключно за допомогою моральних критеріїв дискреції можливо правильно обрати необхідну для подолання колізії норму, не зловживаючи при цьому правом.

Досить часто проблема розсуду суб’єкта правореалізації пов’язується з диспозитивним методом правового регулювання, суть якого полягає у наданні суб'єкту свободи вибору не тільки щодо набуття (або не набуття) права, але й щодо визначення його змісту, як на стадії набуття, так і на стадії здійснення, а також на стадії захисту порушених прав[[22]](#footnote-22).

Це, зокрема, знайшло своє закріплення на законодавчому рівні. Так, ч. 1 ст. 12 Цивільного кодексу України закріплено, що особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд[[23]](#footnote-23). Аналогічне положення міститься у п. 1 ст. 8 Цивільного кодексу Республіки Казахстан: «Громадяни та юридичні особи на свій розсуд розпоряджаються належними їм цивільними правами, у тому числі правом на їх захист»[[24]](#footnote-24).

Досить важливим для розуміння головного призначення дискреції є її зв'язок з протидією зловживанням правом. Зокрема нормативно-правовий зсув заборони на зловживання правом від юридичного позитивізму до суб'єктивного суддівського розсуду стався в німецькій доктрині права. На це досить точно вказував І. А. Покровський: «Судам була надана можливість визначати наявність зловживання правом на підставі якихось етичних критеріїв, тобто фактично самостійно визначати межу між приписами права і вимогами моралі»[[25]](#footnote-25).

Заборона зловживання цивільними правами та встановлення меж здійснення цивільних прав міститься у статті 8 ЦК Республіки Казахстан .

Існують і незвичні підходи до тлумачення судової дискреції. Так, пропонується уявити судове рішення «як стіл із сталою рівновагою, який би не хитався від будь-яких навантажень і служив би довго та надійно»[[26]](#footnote-26), а ніжками такого столу є:

1) з’ясування сутності проблеми;

2) тлумачення норм права, а, в разі наявності необхідної норми її застосування;

3) якщо ж відповідна норма відсутня необхідно використовувати аналогію закону і аналогію права;

4) принципи права як відправна точка аналогії.

На нашу думку, у вказаному підході термін «тлумачення», можна розглядати як підґрунтя для широкого застосування розсуду з метою пошуку відповідної норми права, а в разі її відсутності – застосування аналогії, відповідно, й дискреції.

Подібна концепція закріплена у ст. 10 Цивільного процесуального кодексу України: «Якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права)»[[27]](#footnote-27).

Таким чином, дискреція проявляється в усіх аспектах правозастосування, як-то вибір норми права, якою необхідно регулювати відносини що склалися, використання аналогії закону та аналогії права, узгодження правових колізій, ухвалення судового рішення тощо.

# 3. ПОРІВНЯННЯ КОНЦЕПТУАЛЬНИХ ЗАСАД ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДИСКРЕЦІЇ СУБ’ЄКТІВ ПРАВОРЕАЛІЗАЦІЇ В КАЗАХСТАНІ ТА УКРАЇНІ

Протягом останніх років у Республіці Казахстан у контексті вдосконалення механізму правового регулювання активно обговорюються питання про запровадження у законодавство цієї країни деяких норм англійського права, для якого характерною є найширша суддівська дискреція. Для цього навіть розроблено Концепцію вдосконалення цивільного законодавства Республіки Казахстан на основі імплементації положень англійського права.

Указана Концепція містить, серед інших, положення про розширення меж свободи договору, скорочення імперативних приписів законодавства про договори і зведення їх до регулювання лише тих суспільних відносин, які вимагають відповідного втручання держави. Однак при цьому укладачі Концепції наголошують на тому, що казахський законодавець має користуватися підходом, при якому «презюмується імперативний характер норм договірного права і можливість інтерпретувати те чи інше законодавче правило диспозитивно лише при наявності в ньому спеціального застереження, що дозволяє відступити при формуванні умов договору від законодавчого положення: «якщо інше не передбачено угодою сторін»[[28]](#footnote-28).

Не менш цікавими є положення про посилення ролі судової практики в регулюванні майнових відносин і розширення меж судового розсуду. Так, у Концепції зазначається, що однією з прогресивних змін цивільного законодавства, спрямованою на посилення значення судової практики, її уніфікацію і усунення негативних тенденцій прийняття протилежних рішень по аналогічних спорах, може стати впровадження в законодавство поняття «ульге» (казах. үлгi - «взірець»), висунутого і обґрунтованого в ряді робіт професора А. Г. Діденка[[29]](#footnote-29). Суть концепції цього поняття зводиться до того, що ульге буде являти собою акт судового органу, затверджений Верховним Судом Республіки Казахстан, який може бути використаний учасниками цивільного процесу для обґрунтування своєї позиції, коли суд при розгляді справи повинен дати свою оцінку. Ульге може бути актом будь-якого судового органу, обраного в якості такого Верховним Судом. Таким чином можна говорити про те, що ульге є способом надання більш широких дискреційних повноважень судам Республіки Казахстан. Ставлення науковців до концепції ульге є неоднозначним, вона часто піддається критиці. Наприклад академік М. К. Сулєйменов вважає цю концепцію такою, що страждає на ряд істотних недоліків, наявність яких не дозволяють її прийняти[[30]](#footnote-30).

Водночас при всій декларативній модерністській риториці в Республіці Казахстан насправді залишаються релікти радянської правової системи, орієнтованої на абсолютну врегульованість усіх суспільних відносин, що не допускає широкої дискреції суб’єктів правореалізації. І понині Казахстан є державою, у якій «втручання держави в підприємницьку діяльність, помножене на тотальну корупцію, перетворюється на прагнення до тотального контролю», а «відомчі інтереси все більше підмінюють державні». М. К. Сулєймєнов підсумовує: «Я переконаний, що зараз практично неможливо прийняти закон, який вносив би навіть не кардинальні, а більш-менш істотні зміни в існуючий стан справ. На жаль, почастішали випадки прийняття або розробки не просто невірних, але безглуздих законів. Найчастіше тому, що зверху спускається вказівка вжити, і тоді ніякі аргументи не працюють»[[31]](#footnote-31).

На нашу думку, такий підхід до запровадження широкої дискреції, з огляду на євроінтеграційні процеси, є неприйнятним в українських реаліях.

Ми вважаємо, що застосовувати здобутки законодавства та доктрини Республіки Казахстан в Україні практично неможливо, оскільки, шлях реформ в обох країнах є різним.

Наразі Україна рухається до розширення меж дискреції як органів виконавчої влади, так і суду. Так, на офіційному веб-сайті Верховного Суду України розміщено науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб’єкта владних повноважень та судового контролю за дотриманням цих меж. Такий акт в українській правозастосовній практиці прийнято вперше. Виходячи з його положень, дискреційними повноваженнями визнаються такі, що полягають «у виборі діяти, чи без діяти, а якщо діяти, то у виборі варіанту рішення чи дії серед варіантів, що прямо або опосередковано закріплені у законі. Важливою ознакою такого вибору є те, що він здійснюється без необхідності узгодження варіанту вибору із будь-ким» (оригінальний правопис цитати з наукового висновку збережено)[[32]](#footnote-32).

Однак вказаний висновок звужує поняття дискреції до адміністративної дискреції, у якій всі варіанти дій вже передбачені законодавством («прямо або опосередковано», хоча не зовсім зрозуміло як саме можна закріпити щось в законі «опосередковано»). Проте початок покладено і у нас є предмет не тільки для критики, а й привід для роздумів навколо цієї проблеми. Тільки на основі докладно розробленої загальноправової теорії дискреції в Україні можна розширювати законодавче запровадження дискреції в цілому, спираючись на досвід країн – членів ЄС з цього питання.

# ВИСНОВКИ

1. Історично морально-правове поняття дискреції (лат. *discretio*) виникає за часів римського права для розрізнення добра і зла, без чого неможлива протидія на основі принципу добросовісності (*bona fides*) зловживанням буквою закону в процесі правового регулювання і зазвичай трактувалося як поділ чогось, але головним чином – як розрізнення добра і зла (лат. *discretionem boni ac mali)*. Однак *discretio* у Стародавньому Римі ще не сформувалася як окремий правовий інститут, а була важливим способом долання зловживання правом (лат. *mala fides*) через реалізацію принципу добросовісності (лат. *bona fides*).

2. У сучасному праві поняття правового регулювання та дискреції контрарні (протилежні), але не контрадикторні (не виключають одне одного). Законодавче регулювання істотно доповнюється саморегулюванням, яке неможливе без наділення суб’єктів правореалізації дискреційними повноваженнями, суть яких полягає в автономії нормотворчого волевиявлення.

3. Досвід Казахстану підтверджує, що головними важелями поширення дискреції у праві не можуть виступати прожектерскі доктринальні декларації і навіть новомодні іноземні запозичення. Законодавче санкціонування широкого правового розсуду неминуче актуалізується, якщо у правовій свідомості сформується стійка настанова на долання масового та системного зловживання правом та політико-правова воля на її реалізацію.

# СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

Господарський процесуальний кодекс України № 1798-XII від 06.11.1991 (із змінами) [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/go/1798-12.

1. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года № 268-XIII (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21.07.2018 г.) [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://adilet.zan.kz/rus/docs/K940001000\_

Кодекс адміністративного судочинства України № 2747-IV від 06.07.2005 (із змінами) [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/go/2747-15.

Кримінальний кодекс України № 2341-III від 05.04.2001 (із змінами) [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/go/2341-14

1. Лист Міністерства юстиції України від 30.01.2009 № Н-35267-18 «Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами» [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/go/v3526323-09.
2. Цивільний Кодекс України № 435-IV від 16.01.2003 (із змінами) [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15.
3. Цивільний процесуальний кодекс України № 1618-IV від 18.03.2004 (із змінами) [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/go/1618-15.
4. Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве / М.М. Агарков // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. 1946.–№ 6.–С. 426.
5. Аристотель. Сочинения: В 4-х т. Т. 4 / Пер. с древнегреч.; Общ. ред. А. И. Доватура. — М.: Мысль, 1983.— 830 с.
6. Волков В.А. Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теории и практики / В.А. Волков. — М. : Волтерс Клувер, 2009. – 453 с.
7. Гайдулін О. Інтерпретація застосовуваного права європейськими арбітражами: розмежування базових понять / О. Гайдулін // Право України. – 2016. – № 5. – С. 48-56.
8. Диденко А.Г. Ульге – один из путей укрепления судебной власти [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://online.zakon.kz/Document/?doc\_id=31280875#pos=13;-45
9. Заіка Ю.О. Українське цивільне право. Навч. посіб./ Ю.О. Заіка – К. Істина, 2005. – 311 с.
10. Концепция совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права. [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.agka.kz/cms/wp-content/uploads/2017/04/проект-концепции-Гз.docx.
11. Кораблина О. В. Усмотрение в правоприменительной деятельности : общетеоретический и нравственно-правовой аспекты :автореф.дисс. ... кандидата юридических наук : 12.00.01 / Кораблина Ольга Викторовна; [Место защиты: Сарат. юрид. ин-т МВД РФ]. – Саратов, 2009. – 20 с.
12. Колотова О.В. Прогалини у праві та шляхи їх подолання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. В. Колотова ; НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2010. – 21 с.
13. Лазарев В.В. Применение советского права. Казань, 1972. – С. 144.
14. Локк Дж. Сочинения: В 3 т./ Пер. с англ. и лат. Т. 3/ Ред. и сост., авт. примеч. А. Л. Субботин. – М.: Мысль, 1988. – 688 с.
15. Москалькова Т.Н. Законотворческие ошибки: понятие, виды и пути противодействия / Т.Н. Москалькова // Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах : материалы международного научно-практического круглого стола (29–30 мая 2008 г.) / под. ред. В.М. Баранова,И.М. Мацкевича. – М. : Проспект, 2009. – С. 17–25.
16. Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб’єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro\_sud/naukovi\_visnovki/nauk\_visnovok\_01\_03\_2018
17. Пацурківський Ю. П. Розсуд як спосіб застосування оціночних понять у цивільному праві / Ю. П. Пацурківський // Науковий вісник Чернівецького університету: Збірник наук. праць. Вип. 628:Правознавство. – Чернівці: ЧНУ, 2012. – С. 80-86.
18. Поляков I. І. Розсуд у праві: поняття, ознаки і види / Поляков I. І. // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. / редкол. : С. В. Ківалов (голов. ред.), Л. І. Кормич (заст. голов. ред.), Ю. П. Аленін [та ін.] ; МОН України, ОНЮА. – Одеса : Фенікс, 2009. – Вип. 38. – С. 233-239.
19. Риндюк В. І. Правотворчі помилки: поняття, види, способи їх попередження, виявлення та виправлення / В. І. Риндюк // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2012. – № 8. – С. 21-27.
20. Спасибо-Фатєєва І. Трансцендентна судова мімікрія або про принципи права, аналогію закону та права в судовій практиці / І. Спасибо-Фатєєва //Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. –№ 4(35). – С. 137-149
21. Скударнов А. С. Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан : монография / А. С. Скударнов, В. М. Шафиров. – Москва : Проспект, 2017. – 212 с.
22. Сулейменов М. К. Перспективы внедрения судебного прецедента в правовую систему Казахстана. [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://www.zakon.kz/4888852-perspektivy-vnedreniya-sudebnogo.html.
23. Теличко О. А. Причини виникнення правових колізій / О. А. Теличко, Н. В. Іванюк // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія : Юридичні науки. – 2016. – Вип. 6(1). – С. 39-42.

1. Гайдулін, О. Інтерпретація застосовуваного права європейськими арбітражами: розмежування базових понять / О. Гайдулін // Право України. – 2016. – № 5. – С. 48-56. [↑](#footnote-ref-1)
2. Скударнов А. С. Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан : монография / А. С. Скударнов, В. М. Шафиров. – Москва : Проспект, 2017. – С.61 [↑](#footnote-ref-2)
3. Аристотель. Сочинения: В 4-х т. Т. 4 / Пер. с древнегреч.; Общ. ред. А. И. Доватура. – М.: Мысль, 1983.– С. 432. [↑](#footnote-ref-3)
4. Локк Дж. Сочинения: В 3 т./ Пер. с англ. и лат. Т. 3/ Ред. и сост., авт. примеч. А. Л. Субботин. – М.: Мысль, 1988.– С. 356 [↑](#footnote-ref-4)
5. Скударнов О. С, Шафіров В. М. Вказана праця. – С. 12-14. [↑](#footnote-ref-5)
6. Кораблина О. В. Усмотрение в правоприменительной деятельности: общетеоретический и нравственно-правовой аспекты: автореф.дисс. ... кандидата юридических наук : 12.00.01 / Кораблина Ольга Викторовна. – Саратов, 2009. – С. 12. [↑](#footnote-ref-6)
7. Корабліна О. В. Вказана праця. – С.12-13. [↑](#footnote-ref-7)
8. Пацурківський Ю.П. Розсуд як спосіб застосування оціночних понять у цивільному праві / Ю. П. Пацурківський // Науковий вісник Чернівецького університету: Збірник наук. праць. Вип. 628:Правознавство. – Чернівці: ЧНУ, 2012. – С. 81. [↑](#footnote-ref-8)
9. Корабліна О.В. Вказана праця. – С. 8. [↑](#footnote-ref-9)
10. Лазарев В.В. Применение советского права. Казань, 1972. – С. 144. [↑](#footnote-ref-10)
11. Поляков I. І. Розсуд у праві: поняття, ознаки і види / Поляков I. І. // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. / редкол. : С. В. Ківалов (голов. ред.), Л. І. Кормич (заст. голов. ред.), Ю. П. Аленін [та ін.] ; МОН України, ОНЮА. – Одеса : Фенікс, 2009. – Вип. 38. – С. 234. [↑](#footnote-ref-11)
12. Кодекс адміністративного судочинства України № 2747-IV від 06.07.2005 (із змінами) [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/go/2747-15. [↑](#footnote-ref-12)
13. Москалькова Т.Н. Законотворческие ошибки: понятие, виды и пути противодействия / Т.Н. Москалькова // Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах : материалы международного научно-практического круглого стола (29–30 мая 2008 г.) / под. ред. В.М. Баранова,И.М. Мацкевича. – М. : Проспект, 2009. – С. 19. [↑](#footnote-ref-13)
14. Риндюк В. І. Правотворчі помилки: поняття, види, способи їх попередження, виявлення та виправлення / В. І. Риндюк // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2012. – № 8. – С. 26. [↑](#footnote-ref-14)
15. Заіка Ю.О. Українське цивільне право. Навч. посіб. – К. Істина, 2005. – С. 17. [↑](#footnote-ref-15)
16. Кримінальний кодекс України № 2341-III від 05.04.2001 (із змінами) [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/go/2341-14 [↑](#footnote-ref-16)
17. Господарський процесуальний кодекс України № 1798-XII від 06.11.1991 (із змінами) [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/go/1798-12. [↑](#footnote-ref-17)
18. Лист Міністерства юстиції України від 30.01.2009 № Н-35267-18 «Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами» [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/go/v3526323-09 [↑](#footnote-ref-18)
19. Колотова О.В. Прогалини у праві та шляхи їх подолання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. В. Колотова ; НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2010. – С. 13. [↑](#footnote-ref-19)
20. Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве / М.М. Агарков // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. 1946.– № 6.– С. 426. [↑](#footnote-ref-20)
21. Теличко О. А. Причини виникнення правових колізій / О. А. Теличко, Н. В. Іванюк // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія : Юридичні науки. – 2016. – Вип. 6(1). – С. 41 [↑](#footnote-ref-21)
22. Пацурківський Ю.П. Вказана праця. – С. 82. [↑](#footnote-ref-22)
23. Цивільний Кодекс України № 435-IV від 16.01.2003 (із змінами) [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15 [↑](#footnote-ref-23)
24. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года № 268-XIII (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21.07.2018 г.) [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://adilet.zan.kz/rus/docs/K940001000\_ [↑](#footnote-ref-24)
25. Волков В.А. Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теории и практики / В.А. Волков. — М. : Волтерс Клувер, 2009. – С. 34. [↑](#footnote-ref-25)
26. Спасибо-Фатєєва І. Трансцендентна судова мімікрія або про принципи права, аналогію закону та права в судовій практиці / І. Спасибо-Фатєєва //Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. –№ 4(35). – С. 139 [↑](#footnote-ref-26)
27. Цивільний процесуальний кодекс України № 1618-IV від 18.03.2004 (із змінами) [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/go/1618-15 [↑](#footnote-ref-27)
28. Концепция совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права. [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.agka.kz/cms/wp-content/uploads/2017/04/проект-концепции-Гз.docx. [↑](#footnote-ref-28)
29. Диденко А.Г. Ульге – один из путей укрепления судебной власти [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://online.zakon.kz/Document/?doc\_id=31280875#pos=13;-45 [↑](#footnote-ref-29)
30. Сулейменов М.К. Перспективы внедрения судебного прецедента в правовую систему Казахстана. [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://www.zakon.kz/4888852-perspektivy-vnedreniya-sudebnogo.html. [↑](#footnote-ref-30)
31. Там само. [↑](#footnote-ref-31)
32. Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб’єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro\_sud/naukovi\_visnovki/nauk\_visnovok\_01\_03\_2018 [↑](#footnote-ref-32)