

О.О. ГАЙДУЛІН, А.В. ЗАПОРОЖЧЕНКО

Олександр Олександрович Гайдулін, кандидат філософських наук, кандидат юридичних наук, доцент, професор Навчально-наукового інституту «Юридичний інститут ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

Аркадій Віталійович Запорожченко, магістрант Навчально-наукового інституту «Юридичний інститут ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

КОМПАРАТИВНА ІНТЕРПРЕТАЦІЯ ПОНЯТЬ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ПРАВОВОЇ ДИСКРЕЦІЇ: ДОСВІД КАЗАХСТАНУ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ДЛЯ УКРАЇНИ

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 дає змогу оперативно реагувати на всі зміни правової дійсності, а прогалини в праві є невід'ємним атрибутом будь-якої системи законодавства. Водночас 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.

Питання легітимності та механізм реалізації дискреційних повноважень (розсуду) різними суб'єктами 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. Сулейменов, В.М. Шафіров. Однак спеціального теоретико-правового дослідження з порівняння понять правового регулювання та дискреції ще не здійснено.

Тому **метою статті** є визначення концептуальних, компаративно-правових засад зіставлення цих понять у доктрині та законодавчій практиці на прикладі Казахстану та України.

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 правозастосовним 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 англійському дискурсі позначається терміном *government*¹.

Інший значеннєвий вимір цих понять формується при їх зіставленні 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 крізь 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.

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 додання зловживання правом (лат. *mala fides*) через реалізацію принципу добросовісності (лат. *bona fides*).

Перші спроби теоретично обґрунтувати правову природу розсуду припадають на кінець XIX – початок XX ст. 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 правотворчості³.

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 напрямом 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 права⁴.

На креативний (нормотворчий) характер дискреції вказують багато дослідників. При цьому особливо підкреслюється те, що розсуд як діяльність містить у собі інтелектуальний і вольовий аспекти, складовими елементами яких у праві є «інтерес» і «воля»⁵.

У якості критеріїв розсуду поряд зі спеціально-юридичними обмеженнями (обов'язками, відповідальністю, заборонами, санкціями) виокремлюються вимоги моральності (справедливості, рівності, розумності) разом з релігійними нормами, цінностями загального блага, балансу інтересів, суспільною свідомістю, культурою, традиціями, звичаями⁶. 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 права⁷.

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 ненабуття) права, а й щодо визначення його змісту як на стадії набуття, так і на стадії здійснення, а також на стадії захисту порушених прав⁸.

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 розсуд⁹. 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»¹⁰.

Досить важливим для розуміння головного призначення дискреції є її зв'язок з протидією зловживанням права. Саме в німецькій нормативно-правовій забороні на зловживання правом стався зсув від юридичного позитивізму до суб'єктивного суддівського розсуду. 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»¹¹.

У зв'язку з цим показово, що заборона зловживання цивільними правами та встановлення меж здійснення цивільних прав міститься в одній статті ЦК Республіки Казахстан (ст. 8).

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 договірної 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»¹².

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 з аналогічних спорів може стати впровадження в законодавство поняття «ульге», висунутого і обґрунтованого в ряді робіт професора А.Г. Діденка¹³. 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 в якості доводів в обґрунтування своєї позиції, яким 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. Сулейменов вважає Ульге такою, що страждає на ряд істотних недоліків, наявність яких не дозволяють її прийняти¹⁴.

Водночас при всій декларативній модерністській риторичі в Республіці Казахстан насправді залишаються релікти радянської правової системи, орієнтованої на абсолютну врегульованість усіх суспільних відносин, які не допускають 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 підміняють державні». М.К. Сулейменов 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, почастишали випадки прийняття або розробки не просто невірних, але безглузких законів. Найчастіше тому, що зверху спускається вказівка жити, і тоді ніякі аргументи не працюють»¹⁵.

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

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 бездіяти, а якщо діяти, то у виборі варіанта рішення чи дії серед варіантів, що прямо або опосередковано закріплені у законі. Важливою ознакою такого вибору є те, що він здійснюється без необхідності узгодження варіанта вибору із будь-ким» (оригінальний правовий висновок цитати з наукового висновку збережено)¹⁶.

Таким чином, 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.

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

¹ Гайдулін О. Інтерпретація застосовуваного права європейськими арбітражами: розмежування базових понять / О. Гайдулін // Право України. – 2016. – № 5. – С. 48–56.

² Скударнов А.С. Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан : монография / А.С. Скударнов, В.М. Шафиров. – М. : Проспект, 2017. – С. 61.

³ Кораблина О.В. Усмотрение в правоприменительной деятельности : общетеоретический и нравственно-правовой аспекты : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Кораблина Ольга Викторовна; [Место защиты: Сарат. юрид. ин-т МВД РФ]. – Саратов, 2009. – С. 12.

⁴ Там же. – С. 12–13.

⁵ Пацурківський Ю.П. Розсуд як спосіб застосування оціночних понять у цивільному праві / Ю.П. Пацурківський // Науковий вісник Чернівецького університету: зб. наук. праць. Вип. 628: Правознавство. – Чернівці: ЧНУ, 2012. – С. 81.

⁶ Кораблина О.В. Усмотрение в правоприменительной деятельности : общетеоретический и нравственно-правовой аспекты : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Кораблина Ольга Викторовна; [Место защиты: Сарат. юрид. ин-т МВД РФ]. – Саратов, 2009. – С. 8.

⁷ Лазарев В.В. Применение советского права / В.В. Лазарев. – Казань, 1972. – С. 144.

⁸ Пацурківський Ю.П. Вказана праця. – С. 82.

⁹ Цивільний Кодекс України № 435-IV від 16.01.2003 р. (із змінами) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

¹⁰ Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года № 268-ХІІІ (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21.07.2018 г.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://adilet.zan.kz/rus/docs/K940001000_

¹¹ Волков В.А. Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теории и практики / В.А. Волков. – М. : Волтерс Клувер, 2009. – С. 34.

¹² 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

¹³ 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

¹⁴ Сулейменов М.К. Перспективы внедрения судебного прецедента в правовую систему Казахстана : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.zakon.kz/4888852-perspektivy-vnedreniya-sudebnogo.html>

¹⁵ Там само.

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

Резюме

Гайдулін О.О., Запорожченко А.В. Компаративна інтерпретація понять законодавчого регулювання та правової дискреції: досвід Казахстану та перспективи для України.

У статті розглядаються правова природа понять «правове регулювання» та «розсуд», їх застосування в теорії та практиці. Для більш глибокого з'ясування проблеми здійснено компаративний аналіз інституту розсуду в цивільному праві Республіки Казахстан та України.

Ключові слова: розсуд, дискреційні повноваження, правореалізація, правове регулювання, правовідносини.

Резюме

Гайдулин А.А., Запорожченко А.В. Компаративная интерпретация понятий законодательного регулирования и правовой дискреции: опыт Казахстана и перспективы для Украины.

В статье рассматриваются правовая природа понятий «правовое регулирование» и «усмотрение», их применение в теории и практике. Для более глубокого выяснения проблемы осуществлен компаративный анализ института усмотрения в гражданском праве Республики Казахстан и Украины.

Ключевые слова: усмотрение, дискреционные полномочия, правореализация, правовое регулирование, правоотношения.

Summary

Gaydulyn O., Zaporozhchenko A. Comparative interpretation of terms «legislative regulation» and «legal discretion»: Kazakhstan experience and prospects for Ukraine.

The article considers the legal nature of the terms “legislative regulation” and “legal discretion”, its application in theory and practice. For a better understanding of the problem, the institute of legal discretion in civil laws of Kazakhstan and Ukraine was analyzed.

Key words: discretion, discretionary authority, legal implementation, legal regulation, legal relations.

УДК 340. 1 – 340.13

М.В. ГРИГОРЧУК

Мирослав Васильович Григорчук, кандидат юридичних наук, доцент Університету економіки та права «КРОК»

ЗАГАЛЬНОНАУКОВІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ЗАХИСТУ ЯК УНІВЕРСАЛЬНОГО ІНСТРУМЕНТУ ВІДНОВЛЕННЯ ПОРУШЕНОГО ПРАВА

Широкий спектр наукових поглядів, висловлених щодо основного завдання права, яким є правовий захист, засвідчує подекуди необґрунтоване обмеження функціональних зв'язків між галузями права.

Притримуючись галузевих принципів у підходах до вирішення проблем, пов'язаних із тлумаченням категорії «правовий захист», науковці різних шкіл скеровують свої дослідження у надто вузьке русло наукового пошуку, безпідставно абстрагуючись від основоположних складових, які природно закладені у функціях права.

За таких обставин видається доцільним і теоретично обґрунтованим здійснення подальших наукових досліджень як правової природи категорії «правовий захист», так і підстав, які слугують обґрунтуванням його загальногалузевої затребуваності.

Проблемам, пов'язаним із дослідженням сутності правового захисту, присвятили свій науковий доробок вчені-юристи В.Т. Нор, Н.С. Малєїн, Ю.Ф. Кравченко, Ю.С. Шемшученко, В.К. Мамутов, А.М. Колодій, О.Ф. Скакун, І.А. Балюк, Р.І. Шабанов та інші.

Проте потребують додаткового вивчення питання, пов'язані із теоретико-правовим дослідженням загального значення поняття «правовий захист» як універсального інструменту впливу на всі без винятку правовідносини в суспільстві шляхом реалізації закладеної в ньому природи щодо поновлення порушеного права людини.

Проведений аналіз наукового доробку вітчизняних і зарубіжних правників засвідчує існування низки дискусійних питань, які покладаються в основу розуміння категорії «правовий захист». Найбільш невизначеними і такими, що потребують більш глибокого опрацювання, є проблеми, пов'язані із обранням вихідних позицій до тлумачення цієї категорії, а також превалююче галузеве спрямування відомих наукових теорій.