

Summary

Krychkiivskiy O. M. The object of rivalry at punishment appointment. — Article.

The article provides the main approaches to defining the object of the rivalry. There is a conducted analysis of each of them and provided arguments for refutation of most of them. There is an established position according to which the object of the rivalry in general and during punishment appointment is legal standard.

Keywords: The object of rivalry, legal standard, components of crime, article, legal provision.

УДК 343.241:343.162

А. С. Макаренко

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА СУДДІВСЬКОГО РОЗСУДУ: ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ

Суддівський розсуд при призначенні покарання як міра свободи вибору існує у певних межах, встановлених кримінальним законом. У рамках цих меж суддя вправі призначити покарання на власний розсуд. Нерідко дискреційність норм, їх невизначеність призводить до такого феномену соціальної дійсності, як зловживання правом. Так, одну особу за вчинення певного злочину суддя може засудити до позбавлення волі на строк, наприклад, 5 років, а іншу за такого ж випадку звільнити від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 Кримінального кодексу України (далі — КК України). І в першому, і в другому випадках суддя діє у правових межах. Однак за такої практики застосування кримінального закону виникає дисбаланс у регулюванні суспільних відносин, в однієї особи занадто суворе покарання може викликати відчуття образи, навіть злоби, несправедливості, недовіри у законність і правосуддя. А занадто м'яке покарання спроможне зумовити як у самого злочинця, так і в інших осіб відчуття безкарності. І це відчуття не стримає від вчинення нових злочинів, і не породить поваги до закону, акту правосуддя, іміджу судової складової влади. І, звичайно, не досягне цілі покарання — попередження вчинення нових злочинів.

Узагалі такий інститут як «зловживання правом» донедавна досліджувався вченими-фахівцями з цивільного, цивільного процесуального і частково — кримінального права, і пов'язаний зі зловживанням конкретною приватною особою своїм суб'єктивним правом з метою заподіяння шкоди іншим суб'єктам відносин. Так, окрім аспекти проблеми зловживання правом були об'єктом дослідження таких науковців: М. Агаркова, М. Бару, С. Братуся, С. Вільнянського, О. Волкова, Г. Гаджиева, В. Грибанова, В. Доманжо, Н. Дурново, С. Зайцевої, С. Максименка, Н. Малєїна, О. Малиновського, І. Новицького, В. Рясенцева, Л. Петражицького, І. Покровського, Т. Полянського, М. Самойлова, І. Сеннікова, Г. Смірної, І. Советнікова, О. Сухорукова, В. Тархова, В. Тулякова, К. Тулякової, М. Тулякової, О. Хміль, А. Юдіна та ін. Певні на-

працювання з дослідження зловживання у публічно-правовій сфері зроблені вченими-конституціоналістами (Ф. Веніславський, В. І. Крусс). Зловживання ж правом у кримінально-правовій сфері, зокрема при призначенні суддею покарання за власним розсудом, практично не вивчалось. Певні напрацювання мають у дослідженнях вітчизняних теоретиків права [1, с. 760–765]. А тому метою цього дослідження є розкрити кримінально-правову характеристику суддівського розсуду як зловживання правом з метою надання певних пропозицій до врегулювання такого інституту.

Сучасна наукова доктрина у питаннях зловживання правом характеризується плюралізмом підходів до визначення сутності цього складного явища. Деякі правові дослідники взагалі висловлювались проти існування категорії зловживання правом. Так, М. М. Агарков, спираючись на тезу Планіоля, згідно з якою здійснення права не може бути протиправним, вважає, що ті дії, які називають зловживання правом, насправді здійснені за межами права [2, с. 427]. Отже, поведінка особи має визнаватися протиправною, але не зловживанням, оскільки особа, виходячи за межі наданого їй права, не вважається такою, що здійснює своє право. Така позиція вченого є обґрунтованою, якщо брати до уваги, що зловживання правом він розглядає як реалізацію (здійснення) права поза його межами, а не всупереч його призначенню [3, с. 43].

За визначенням О. В. Волкова, зловживання цивільним правом — це особливий вид цивільного правопорушення, пов'язаного з умисним виходом уповноваженої особи у ситуації правової невизначеності за внутрішні межі (сенса, призначення) суб'єктивного цивільного права (які визначаються у тому числі критеріями розумності і добросовісності) для досягнення своєї незаконної скритої цілі з використанням формалізму і недоліків цивільного права, як-то: абстрактність, вузькість, прогалини, застереження, помилки, протиріччя правових норм і договірних умов і т. п. [4, с. 9]. Тому традиційно проблема зловживання правом розглядалася у рамках цивілістичної науки і пов'язувалася з діями приватних осіб. А отже, передбачалося, що посадова особа не наділена суб'єктивними правами, а тому не може ними зловживати. Однак така позиція є односторонньою і не відображає всієї специфіки правової дійсності. Проблема бачиться, як уявляється, у вузькому трактуванні у першу чергу поняття «суб'єктивних прав». У цьому зв'язку правильно зазначає О. О. Маліновський, що історично склалося так, що проблема сутності зловживання правом складається з двох взаємозалежних частин, які водночас є самостійними. Перша частина проблеми — це зловживання громадянами своїми суб'єктивними правами. Друга частина стосується зловживання владою, тобто тими правами і обов'язками, якими відповідно до чинного законодавства наділені посадові особи для реалізації завдань і функцій держави [5, с. 11]. Носії публічно-владних повноважень, у т. ч. і судді при призначенні покарання, як правило, зловживають не своїми суб'єктивними правами, а закріпленими за ними повноваженнями (сукупністю прав і обов'язків), своєю компетенцією у процесі правозастосування. Розсуд у призначенні міри покарання є нічим іншим, як повноваженням судді, його правом і обов'язком у виборі варіанту рішення у межах закону. Слушно

значає В. Крусс, що «основними» формами зловживання правом слід визнати зловживання правами і свободами людини та — у дзеркальному переломленні публічно-владної компетенції — зловживання повноваженнями, що опосередковують правокористування [6, с. 641]. Зловживати можна практично будь-яким суб'єктивним правом, і вже тим більше владою, коло суб'єктів зловживання є необмеженим [7, с. 19]. Таким чином, під суб'єктивним правом у контексті досліджуваної проблематики необхідно розуміти не тільки різноманітні права і свободи, але і взагалі всі юридичні обов'язки, у т. ч. у вигляді владних прерогатив, які може використовувати уповноважена на те особа. Тобто інститут зловживання права є міждисциплінарним. Тому необхідно встановлювати чіткі критерії розмежування дійсно правомірного використання юридичного інструментарію від зловживання ним. Дана обставина більш чим актуальна по відношенню до такого неоднозначного явища, як суддівський розсуд, адже останній представляє собою певну свободу, якою і можна зловживати.

Поширеною є позиція вчених, які розглядають зловживання в якості різновиду протиправного діяння. На думку А. Ф. Текаєва, зловживання — суть різновиду правопорушення, хоча не кожне правопорушення є зловживанням [8, с. 113]. Не оспорюючи останнього висновку, необхідно відмітити, що зловживання правом, на відміну від правопорушення, передбачає поведінку, яка не порушує правової норми. Зловживання правом «завжди зовні спирається на суб'єктивне право і формально не порушує об'єктивне право» [9, с. 118]. У цьому зв'язку дослідження сутності зловживання у кримінальному праві на аналіз природи поведінки (протиправна, правомірна тощо) актуалізується, адже КК України закріплює особливий вид зловживання правом як протиправний, а саме діяння, передбачене ст. 364 КК, — зловживання владою або службовим становищем. Так, обґрунтованою є позиція О. Ф. Скакун, яка виділяє два види зловживання правом: 1) такий, що не характеризується явною протиправністю. У цьому випадку зловживання правом виражається у соціально шкідливій поведінці уповноваженої особи, яка спирається на належне їй суб'єктивне право; 2) такий, що характеризується явною протиправністю, тобто такий, що належить до розряду правопорушень. У такому разі зловживання правом виражається у виході особи за межі встановленого законом обсягу суб'єктивного права, що спричиняє перекинування призначення права [10, с. 428]. Крізь призму сутнісно-змістовної характеристики суддівського розсуду злочинна (протиправна) поведінка як така (зловживання владою або службовим становищем, інші злочини у сфері суддівського правозастосування — ст.ст. 371, 372, 375 КК тощо) не можуть бути характеристикою суддівського розсуду з огляду на наступне. Суддівський розсуд при призначенні покарання та, взагалі, у кримінальному праві існує тільки у визначених законом межах. Діяльність, яка пов'язана з виходом за ці межі, вже не є реалізацією суддівського розсуду, а є відображенням суддівського свавілля, беззаконності, протиправності (злочину).

Дійсно, будь-яке суб'єктивне право (повноваження) мають свої межі — можливої (розсуд як право) та належної (розсуд як обов'язок) поведінки. У разі виходу за встановлені законом межі неможливий сам термін «зловживання».

А. Є. Наумов правильно зазначає, що причиною відхилення реальної поведінки суб'єктів від приписів норм права часто слугують недоліки норм позитивного права і способів їхнього вираження, які пов'язані з такими властивостями правової норми, як абстрактність змісту і потенційна можливість її різноманітної інтерпретації. Все це безпосередньо відноситься і до зловживання правом, яке характеризується тим, що люди отримують можливість, з однієї сторони, вчиняти у рамках передбаченої нормою права поведінки, а з іншої — вчиняти врозріз із тими цілями, які переслідував законодавець при встановленні даної норми, тобто діяти всупереч призначенню правових норм [11, с. 108]. Однак у разі виходу за межі закону особа (суддя) не реалізує своє право (право на вибір одного з варіантів рішення), а діє взагалі за рамками наданого законом права (повноважень). Хоча слід визнати, що зловживання правом у таких ситуаціях можливе, але воно не може бути пов'язане з тією поведінкою суб'єкта, яка виходить за межі, встановлені законом, не може бути пов'язане із легальним суддівським розсудом. Так, А. Барак відмічає, що розсуду немає там, де вибір полягає між законною можливістю і незаконною можливістю... Існування альтернативи визначається не її здійсненністю, а її законністю [12, с. 15–16]. Також показовою є точка зору Д. Абушенка, на думку якого «основою і суддівського розсуду, і суддівського свавілля є свобода правозастосувача у вчиненні правових дій. Тому у самому загальному вигляді область суддівського свавілля можна позначити тією частиною свободи правозастосувача, яка, по-перше, не охоплюється суддівським розсудом і, по-друге, безпосередньо не впливає зі специфіки правозастосовчої діяльності» [13, с. 20]. Таким чином, характеристика суддівського розсуду крізь призму категорії «зловживання правом» у кримінальному праві України не є протиправною поведінкою, адже при цьому не порушується певна норма закону, а обов'язковою ознакою зловживання правом є формальна правомірність. Однак якщо при призначенні покарання внаслідок реалізації суддею свого права на розсуд порушуються певні приписи закону, то відбувається трансформація суддівського розсуду в суддівське свавілля.

Зловживанню правом властива формальна або квазі-правомірність, оскільки не порушуються спеціальні правові норми. Однак, як пишуть В. Туляков та М. Тулякова, при дослідженні зловживання правом у першу чергу мова йде про патологію права, коли зловживання правом формує своєрідний процес дисфункціональності правових норм, коли усвідомлення «нормальності» процесів зловживання владою серед правослухняного населення підкріплюється сповна усвідомленим стремлінням цього ж населення приймати участь у цих процесах [14, с. 178]. А тому зловживання правом насправді не є правомірною поведінкою, оскільки являє собою соціально шкідливу поведінку, за якої спричиняється шкода охоронюваним законом відносинам, державі, суспільству, винній особі, потерпілій. Стосовно призначення покарання це може проявлятися, наприклад, у нанесенні шкоди засудженому у разі призначення несправедливо суворого покарання, потерпілому у разі призначення занадто м'якого покарання винній особі, невідшкодування збитків, неврахування інтересів потерпілих, третім особам, державі (порушення авторитету правосуддя), суспільству (коруп-

ція тощо). «Зловживання правом являє собою таке здійснення суб'єктивного права, яке спричиняє зло... Соціально допустиме зло правом дозволено, але це не значить, що його спричинення перестає бути зловживанням. Більше того, законодавчо не заборонене спричинення зла і є зловживання правом у чистому виді» [5, с. 34, 18]. Ситуація парадоксальна, але сповна з'ясовна. Можливість вчинення зла за допомогою права детермінована тим, що природа останнього містить необхідний мінімум моральності.

Таким чином, з однієї сторони, зловживання правом властива прихована неправомірність (але у рамках кримінальна права не караність), а з іншої, — формальна правомірність (за якої наноситься шкода іншим суб'єктам). З огляду на зазначене у кримінальному праві при призначенні покарання зловживання правом як характеристика суддівського розсуду виступає як особливий варіант поведінки, який судді можуть вчиняти поряд з правомірною поведінкою або протиправною, якщо суддівський розсуд переростає у свавілля. Тому ми розглядаємо зловживання правом як особливий вид правової поведінки.

Зловживання суддівським розсудом не є правомірною поведінкою, оскільки у результаті такого зловживання порушуються основоположні принципи кримінального права — рівності перед законом, гуманізму, справедливості тощо, які спрямовують суддівську діяльність з призначення покарання на досягнення мети покарання — виправлення, попередження вчинення нових злочинів, а також відновлення соціальної справедливості. Лише свідоме керування такими цілями забезпечить правомірну поведінку судді при використанні розсуду і перешкодить зловживанням останнім.

Кримінально-процесуальним кодексом України закріплений певний механізм недопущення зловживання правом. Це є можливість апеляційного та касаційного оскаржень саме з причини явної несправедливості покарання. Так, відповідно до п.п. 4 і 5 ч. 1 ст. 367, п.п. 2 і 3 ч. 1. ст. 398 КПК одними із підстав для скасування або зміни вироку, ухвали чи постанови є неправильне застосування кримінального закону і невідповідність призначеного покарання тяжкості злочину та особі засудженого. Згідно зі ст. 372 КПК невідповідним ступеню тяжкості та особі засудженого визнається таке покарання, яке хоч і не виходить за межі, встановлені відповідною статтею Кримінального кодексу, але за своїм видом чи розміром є явно несправедливим як внаслідок м'якості, так і суворості. Наведені законодавчі нормативи якнайкраще демонструють, поперше, можливість зловживання у кримінальному праві у межах закону, тобто діяння, яке не порушує спеціальні приписи ст. 364 КК, однак є шкідливим неправомірним явищем. По-друге, важливість справедливості як основоположного принципу і цілі кримінально-правового регулювання, яка обумовлює призначення саме доцільної міри покарання, яка відповідатиме тяжкості вчиненого злочину, особі винного і обставинам, що пом'якшують і обтяжують покарання, і обов'язково враховує інтереси потерпілого. Важливість справедливості як засадничої умови регулювання кримінально-правових відносин підтверджується і судовою практикою. Крім цього, як уявляється, справедливість як центральна ідея кримінального права безпосередньо пов'язана з ідеєю рівності всіх перед

законом і гуманізму як базисних принципів кримінального права. З метою відновлення соціальної справедливості при призначенні покарання, особливо у тих випадках, коли суддя реалізує своє право на розсуд, повинні враховуватися інтереси всіх суб'єктів кримінально-правових відносин (злочинця, держави, потерпілого, третіх осіб). Як зазначає В. О. Туляков, для нашої держави на сучасному етапі формування її віктимологічної політики важливою являється організація віктимологічної ідеології, направленої на переорієнтацію суспільства з проблеми злочинця на проблеми жертв злочинів як на рівні простих громадян, так і співробітників правоохоронних органів [15, с. 258].

Зловживання правом як характеристика суддівського розсуду крізь призму діяльності з призначення покарання у рамках закону може мати своїм результатом скасування вироків. Однак таке зловживання, на відміну від кримінально-караного зловживання владою або службовим становищем (яке не є характеристикою суддівського розсуду), не має наслідком притягнення винного (судді) до кримінальної відповідальності, питання може ставитися про притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, і то не завжди. З іншої сторони, як відзначають деякі вчені, що у відміні незаконного акту мається факт державного примусу, який несе для правозастосувача негативні наслідки, пов'язані з відміною незаконного рішення. У даному випадку факт примусу представлений не просто у вигляді особливої форми, а є правовідною санкцією. Особливістю реалізації санкції скасування або зміни незаконного акту є державна оцінка (осуд) дій по відношенню не тільки до одного суб'єкту кримінального судочинства, а цілого ряду правозастосувачів, які приймають участь у різних стадіях процесу [16, с. 30]. У зв'язку з цим ми приходимо до висновку, що повністю викоренити зловживання правом як прояв суддівського розсуду у вітчизняному кримінальному праві не є можливим. Поки будуть існувати дискреційні повноваження суддів при призначенні покарання, буде існувати і зловживання ним у рамках закону, що призводитиме до правозастосовчих судових помилок. Одних лише організаційних методів з попередження зловживання суддівським розсудом є недостатньо. Тому доцільними є удосконалення і розробка кримінально-правових засобів недопущення зловживання правом. На наше переконання, це повинно відбуватися двома шляхами. Перший — закріплення у КК України як мети покарання відновлення соціальної справедливості. Лише свідоме керування таким принципом і ціллю сприятиме правомірній поведінці суддів при реалізації їхнього права на розсуд та забезпечуватиме недопущення зловживання правом. А отже, необхідно ч. 2 ст. 50 КК України викласти в такій редакції: «ч. 2. Покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами, а також відновлення соціальної справедливості». Другий шлях — в оптимізації суддівського розсуду — знаходженні розумного оптимуму співвідношення формальних і дискреційних засад при введенні певних обмежень (конкретизація кримінального закону, чітка диференціація кримінальної відповідальності, а інколи інтеграція останньої, формалізація правил призначення покарання тощо). У сучасних вітчизняних

традиціях кримінально-правового регулювання можлива лише часткова формалізація призначення покарання. Повна формалізація, а отже, і максимальне звуження повноважень суддів при призначенні покарання, можлива лише після концептуального переосмислення всіх без винятку інститутів кримінального права. Ідея оптимізації суддівського розсуду, на нашу думку, повинна проявитися у наступному:

1) зміна алгоритму конструкції відносно-визначених санкцій шляхом звуження їх меж з прив'язкою до певної категорії злочинів;

2) нормативне удосконалення приписів ч. 1 ст. 65 КК в аспекті більш чіткої регламентації підстав суддівського розсуду;

3) закріплення критеріїв призначення покарання: критеріїв оцінки тяжкості вчиненого злочину, критеріїв оцінки особи винного, критеріїв оцінки особи потерпілого;

4) введення спеціальних правил призначення покарання, у т. ч. правил призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання, правил призначення покарання за наявності обтяжуючих обставин з метою реструктуризації Особливої частини КК у світлі кваліфікованих і особливо кваліфікованих складів злочинів, правил призначення покарання з урахуванням позиції потерпілого тощо.

Таким чином, **суддівський розсуд як зловживання правом** є особливим видом правової поведінки з призначення міри покарання, яка хоча і здійснюється у передбачених кримінальним законом межах, однак суперечить принципам кримінального права, меті покарання, а тому завдає шкоди суб'єктам права, охоронюваним законом відносинам. Кримінально-правова характеристика суддівського розсуду можлива лише через категорії правомірної поведінки і зловживання правом. Протиправна (злочинна) поведінка не є характеристикою суддівського розсуду при призначенні покарання, оскільки останній існує виключно у правових межах, а злочинна поведінка порушує конкретні нормативні приписи і є проявом суддівського свавілля, беззаконності тощо.

Література

1. Рогач О. Я. Зловживання правом як результат розсуду в праві [текст] / О. Я. Рогач // Форум права. — 2010. — № 4. — С. 760–765.
2. Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом [текст] / М. М. Агарков // Известия АН СССР. — 1946. — № 6. — С. 424–436.
3. Рубашенко М. Зловживання правом як загальноправова категорія: допустимість, сутність, кваліфікація [текст] / М. Рубашенко // Юридичний журнал. — 2010. — № 12. — С. 42–51.
4. Волков А. В. Злоупотребление гражданскими правами: проблемы теории и практики: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03 [текст] / Волков А. В. — Москва, 2010. — 53.
5. Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом (Теоретико-правовое исследование) [текст] / А. А. Малиновский. — М.: Юрлитинформ, 2007. — 352 с.
6. Крусс В. И. Теория конституционного правоупотребления [текст] / В. И. Крусс. — М.: Норма, 2007. — 752 с.
7. Малиновский А. А. Злоупотребление правом [текст] / А. А. Малиновский // Общая теория государства и права: Академический курс: В 3 т. Т. 3 / Отв. ред. М. Н. Марченко. — М.: Зерцало-М, 2007. — 518 с.

8. Текаев А. Ф. Злоупотребление правом [текст] / А. Ф. Текаев // Проблемы реализации права: Межвуз. сб. науч. тр. / Отв. ред. А. Ф. Черданцев. — Свердловск, 1990. — С. 113–115.
9. Бару М. И. О ст. 1 Гражданского кодекса [текст] / М. И. Бару // Советское государство и право. — 1958. — № 12. — С. 118–123.
10. Скакун О. Ф. Теория держави і права: Підручник. 2-ге вид. [текст] / О. Ф. Скакун / Пер. з рос. — Харків: Консум, 2005. — 656 с.
11. Наумов А. Е. Злоупотребление правом: юридическая природа явления [текст] / А. Е. Наумов // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. — 2009. — № 6. — С. 102–108.
12. Барак А. Судейское усмотрение [текст] / А. Барак / Пер. с англ. А. Ю. Лисин. — М.: Изд-во НОРМА, 1999. — 246 с.
13. Абушенко Д. Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. — М.: Норма, 2000. — 176 с.
14. Туляков В. О., Тулякова М. А. Динаміка кримінального права: основні закономірності [текст] / В. О. Туляков, М. А. Тулякова // Актуальні проблеми держави і права: Збірник наукових праць. Вип. 25 / Редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; Відп. за вип. Ю. М. Оборотов. — Одеса: Юридична література, 2005. — С. 488–491.
15. Туляков В. А. Виктимология: социальные и криминологические проблемы [текст] / В. А. Туляков. — Одесса: Юридична література, 2000. — 336 с.
16. Францифоров Ю. В. Противоречия в уголовном судопроизводстве, связанные с правоприменительными ошибками [текст] / Ю. Ф. Францифоров // Следователь. — 2005. — 2. — С. 27–32.

Анотація

Макаренко А. С. Кримінально-правова характеристика суддівського розсуду: зловживання правом. — Стаття.

Стаття присвячена кримінально-правовій характеристиці суддівського розсуду як зловживання правом. Аналізується категорія «зловживання правом» у юридичній науці. Доведено, що зловживання правом при призначенні покарання є особливим видом правової поведінки. Зловживання правом як результат реалізації суддівського розсуду не може розглядатися як протиправна поведінка. Запропоновані певні кримінально-правові засоби недопущення зловживання правом.

Ключові слова: суддівський розсуд, зловживання правом.

Аннотация

Макаренко А. С. Уголовно-правовая характеристика судейского усмотрения: злоупотребление правом. — Статья.

Статья посвящена уголовно-правовой характеристике судейского усмотрения как злоупотребления правом. Анализируется категория «злоупотребление правом» в юридической науке. Доказано, что злоупотребление правом при назначении наказания есть особый вид правового поведения. Злоупотребление правом как результат реализации судейского усмотрения не может рассматриваться как противоправное поведение. Предлагаются определенные уголовно-правовые средства недопущения злоупотребления правом.

Ключевые слова: судейское усмотрение, злоупотребление правом.

Summary

Makarenko A. S. The criminally-legal characteristic of the judge's discretion: abusing of law. — Article.

Article is devoted to criminally-legal characteristic of the judge's discretion as abusing of law. The category «abusing of law» is analyzed in jurisprudence. It is proved that abusing of law at sentencing is a special kind of legal behavior. Abusing of law as result of realization of the judicial discretion can't be considered as illegal behavior. Certain criminally-legal means of a non-admission of abusing of law are offered.

Keywords: judge's discretion, abusing of law.