



**КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА
ІНСТИТУТ ПРАВА
КАФЕДРА СЛУЖБОВОГО ТА МЕДИЧНОГО ПРАВА
ВГО «АСОЦІАЦІЯ УКРАЇНСЬКИХ ПРАВНИКІВ»
АДВОКАТСЬКЕ ОБ'ЄДНАННЯ «ОРЕХОВСЬКИЙ І КОЛОМІЄЦЬ»
«АДВОКАТСЬКЕ БЮРО «ЯМЕЛЬСЬКОЇ ХРИСТИНИ»**

**Науково-практична конференція
«ПИТАННЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ
ПОВНОВАЖЕНЬ У
ФУНКЦІОНУВАННІ ОРГАНІВ
ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ»**

(м. Київ 20 травня 2021)

Збірник наукових праць

Київ 2021

Редакційна колегія

- Бугров В.А.** – к.ф.н., проф., ректор Київського національного університету імені Тараса Шевченка;
- Орлюк О.П.** – д.ю.н., проф., дійсний член (академік) Національної академії правових наук України, в.о. директора інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка;
- Берlach А.І.** – д.ю.н., проф., заслужений юрист України, завідувач кафедри службового та медичного права КНУ імені Тараса Шевченка;
- Костицький В.В.** – д.ю.н., проф., дійсний член (академік) Національної академії правових наук України, президент ВГО «Асоціація українських правників»;
- Стецюк П.Б.** – к.ю.н, суддя Конституційного Суду України у відставці;
- Басараб М.М.** – к.п.н., член президії Громадської комісії з розслідування та попередження порушень прав людини в Україні;
- Бисага Ю.М.** – д.ю.н., проф., завідувач кафедри конституційного права та порівняльного правознавства УЖНУ;
- Коломієць В.А.** – адвокат, ВГО «Асоціація українських правників»;
- Ковальчук О.М.** – к.ю.н, доц., доцент кафедри теорії та історії права і держави КНУ імені Тараса Шевченка;
- Марцеляк О.В.** – д.ю.н., проф., заслужений юрист України, завідувач кафедри конституційного права КНУ імені Тараса Шевченка, член правління та співзасновник ВГО «Асоціація українських правників»;
- Марченко М.В.** – к.ю.н., провідний експерт з конституційного та виборчого права ВГО «Асоціація українських правників»;
- Мацелюх І.А.** – д.ю.н., доц., доцент кафедри службового та медичного права КНУ імені Тараса Шевченка;
- Новицька Н.Б.** – д.ю.н., доц., Університет державної фіскальної служби України, ВГО «Асоціація українських правників»;
- Онiщенко Н.М.** – д.ю.н., проф., дійсний член (академік) Національної академії правових наук України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького, перший віце-президент ВГО «Асоціація українських правників»;
- Ореховський М.Л.** – адвокат, ВГО «Асоціація українських правників»;
- Проневич О.С.** – д.ю.н., проф, професор кафедри службового та медичного права КНУ імені Тараса Шевченка;
- Радченко О.І.** – к.ю.н доц., ХНУВС, ВГО «Асоціація українських правників»;
- Радишевська О.Р.** – к.ю.н., доц., доцент кафедри службового та медичного права КНУ імені Тараса Шевченка, суддя КАС у складі Верховного Суду;

Суходольська А.А. – к.ю.н, провідний юрист навчально-наукового центру медичного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, виконавчий секретар ВГО «Асоціація українських правників»;
Шамрай В.В. – д.ю.н., доц., доцент кафедри конституційного права КНУ імені Тараса Шевченка;
Ямельська Х.Ю. – адвокат, ВГО «Асоціація українських правників».

Упорядники збірки наукових праць конференції:

Костицький В.В. – д.ю.н., проф., дійсний член (академік) Національної академії правових наук України, президент ВГО «Асоціація українських правників»;
Берлач А.І. – д.ю.н., проф., заслужений юрист України, завідувач кафедри службового та медичного права КНУ імені Тараса Шевченка;
Марченко М.В. – к.ю.н., провідний експерт з конституційного та виборчого права ВГО «Асоціація українських правників».

Рецензент – Магновський Ігор Йозофович – доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри теорії та філософії права Одеського державного університету внутрішніх справ.

Питання дискриційних повноважень у функціонуванні органів публічної влади: матеріали науково-практичної конференції (м. Київ, 20 травня 2021 р.) / Київський національний університет імені Тараса Шевченка, ВГО «Асоціація українських правників». Київ: «Видавництво Людмила», 2021. 281 с.

ЗМІСТ

ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ ПІДХОДИ ДО ОСМИСЛЕННЯ ПРАВОЇ ПРИРОДИ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ТА СПІВВІДНОШЕННЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ З ЗАХИСТОМ ФУНДАМЕНТАЛЬНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ..... 10

Костицький Василь

Обмеження влади та розширення дискреційних поважень як дві тенденції у розвитку сучасної держави..... 10

Оніщенко Наталія

Дискреційні повноваження :дії та бездіяльність(контекст прав людини)..... 15

Мацелюх Іванна

Запровадження дискреційних повноважень в управлінні католицької церкви..... 19

Марченко Микола

Аксіологічні засади дискреційних повноважень глави української держави в контексті захисту фундаментальних прав людини. 22

Ямельська Христина

Вплив дискреційних повноважень носіїв публічної влади на допущення катувань або нелюдського поводження всупереч стандартам Ради Європи..... 26

Сидій Ольга

Дискреційні повноваження Міністерства Юстиції України в контексті заборони діяльності проросійських політичних партій з метою захисту фундаментальних прав людини 29

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ В КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ..... 32

Берч Вероніка, Бисага Юрій

Дискреція суду присяжних: досвід Гонконгу..... 32

Савчин Михайло

Дискреція у діяльності органів місцевого самоврядування: Чому модель атакує юридичну визначеність?..... 37

Сердюк Наталія

Правова природа дискреційних повноважень Суддів в Україні.... 43

Шамрай В'ячеслав

Державне фінансування політичних партій як Запорука їх успіху та влади 48

Юлія Кернякевич-Танасійчук	
Дискреція при зміні умов тримання засуджених до позбавлення волі в межах однієї колонії.....	51
Ковальчук Олександр	
Деякі аспекти дискреції судді-доповідача в конституційному провадженні	54
Радченко Олександр	
Розширення дискреційних повноважень президента України щодо припинення громадянства	56
Ноняк Михайло	
Дискреційні повноваження публічної влади у контексті ефективного врядування та конституційних принципів	60
Шаповал Валерій	
Поняття дискреційних повноважень у організації діяльності національної поліції	62
Шаповал Наталія	
Дискреційні повноваження органів місцевого самоврядування в умовах сучасної муніципальної реформи	65
Голубов Артем	
Роль Конституції України в забезпеченні прав, свобод людини в кримінальному судочинстві	69
Михайло Пластун	
Соціальний рейтинг громадян: етатиський зашмарк чи шанс на нові взаємини людини та публічної влади?	73
Ольга Дженжебір	
Дискреційні аспекти набуття права власності на землю громадянами України	77
Olha Andriiv	
Verfassungsrechtliche Grundlagen von den Befugnissen des Bundespräsidenten Deutschlands.....	81
Коломієць Віталій	
До питання визначення конституційно-правового статусу міністерства внутрішніх справ та звуження кола дискреційних повноважень Міністра Внутрішніх справ України	85
Ореховський Микола	
Аксіологічні засади захисту конституційного ладу та дискреційні повноваження органів публічної влади	87

<i>Вигівська Анна</i>	
Дискреційні повноваження розпорядника виборчого фонду щодо кандидата на пост Президент України	88
<i>Матат Андрій</i>	
Конституційні принципи як обмеження дискреційних повноважень органів публічної влади.....	92
<i>Исламова Анна</i>	
Дискреційні повноваження органів публічної влади щодо благодійництва	95
<i>Сидорчук Кирило</i>	
Правосуддя перехідного періоду: політико-правові детермінанти	97
<i>Пархоменко Сергій</i>	
Дискреційні повноваження глави української держави щодо інтеграції в НАТО	99
<i>Бокоч Марина</i>	
Окремі аспекти співвідношення юридичної сили конституції та міжнародних договорів	101
<i>Дармін М.О.</i>	
Конституційно-правове регулювання виконання рішень Міжнародного кримінального суду в зарубіжних країнах	105
<i>Тіхонова Ольга</i>	
Участь України у міжнародних громадських організаціях	106
ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ В СЛУЖБОВОМУ ПРАВІ.....	111
<i>Берлач Анатолій</i>	
Дискреційні повноваження суб'єктів призначення у сфері матеріальної відповідальності державних службовців в Україні ...	111
<i>Тетерук Андрій</i>	
Державна служба в Україні: інституційні засади європеїзації	116
<i>Проневич Олексій</i>	
Дискреційні повноваження суб'єктів публічної адміністрації: догматико-правовий вимір	118
<i>Приймаченко Дмитро, Вікторія Омелян</i>	
Судова практика застосування дискреційних повноважень публічною адміністрацією.....	125

Муза Олег

Реалізація дискреційних повноважень адміністративними органами у сфері адміністративних процедур в Україні: законотворчі новації..... 128

Шлоєр Бернгард Петер

Звуження розсуду публічної адміністрації при здійсненні втручання в фундаментальні права та свободи людини 133

Сушик Ольга

Дискреційні повноваження органів публічної влади у сфері екологічної оцінки довкілля: теоретико-правові аспекти 137

Мельник Алла

Дискреційні повноваження: філософсько-правовий аспект..... 143

Єфіменко Владислав

Співвідношення принципу субсидіарності з дискреційними повноваженнями посадових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування 145

Лісніченко Андрій

Питання дискреційних повноважень міських рад щодо організації управління районами в місті у контексті адміністративно-правового статусу територіальних громад..... 149

Бабич Яна

Дискреційні повноваження органів місцевого самоврядування щодо встановлення карантинних заходів 153

Продан Алла

Зміст та особливості дискреційних повноважень посадових осіб Національного агентства з питань запобігання корупції..... 157

Бабич Анна

Оприлюднення проєктів рішень органами місцевого самоврядування:практичний аспект..... 160

Шевчук Уляна

Підходи до класифікації видів публічної служби в Україні 165

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ

В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРАВІ..... 170

Смокович Михайло

Дискреційні повноваження органів суддівського самоврядування 170

Бевзенко Володимир	
Сутність процесуального розсуду	173
Коломоєць Тетяна	
Оціночні поняття, їх роль і значення у реалізації дискреційних повноважень органів публічної адміністрації України (нормотворчий та правозастосовчий аспекти)	180
Губська Олена	
Дискреційні повноваження суб'єктів владних повноважень та повноваження суду під час застосування норм КАСУ	184
Драган Олена	
Механізм формування дискреційних повноважень прокурора ...	190
Ярмакі Христофор	
Дискреційні повноваження як елемент публічного адміністрування.....	195
Кузьменко Оксана	
Дискреційні повноваження в публічному адмініструванні: демократія права чи свавілля?.....	199
Дмитренко Емілія	
Особливості реалізації дискреційних повноважень органів, які здійснюють публічну фінансову діяльність	203
Пожидаєва Марія	
Межі допустимості дискреції уповноваженнях Національного банку України щодо регулювання розрахунків.....	206
Новицька Наталія, Новицький Андрій	
Дискреція межі дозволеного чи зловживання дозволенним	210
Кармаліта Марія	
Законні інтереси платників податків та межі гнучкості (дискреційності) суб'єктів владних повноважень: щодо балансу приватного та публічного інтересу в оподаткуванні	213
Фуке Наталія	
Визначення видів спеціалізованих банків як дискреційне повноваження Національного банку України	217
Мироненко Ігор	
Межі дискреційних повноважень органів публічної влади у сфері земельних сусідських відносин	222
Заєць Олена	
Дискреційні повноваження та захист земельних прав.....	226

Паламарчук Іван	
Щодо забезпечення публічного правонаступництва	232
Кривенко Олександр	
Питання дискреційних повноважень органів військового управління	236
Охотнікова Олена, Корпачова Світлана	
Дискреційні повноваження органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері забезпечення права власності на землю громад	240
Федчук Світлана	
Дискреційні повноваження контролюючих органів при доведенні вини платника податків	244
Уложенко Вадим	
Дискреція у повноваженнях Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти	249
Мосякін Ігор	
Дискреція органів ДПС України при оцінці правомірності використання платниками податків переваг за угодами про уникнення подвійного оподаткування	254
Дишлева Ольга	
Ігнорування імперативних норм як підстава втручання адміністративного суду у розсуд органів владних повноважень	259
Сахній Аліна, Кривенко Олександр	
Дискреційні повноваження та гендерна складова щодо забезпечення прав військовослужбовців-жінок	261
Середа Максим, Доброс Анастасія	
Проблеми використання дистанційних повноважень ВРП під час розгляду заяв про втручання у здійснення правосуддя	266
Марина Сусак	
Види рішень адміністративного суду першої інстанції ухвалених на підставі процесуального розсуду	271
ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ В МЕДИЧНОМУ ПРАВІ	276
Кокошко Мирослава	
Окремі суб'єкти адміністративно правового регулювання у сфері охорони здоров'я, межі дискреції	276

ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ ПІДХОДИ ДО ОСМИСЛЕННЯ ПРАВОЇ ПРИРОДИ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ТА СПІВІВІДНОШЕННЯ ДИСКРЕПЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ З ЗАХИСТОМ ФУНДАМЕНТАЛЬНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ

*Костицький Василь,
доктор юридичних наук, професор,
дійсний член (академік) Національної академії
правових наук України, Президент Асоціації
українських правників*

ОБМЕЖЕННЯ ВЛАДИ ТА РОЗШИРЕННЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВАЖЕНЬ ЯК ДВІ ТЕНДЕНЦІЇ У РОЗВИТКУ СУЧАСНОЇ ДЕРЖАВИ

Питання про місце і роль держави у житті сучасного громадянського суспільства у сучасних умовах, здатність держави відповісти на глобальні виклики з використанням теоретико-правової науки та соціології права в рамках теолого-соціологічного розуміння права не перестає бути надмірно актуальним. Важливим тут є пошук оптимальної моделі організації та здійснення влади [1;2;3]. Як такий він спирається, передусім, на науково-теоретичне тлумачення правової сутності сучасної держави, її соціального призначення та відповідних їй правовій природі функцій. Адже, як слушно зазначається в юридичній літературі, «функціонування сучасної держави – одне з найбільш принципових та масштабних питань, що входить не лише до сфери державознавства, але й загальнотеоретичної юриспруденції у цілому»[4]. Водночас дослідження правових основ розвитку сучасної держави, «а також пов'язаних з цим правових принципів організації і функціонування даного типу держави є перспективним напрямом теоретично-правових досліджень, які мають важливе значення як для вітчизняної юридичної науки – зокрема науки теорії держави та права, так і для процесу наукового за-

безпечення триваючих в Україні державотворчих і правотворчих процесів»[5].

Варто також зазначити, що науковий концепт сучасної держави, або ж держави сучасного типу, натепер є доволі усталеним у державознавстві та теоретико-правовій науці. Він розглядається як у порівняльно-правовому аспекті, так і в багатоманітності його конкретних (залежно від країн) специфікацій. При цьому особливо евристично продуктивними та перспективними нині видаються ті концепції, які пропонують розглядати модель сучасної держави (або ж держави сучасного типу) у контексті доктрин правової держави, національної держави, ефективної держави, електронної держави (електронного урядування), суспільного розвитку постіндустріального (інформаційного, постмодерного) типу та різноманітних концепцій глобалізації (глобалізму та антиглобалізму)[11;12].

Цілком очевидно, що всі ці інтерпретації та концепції не можуть бути зведені до якогось одного узагальненого образу сучасної держави, а швидше є своєрідним науковим відображенням окремих елементів тієї нестійкої мозаїки, яка складається, своєю чергою, з украй складних, мінливих та швидкоплинних структурних і функціональних змін, що відбуваються у природі сучасної держави, істотно модифікуючи її. До того ж певні тенденції розвитку сучасної (а не лише транзитивної[6], зокрема і постсоціалістичної[7]) держави мають здебільшого незавершений характер, що не дає змогу застосовувати щодо них однозначні й одновимірні наукові кваліфікації та оцінки. Адже швидкість змін у сучасній державі є настільки високою, що «інтервал структурної стабільності став коротшим за тривалість життя одного покоління»[8].

У цьому контексті, зокрема, до ознак сучасної держави різні вчені, зазвичай, зараховують здебільшого ті, які відповідають певним якісним критеріям, насамперед, сучасним уявленням про ключові й необхідні політико-правові виміри та грані існування держави як публічно-правової організації влади сучасного суспільства. До таких ознак-характеристик, належить, зокрема, обстоювання державою загальнолюдських цінностей, але одночасно з визнанням та утвердженням пріоритету прав людини в дія-

льності держави[9].

Дещо ширший – функціональний – погляд на проблему пропонує С.В. Джолос, котрий вважає, що «сучасна держава – це така держава, яка якнайкраще вписується у свою епоху, тобто максимально ефективно спроможна функціонувати за певних конкретно-історичних обставин, чим і визначається її «сучасність» – відповідність вимогам часу, епохи»; при цьому, враховуючи, що найбільш усезагальним явищем сьогодення є глобалізація, дослідники пропонують вважати сучасними саме ті держави, які спроможні ефективно діяти в умовах глобалізації[10; 11;12].

У цьому контексті важливим залишається питання про дискреційні повноваження органів державної влади і місцевого самоврядування, поняття яких знаходимо у Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи № R (80)2: під дискреційними повноваженнями слід розуміти повноваження, які адміністративний орган, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду, тобто, коли такий орган може обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за даних обставин. Отже, дискреційні повноваження – це можливість діяти за власним розсудом, в межах закону, можливість застосувати норми закону та вчинити конкретні дії (або дію) серед інших, кожна з яких окремо є відносно правильними (законними).

Видається, що визнання дискреційних повноважень та їх здійснення органами державної влади і місцевого самоврядування, з одного боку, може бути обумовлене сьогоднішніми викликами, у тому числі і глобальними (проблеми захисту клімату, масових транскордонних переміщень мешканців Близького Сходу, Азії та Африки у Європу, а Латинської Америки – у США, проблеми подолання світових пандемій, необхідністю посилення влади з позицій соціоцентризму), а з другого боку, розширення дискреційних повноважень руйнує ліберальні устрої сучасної держави, посягає на один із найважливіших принципів облаштування ліберальної держави, який отримав конституційне закріплення у багатьох державах, у тому числі і в Україні. Нагадаємо, що за статтею 19 Конституції України органи державної влади і

місцевого самоврядування, їх посадові особи вправі дії, які передбачені законом, а людина маючи право на свободу дій, може поступати у спосіб і у межах, які не заборонені законом.

За такого погляду продуктивним, зокрема, видається розуміння сучасної держави як держави, здатної і спрямованої до свого самозбереження і посилення, стійкості й обстоювання своїх прав перед актуальними і потенційно небезпечними для самозбереження цивілізації викликами релігійного фундаменталізму, тероризму, фінансових криз, дефіциту природних ресурсів, змін клімату тощо[13]. Водночас сучасній державі майже щоденно доводиться вирішувати рівняння з багатьма невідомими, а тому одним із найважливіших завдань сучасної держави залишається оптимальне поєднання своїх завдань і функцій у рамках конституційно визначеного коридору, де влада і її представники можуть чинити тільки все те, що обумовлено законом. Тоді ми будемо застраховані від того, що під дахом дискреційних повноважень можуть допускатися сваволя і зловживання представників влади, яких і так зараз не бракує.

Тому на порядку денному тепер потреба утвердження у загальносвітовому вимірі моделі соціальної правової держави, здатної стати адекватною відповіддю на запит соціуму щодо ефективного суспільного регулювання в умовах як одну із найважливіших ознак сучасності держави, регулювання, основою якого є пріоритет людини та безпека і добробут народу.

Така постановка питання передбачає як зміцнення і посилення державного механізму, розширення правових основ його функціонування, так і вдосконалення механізму обмеження держави правом[14].

Використана література:

1. Костицький В.В. Влада народу: сім функціональних гілок влади (проблема ренесансу в теорії права) / В.В. Костицький // Малий і середній бізнес. – 2010. – № 1-2. – С. 4-15.

2. Костицький В.В. Глобальне громадянське суспільство як нова форма життя сучасної цивілізації / В. Костицький // Матеріали міжнародного круглого столу «Інформаційно-психологічна безпека людини, суспільства, держави: стан, проблеми та шляхи їх розв'язання» (Київ, 27-28 вересня 2010 р.). – К.: Легко Інк, 2010. – С.14-26.

3. Костицький Василь. Багатолике право. Теолого-соціологічне розу-

міння права та проблеми конституційного закріплення теорії розподілу влади / В. Костицький // Юридичний вісник України. – 2011. – 10-16 вересня (№ 36). – С. 6; Юридичний вісник України. – 2011. – 17-23 вересня (№ 37). – С. 6.

4. Коломоєць О.В. Функції держави у сучасному державознавстві: теоретичні проблеми / О.В. Коломоєць // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: «Юриспруденція». – 2013. – № 5. – С. 44.

5. Цесар І.А. Правові основи розвитку сучасної демократичної держави: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / І.А. Цесар. – К., 2012. – С. 176.

6. Матвєєва Л.Г. Транзитивність у правовій сфері: загальнотеоретичне дослідження: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Л.Г. Матвєєва. – Одеса, 2016. – С. 148.

7. Фетисова В.А. Правовое регулирование экономики постсоциалистических государств в условиях мирового экономического кризиса: моногр. / В.А. Фетисова. – М.: Юриспруденция, 2010. – С. 15-25.

8. Афанасьєва О.В. «Открытое государство» в понятийной системе обществознания / О.В. Афанасьєва // Вопросы государственного и муниципального управления. – 2014. – № 1. – С. 173.

9. Креативність загальнотеоретичної юриспруденції: моногр. / [Ю.М. Оборотов, В.В. Завальнюк, В.В. Дудченко та ін.]; за ред. Ю.М. Оборотова. – Одеса: Фенікс, 2015. – С. 16-41.

10. Джолос С. Етатистська держава як вид сучасної держави / С. Джолос // Право України. – 2010. – № 6. – С. 190.

11. Костицький В.В. Глобальне громадянське суспільство як нова форма життя сучасної цивілізації / В.В. Костицький // Матеріали міжнародного круглого столу «Інформаційно-психологічна безпека людини, суспільства, держави: стан, проблеми та шляхи їх розв'язання» (Київ, 27-28 вересня 2010 р.). – К.: Легко Інк, 2010. – С. 14-26;

12. Костицький В.В. Партнерство правової держави і суспільства в умовах глобалізації / В.В. Костицький // Соціологія права. – 2011. – № 1. – С. 19-23.

13. Депенхойер О. Функции конституции / О. Депенхойер // Сравнительное конституционное обозрение. – 2016. – №1(110). – С. 70-73.

14. Костицький В.В., Кобан О.Г. Обмеження правом законодавчої та судової влади: монографія / В.В. Костицький, О.Г. Кобан. – К.: «Видавничий дім «АртЕк», 2017. – 228с.

*Наталія Оніщенко,
доктор юридичних наук, професор,
Заслужений юрист України,
академік НАПрН України,
завідувачка відділу теорії держави і права
Інституту держави і права
імені В. М. Корецького НАН України*

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ТА ГІДНІСТЬ ЛЮДИНИ: ФОРМАТ СУЧАСНОГО РОЗГЛЯДУ

Гідність людини – проблема, яка завжди була, є і залишиться в майбутньому як одна з першоосновних не тільки для юридичних досліджень (як така, що має величезне значення в міждисциплінарних наукових пошуках, крос-секторальних розглядах), а саме головне – як вимір якості життя людини.

На нашу думку, величезного значення саме в юридичній доктрині набуває сьогодні розуміння того, що гідність людини можна розглядати під багатьма кутами зору, в різних площинах та вимірах, з різних позицій, окреслених сьогодні.

Так, гідність, безумовно якість і благо, надане людині від її народження, як залежить від усвідомлення себе як суб'єкта оточуючого світу. Ця категорія у вказаному контексті не є константою, або раз і назавжди заданою.

Гідність людини може і повинна вимірюватися здатністю, спроможністю держави, забезпечувати та захищати її права, свободи та законні інтереси. В такому розумінні – це множина, формат, обсяг реально забезпечених можливостей або, можна вважати, що це певний «арифметичний показник» досягнутого рівня життя людини (відображеного в законодавстві) і запрограмованих етапів його покращення. Врешті-решт, гідність людини – це ідеальна модель, яку в суспільному житті виборює громадянське суспільство, зазначаючи певні програмні орієнтири задля влади і держави.

Крім того, категорія «гідність» може розглядатися і під іншими зрізами та координатами вивчення: професійна гідність (наприклад, гідність судді, правоохоронця, журналіста тощо); гідність, що пов'язана з певною віковою ознакою (наприклад гід-

ність людини похилого віку); гідність, як вияв певних досягнень (наприклад, спортивна). У зв'язку з цим, на наш погляд, вивчати явище гідності сьогодні (як вимагає цього саме життя) слід більш диференційовано.

Цікавим ракурсом, ілюстрацією вищенаведеного вважаємо сьогодні аналіз дискреційних повноважень, які здебільшого визначаються як необхідність діяти суб'єкту владних повноважень в певних умовах на власний розсуд в межах закону. До цього контексту додають, що це може бути комплекс повноважень на міждержавному або регіональному рівні тощо, а також деякі дослідники вважають, що дискреційні повноваження – це можливість суб'єкта владних повноважень діяти на власний розсуд, обираючи будь який правомірний варіант дій. Отже, якщо об'єднати або згрупувати дефініції, що існують у вітчизняному правовому полі, то можна навести певні ознаки саме дискреційних повноважень: 1) належить суб'єктам владних повноважень; 2) дають можливість діяти на власний розсуд в межах закону; 3) діяти в певних умовах, зокрема, в екстремальних, або надзвичайних.

Крім того, додають що дискреційні повноваження повинні бути «мірилом справедливості» відповідно до принципу верховенства права.

Враховуючи вищенаведене, звернувшись знову до словникового вжитку, зазначимо, що повноваження як такі – це право, надане кому-небудь для здійснення чогось [1, с. 1000]. Втім, вважаємо за необхідне все ж наголосити, що дискреційні повноваження повинні охоплювати як права щодо відповідних дій на власний розсуд в межах закону, так і обов'язки саме діяти (ні і якому разі не може бути наявна бездіяльність), коли цього вимагають певні (зазначені) умови. При чому відповідні права повинні підкріплюватися відповідними обов'язками.

Декілька слів про це детальніше. Сьогодні зростає соціальна спрямованість правової системи як засобу формування і реалізації інтересів суб'єктів шляхом закріплення певних цілей, норм, правил поведінки. Особливого значення при цьому набуває забезпечення оптимального поєднання соціального і правового принципів розвитку суспільства. Ця задача достатньо складна:

правовий і соціальні принципи покликані забезпечити благо індивіда. Сьогодні це першочергово насамперед у контексті соціальних прав: підтримання оптимального співвідношення між прибутками працездатної частини суспільства та непрацездатними громадянами; надання субсидій, відповідних пільг, скорочення та обмеження масштабів зубожіння; стримування безробіття, і як перспектива забезпечення достатнього життєвого рівня. І це щодо «штатного» перебігу подій. Втім, сьогодні це ще і такі загальносоціальні завдання, як гарантування національної безпеки, ліквідація наслідків пандемії, екологічних катастроф, реалізація соціальних програм, які відображатимуть позиції «все необхідне враховано», «підтримання реабілітаційних заходів».

Надзвичайно важливо в цих умовах, який «зріз» соціальних прав належить сьогодні забезпечувати правовій системі, гарантувати державі та відстоювати судовій системі: ті, що будуть вибудовуватися тепер десятиліттями по залишковому принципу чи, дійсно ті, що допоможуть в сучасних українських реаліях жити не тільки «хлібом єдиним», а й мати достатні умови для самореалізації особи, захисту її честі та гідності. Так, у європейських державах в умовах сьогодення право на достатній життєвий рівень є одним з найголовніших соціальних прав особи. Незважаючи на те, що кожна людина повинна особисто дбати про свій добробут, їй, однак, мають бути створені умови для того, щоб вона мала можливість забезпечити собі мінімальний життєвий рівень. Особливо, коли йдеться про людину похилого віку, інваліда.

Це обов'язок соціальної держави, згідно з яким держава визнає право кожного на достатній життєвий рівень для нього самого та його родини. Слід зазначити, що поняття, дефініція «достатній життєвий рівень» не визначено у науковому обігу. Тому воно є оцінювальним: тобто кожна людина сама для себе визначає рівень, який відповідає її уявленням про достатній рівень життя.

Отже, певна невизначеність існує в положеннях міжнародних документів, у яких йдеться про «достатній життєвий рівень». Справа ж держави визначити і встановити мінімальні стандарти, нижче яких життєвий рівень громадян знижуватися не може.

Звичайно, забезпечення достатнього рівня життєвого рівня становить складну проблему навіть для заможних держав. Використовуючи право на працю, людина повинна отримувати необхідні їй кошти, щоб існувати. Забезпечити їй відповідні для цього умови – завдання внутрішнього законодавства кожної держави.

У зазначеному контексті слід звернути увагу на той факт, що питання охорони здоров'я в Європі є проблемою архіважливою, як у всьому світі, особливо в умовах сьогодення. Нормативно це зафіксована в ст. 35 Хартії Європейського Союзу про основні права 2000 року. Саме реалізація права на охорону здоров'я найбільше відображає неадекватність правової системи України, і не тільки, щодо принципів соціальної, правової держави.

Соціальне призначення сучасної держави полягає в її різнобічній, широкій діяльності . спрямованій на вирішення завдань, що впливають з необхідності нормального, принаймні, безконфліктного існування суспільства.

Не викликає заперечень той факт, що в державі є постійними міри, що відповідають інтересам всього суспільства, всіх соціальних груп, всіх прошарків.

Сучасна держава – соціальний арбітр, орган вирішення загальних справ, організатор багатьох важливих заходів, без здійснення яких не може нормально функціонувати сучасне суспільство. Крім того, на наш погляд, слід розмежовувати саме державу та сукупність олігархічних кланів (нажаль, ці поняття часто отожднюються).

Становлення правової державності передбачає генезис особливих правових відносин між громадянином і державою, між органами державної влади, а також оновлену взаємодію, між суспільством та політичними силами.

Особливу увагу в цьому контексті слід приділити інституту відповідальності держави перед громадянським суспільством і особою, як одній з основних гарантій прав і свобод людини, а це означає як контроль за реалізацією дискреційних повноважень в чіткій відповідності до закону, так саме їх сутнісне наповнення щодо гарантування гідності людини.

Отже, розмірковуючи про гідність людини у фокусі дискреційних повноважень, хотілося б зазначити наступне: 1) це здат-

ність забезпечити права, спроможність щодо захисту людської гідності, створення державних, насамперед правових гарантій для запобігання пандемія, стихійним лихам. Техногенним катастрофам для негайної ліквідації їх наслідків допомога потерпілому населенню; 2) створення доступних для широких прошарків населення систем освіти, охорони здоров'я, пенсійного забезпечення, вирішення інших, соціальних питань, з урахуванням питання безпеки громадян, певних соціумів, груп населення, кожної пересічної людини; 3) запобігання та протидія дискримінаційним проявам в усіх сферах життєдіяльності людини (забезпечення права «на краще життя»); 4) наукове прогнозування розвитку права, законодавства щодо прогностики «безпекового» рівня життя.

Список використаних джерел:

Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун». 1728 с.

Мацелюх Іванна

д.ю.н., доцент кафедри службового та медичного права

Інституту права

Київського національного університету

імені Тараса Шевченка

ЗАПРОВАДЖЕННЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ В УПРАВЛІННІ КАТОЛИЦЬКОЇ ЦЕРКВИ

Геополітичні зміни на початку ХХ ст. мали масштабний характер. Завершення Другої Світової війни особливо гостро поставило соціальне питання. Відповіді на злободенні проблеми намагалася відшукати і католицька церква, яка за своєю природою покликана забезпечувати потреби людини.

Так, 1961 р. світ побачила Енцикліка Папи Іоанна ХХІІІ (Християнство і соціальний прогрес). У ній очільник Святого Престолу закликав політичну владу, яка володіє значними ресу-

рсами, змінюватися у руслі надання автономії різним соціальним групам, інституціям, які висловлюють різноманітні соціальні ініціативи, заради ефективної співпраці між собою для досягнення загального блага [1]. Доцільність змін Папа вбачав і в середовищі католицької церкви. Він проголосив курс на її оновлення, розумну реорганізацію, щоб тим самим продемонструвати «розуміння розвитку світу і не бути осторонь цього процесу» [2]. З цією метою була розпочата підготовка до II Ватиканського Собору (XXI Вселенський Собор Католицької Церкви), який відкрився у 1962 р. та тривав до 1965 р. В результаті роботи Собору було ухвалено низку важливих документів – 4 конституції, 9 декретів та 3 декларації, які зафіксували новий підхід до внутрішньо-церковної організації управління [2].

Реформаторські зміни дозволили церковним ієрархам Риму, окремим діоцезам та католицьким церквам діяти в межах дискреційних повноважень. Така децентралізація вважалася необхідним інструментом для збереження особливих традицій окремих народностей, при цьому пріоритетним залишалось визнання верховенства Святого Престолу. Як результат, помісні католицькі церкви отримали право здійснювати богослужіння не лише латинською, а й національними мовами. Так відбулося поєднання засад релігійної єдності і національного розмаїття.

Таким чином, рішення II Ватиканського собору мають не лише богословське, теологічне, історико-культурне, а і юридичне значення. Закріплення в нормах канонічного права можливості помісним церквам, окремим діоцезам послуговуватися дискреційними повноваженнями, надало їм можливість діяти в межах канонічного права з урахуванням місцевих особливостей, заклало початок помірної децентралізації, яка своєю силою не порушила засади верховенства Святого Престолу.

Зміни в Католицькій церкві, започатковані II Ватиканським Собором, покликали за собою доцільність ухвалення нової редакції Кодексу Канонічного права, який був ухвалений 1983 році та до нині є чинним [3]. У документі було переглянуто розподіл повноважень між папською курією та єпископами. Останні отримали більше повноважень в питаннях місцевого управління, в тому числі діяти на власний розсуд в межах своєї компетенції,

якщо такі дії не суперечать загальним засадам канонічного права, тобто набули дискреційних повноважень.

Проблеми розподілу компетенцій між Святим Престолом та помісними церквами заторкувалися і в інших документах. Йдеться про Енцикліку «Centesimus Annus» 1991 р. Папи Іоанна Павлома II [4] та Енцикліку «Caritas In Veritate» (Про інтегральний людський розвиток у любові та правді) від 29 червня 2009 р. Папи Римського Бенедикта XVI [5]. Появу останньої покликав поступальний рух науки і техніки, еволюційний розвиток усіх елементів продуктивних сил суспільного виробництва та потреба висвітлення офіційної позиції церкви щодо цих процесів. Зрима актуальність документа спричинила його опублікування на португальській, іспанській, польській, німецькій, французькій, англійській та італійській мовах. Головна проблема, яка порушувалася в Енцикліці, – це глобальний розвиток суспільства та технологічний прогрес, які мають не руйнувати, а сприяти досягненню загального блага. На думку понтифіка, побудувати останнє в сучасних умовах можливо лише застосувавши в механізмі державного управління багаторівневу субсидіарність, а також надати можливість помісним церквам діяти, використовуючи дискреційні повноваження. Саме такий підхід зможе забезпечити людство від небезпеки встановлення світової тиранії [5].

Таким чином, ідеї дискреційних повноважень вперше виникли в середовищі католицької церкви у ХХ ст. та, зрештою, отримала офіційне оформлення в рішеннях II Ватиканського собору та Кодексі канонічного права 1983 р. Останній регламентував особливості розподілу повноважень між діоцезами та Святим Престолом, папською курією та єпископами. Як результат, відбулися процеси децентралізації, що сприятливо вплинули на розвиток національних католицьких церков.

Список використаних джерел:

1. John XXIII. Mater et Magistra. Libreria Editrice Vaticana http://www.vatican.va/content/john-xxiii/en/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html

2. Документи Другого Ватиканського Собору (1962-1965): Конституції, декрети, декларації. Коментарі / перекл. з лат. / Український католицький університет. – Львів : Свічадо, 2014. – 608 с.

3. Кодекс канонического права/ М.: Институт философии, теологии и истории св. Фомы, 2007. 624 с.

4. Иван-Павло II. Centesimus Annus (1991). Інституту Релігії та Суспільства. <http://irs.ucu.edu.ua/dzherela/sotsialni-entsikliki/ivan-pavlo-ii-centesimus-annus-1991/>

5. Бенедикт XVI (29.06.2009). Caritas in Veritate. Libreria Editrice Vaticana. http://www.vatican.va/content/benedictxvi/ru/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html

Марченко Микола

Кандидат юридичних наук

*Провідний експерт з конституційного та виборчого права
ВГО “Асоціації Українських правників”*

АКСІОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ГЛАВИ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ В КОНТЕКСТІ ЗАХИСТУ ФУНДАМЕНТАЛЬНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ

Президент України перебуваючи поза межами класичного 3-членового поділу влади на законодавчу, виконавчу та судову гілки – наділений Конституцією України рядом дуже особливих повноважень, що дозволять йому здійснювати значний вплив на правову та політичну системи України. Велике значення має аксіологічна визначеність конституційно-правового статусу інституту Президента України згідно ч.1 ст.102 Конституції України. Так, згідно ч. 1 ст. 102 Конституції України Президент України виступає – гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина .

З точки зору правової аксіології можна виокремити наступні закладені конституціонодавцем напрямки зв'язаності правом Президента України щодо здійснення захисту фундаментальних прав людини через реалізацію наданих Конституцією України повноважень:

1) Як гарант державного суверенітету України та територіа-

льної цілісності України – Президент України зобов'язаний застосовувати свої повноваження для недопущення збройних посягань на незалежність України, що можуть призвести до порушення фундаментальних прав людини;

2) Як гарант Додержання Конституції України – Президент України повинен застосовувати свої повноваження з акцентом на недопущення порушення фундаментальних прав людини іншими посадовими особами та органами публічної влади;

3) Як гарант захисту прав і свобод людини – Президент України повинен використовувати надані йому Конституцією України повноваження для захисту фундаментальних прав людини від протиправних обмежень з боку публічної влади.

Запропоноване розуміння аксіологічного концепту конституційно-правового статусу інституту Президента України повною мірою поєднується з положеннями ключових норм та норм-принципів Конституції України. Зокрема, з визначенням України правовою, демократичною та соціальною державою згідно ст.1 Конституції України, визнанням та дії в Україні принципу Верховенства права згідно ст. 8 Конституції України, визнанням людини, її життя та здоров'я найвищою соціальною цінністю відповідно до ст. 3 Конституції України. Аксіологічно 3 згадані норми Конституції України утворюють нормативно-правову основу для формування людиноцентристської правової ідеології в Україні.

Розглядаючи, аксіологічні засади конституційно-правового статусу інституту Президента України у контексті захисту фундаментальних прав людини слід звернути особливу увагу на правову природу більшості наданих йому конституціонодавцем повноважень. Так, розглядаючи правову природу повноважень Президента України визначених переважно в ст.106 Конституції України слід відзначити, що лєвова їх частка має дискреційну природу. Дискреційна природа таких повноважень глави держави зумовлює надзвичайну свободу у їх реалізації та можливість огляду на політичну доцільність. Однак, як вже було продемонстровано вище конституційно-правовий статус Президента України має аксіологічну визначеність і зумовлює певну зв'язаність правом глави держави при реалізації наданих конституціонодавцем повноважень. Така аксіологічна зумовленість видається без-

перечно пов'язаною з дискреційною правовою природою цілого ряду повноважень Президента України. Можна констатувати, що ця аксіологічна зумовленість або зв'язаність правом глави держави при реалізації наданих конституціонодавцем повноважень виступає у якості спеціальних меж дискреції глави української держави.

Крім того, можна констатувати, що окремі повноваження надані Конституцією України главі української держави з метою безпосереднього захисту прав і свобод людини від посягань органів публічної влади.

Хрестоматійним прикладом такого повноваження Президента України варто розглядати – право вето. Закріплення конституціонодавцем за Президентом України права вето в п. 30 ч. 1 ст. 106 та ч. 1 ст. 94 Конституції України є універсальним інструментом для впливу главою держави на парламент з метою реалізації свого аксіологічного конституційно-правового статусу спрямованого на захист фундаментальних прав людини. Логічним є його розгляд у якості елемента національного механізму захисту прав та свобод людини та у якості одного з ключових інструментів системи стримування та противаг.

Системний аналіз принципів Конституції України демонструє, що право вето Президента України раціонально розглядати у вигляді наданого конституціонодавцем Президенту України інструменту у двох ключових механізмах:

- 1) національний механізм захисту прав та свобод людини;
- 2) механізм стримування та противаг.

Глава держави має можливість використати відповідний інструмент для недопущення відходу парламенту від ідеалів свободи, рівності та прав людини.

Також, безпосередньо важливими є положення ч. 1, 2 та 3 ст. 22 Конституції України. Так, положення ч.2 та ч.3 ст.22 Конституції України – мають безпосередній стосунок до можливості застосування права вето Президентом України у разі прийняття парламентом, так званого, неправового закону, що обмежує конституційні права і свободи особи або ж у разі прийняття Верховною Радою України закону, що звужує зміст або обсяг існуючих прав і свобод. Накладаючи вето на такий закон, – глава держави

реалізує свій правовий статус гаранта прав і свобод людини і громадянина та додержання Конституції. Здійснення вето закону у такому разі Президентом України виступає прямою реалізацією охоронної функції держави (шляхом антиетатистського пропуску через охоронну функцію права).

Така реалізація охоронної функції главою держави – може бути відображенням демократичної сутності держави та є антиподом спрямованості діяльності тоталітарної держави. Подібні приклади реалізації охоронної функції держави – є поверненням до витокового призначення держави, що історично полягало в захисті індивіда та власності.

Отже, Президент України цілком може використовувати право вето для захисту фундаментальних прав людини через вето прийнятих парламентом законів, які несуть загрозу для правового становища індивіда та через подачу вмотивованих пропозицій до заветованого закону з метою покращення захисту фундаментальних прав людини.

Правова природа права вето глави української держави є модельною, що інших дискреційних за своїм юридичним характером повноважень глави держави. Вона демонструє реальні закладені конституціонодавцем аксіологічні орієнтири для функціонування інституту Президента України та окреслює його роль в національному механізмі захисту прав людини.

Конституція України наділяє Президента України дещо суперечливим з формальної точки зору правовим статусом: гаранта захисту прав людини та великим обсягом дискреційних повноважень. Однак, системний аналіз положень ст. 1, 3, 8, 22, 93, 94, 102 та 106 Конституції України дозволяє побачити закладений конституціонодавцем аксіологічний концепт функціонування інституту Президента України з особливим акцентом на використанні дискреційних повноважень з метою захисту фундаментальних прав людини. Статус гаранта прав і свобод людини визначеного за Президентом України згідно ч.1 ст.102 Конституції України дозволяє розглядати цілий ряд передбачених Конституцією України в ст.106 повноважень глави української держави у вигляді інструментів реалізації аксіологічного концепту інституту Президента України з метою захисту фундаментальних прав індивіда.

*Ямельська Христина,
Аспірант кафедри міжнародного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
Член Асоціації українських правників
Адвокат*

ВПЛИВ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ НОСІЇВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ НА ДОПУЩЕННЯ КАТУВАНЬ АБО НЕЛЮДСЬКОГО ПОВОДЖЕННЯ ВСУПЕРЕЧ СТАНДАРТАМ РАДИ ЄВРОПИ

Аксіологічно сучасна Конституційна держава покладає на публічну владу і кожного її носія обов'язок захищати ключову цінність демократичного суспільства – людську гідність – це зумовлює формування людиноцентристської правової ідеології, як ключового фактору функціонування тієї або ж іншої національної правової системи.

У цьому контексті, набуває праксіологічного значення правомірне використання носіями публічної влади наданих їм законом дискреційних повноважень і особливо тоді коли вони можуть призвести до порушення фундаментальних за своєю природою прав людини.

Одним з прикладів можливості такого свавільного (антиправового) використання носіями публічної влади дискреційних повноважень є повноваження працівників правоохоронних органів та пенітенціарної системи щодо затриманих, підозрюваних, обвинувачених. І особливо при утриманні зазначених осіб під вартою та щодо засуджених осіб в місцях позбавлення волі.

Нечіткість нормкримінально-виконавчого законодавства, дискусійність юридичної конструкції окремих норм спеціальних спеціальних законів та високий рівень перенесення правового регулювання на підзаконний рівень призводить до наявності у відповідних носіїв публічної влади реальних опцій для порушення фундаментальних прав людини. Статус затриманого або особи, що перебуває у місцях відбування покарання є апріорі вразливим для застосування дискреційних за своєю правовою

природою повноважень носіїв публічної влади. Ця вразливість пов'язана з дотриманням саме фундаментальних прав людини.

Звіти міжнародних правозахисних фондаций фіксують, що в Україні засуджені та затримані регулярно стають потерпілими від катувань та або нелюдського поводження з боку представників правоохоронних органів.

Крім цього, рішення Європейського суду з прав людини у справах заявників проти України регулярно встановлюють порушення статті 3 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод у зв'язку з неналежним поводженням та неналежними умовами тримання під вартою. До прикладу справа «Невмержицький проти України» (2000 р.), [1] «Двойних проти України» (2000 р.) , [2] «Гавула проти України» (2013 р.), [3] «Коктиш проти України» (2009 р.), [4] та безліч інших.

У цьому контексті слід констатувати, що попри поступову аксіологічну демократизацію українського кримінального та кримінального процесуального законодавства це мало впливає на реальні процеси в кримінально-виправній системі та на обсяг дискреційних повноважень посадових осіб відповідної системи.

У цьому контексті, доцільно відзначити, що у відповідності з актами м'якого права органів Ради Європи доцільним виглядає обмеження дискреції представників публічної влади щодо вразливих категорій громадян та запровадження в національному кримінальному законодавстві спеціальних кваліфікованих складів злочинів щодо вчинення катування або нелюдського поводження відповідними носіями публічної влади.

У світлі дотримання стандартів м'якого права органів Ради Європи доцільним виглядає запровадження наступних кроків в Україні:

- Продовження аксіологічної демократизації кримінального законодавства в контексті кваліфікованих складів злочинів щодо вчинення катувань носіями публічної влади;
- Реформування національного кримінально-виконавчого законодавства на людиноцентристських засадах;
- Запровадження спеціального щотижневого психологічного тестування працівників відповідних установ;
- Запровадження парламентського моніторингу актів м'яко-

- го права органів Ради Європи у відповідній сфері;
- Формування спеціального департаменту в Міністерстві юстиції України спрямованого на адаптацію національного законодавства до актів органів Ради Європи тільки у цій сфері.

Висновки

Людиноцентстська спрямованість постмодерної держави викликає потребу в максимальному обмеженні дискреційних повноважень носіїв публічної влади при перетині з питанням фундаментальних прав людини. Це потребує динамічної трансформації національних правових систем та формування певного ідеального концепту на основі актів м'якого права органів Ради Європи.

Доцільним є максимальне законодавче звуження дискреційних за своєю природою повноважень працівників установ виконання покарань та правоохоронних органів щодо затриманих або ув'язнених осіб.

З цією метою доцільним є здійснити наступні кроки:

- Перенесення усіх ключових питань у кримінально-виконавчої сфері на рівень законодавчого регулювання;
- Розширення доступу ув'язнених та затриманих осіб до правової допомоги;
- Запровадження кількох паралельних систем моніторингу дотримання фундаментальних прав і свобод людини в місцях позбавлення волі;
- Створення державної політики спрямованої на фільтрацію працівників установ виконання покарання на основі схильності до зловживання дискреційними повноваженнями.

Список використаної літератури:

1. Case of Nevmerzheritsky v. Ukraine (Application no. 54825/00) of 5 April 2005.
2. Case of Dvoynukh v. Ukraine (Application no. 72277/01) of 12 February 2007.
3. Case of Gavula v. Ukraine (Application no. 52652/07) of 16 May 2013.
4. Case of Koktysh v. Ukraine (Application no. 43707/07) of 10 December 2009.

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ МІНІСТЕРСТВА ЮСТИЦІЇ УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ ЗАБОРОНИ ДІЯЛЬНОСТІ ПРОРОСІЙСЬКИХ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ З МЕТОЮ ЗАХИСТУ ФУНДАМЕНТАЛЬНИХ ПРАВ ЛЮДИН

Сучасна демократична держава засновується на політичному плюралізмі та повазі до ключових демократичних цінностей закріплених в нормах-принципах Конституції. Саме ці дві детермінанти сьогодні визначають свободу політичної діяльності і кореспондуючу їй потребу дотримуватися демократичних цінностей у своїй діяльності.

У цьому контексті особливу увагу привертає питання можливості держави запроваджувати обмеження на діяльність політичних партій через загрозу їх діяльності або програмних засад для демократичного конституційного ладу. Т ст. 36 Конституції України закріплює право громадян об'єднуватися у політичні партії. Одночасно ст. 37 Конституції України встановлює спеціальні правові обмеження щодо діяльності політичних партій. Так у відповідності до ст. 37 Конституції України забороняється діяльність політичних партій:

- 1) Цілі або дії яких спрямовані на ліквідацію незалежності України;
- 2) Цілі або діяльність яких спрямовані на зміну конституційного ладу насильницьким шляхом,;
- 3) Цілі або дії яких спрямовані на порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади,;
- 4) Цілі або дії яких спрямовані на пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення.

Ці конституційні положення знаходять своє відтворення в ст. 5 Закону України «Про політичні партії». Слід відзначити, що ця конституційна заборона на діяльність антидемократичних полі-

тичних партій набуває особливої актуальності сьогодні через триваючу російську гібридну агресію проти нашої держави. Тому важливим є законодавчий механізм заборони діяльності політичних партій, які підпадають під критерії визначені конституціонодавцем в ст. 37 Конституції України. Механізм заборони діяльності таких політичних партій сьогодні визначеним нормами Закону України «Про політичні партії».

Ст. 19, 20 та 21 Закону України «Про політичні партії» закладають правову основу для безпосереднього механізму заборони діяльності антидемократичних політичних партій. Відповідно до ст. 19 згаданого закону у разі порушення політичними партіями вимог Конституції України та законів України до них можуть бути застосовані наступні заходи:

- 1) Попередження;
- 2) Заборона політичної партії.

Ст. 20 Закону України «Про політичні партії» передбачає процедуру винесення попередження політичній партії. Однак, передбачену цією нормою процедуру дуже важко назвати ефективною в контексті російської гібридної агресії проти України.

Безпосередньо процедурі заборони діяльності антидемократичних політичних партій присвячена ст. 21 Закону України «Про політичні партії».

Відповідно до ч. 1 ст. 21 Закону України «Про політичні партії» – «Політична партія може бути за адміністративним позовом центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державної реєстрації (легалізації) об'єднань громадян, інших громадських формувань заборонена в судовому порядку у випадку порушення вимог щодо створення і діяльності політичних партій, встановлених Конституцією України, цим та іншими законами України.». Згідно ч. 2 ст. 21 Закону України «Про політичні партії» – «Заборона діяльності політичної партії тягне за собою припинення діяльності політичної партії, розпуск її керівних органів, обласних, міських, районних організацій і первинних осередків та інших структурних утворень, передбачених статутом партії, припинення членства в політичній партії, а також прийняття центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державної реєстрації (легалі-

зації) об'єднань громадян, інших громадських формувань, та його територіальними органами рішень про припинення політичної партії та її структурних утворень відповідно». Згідно постанови Кабінету Міністрів України від 2 липня 2014 р. № 228 «Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України».

{Із змінами, внесеними згідно з Постановами КМ центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державної реєстрації (легалізації) об'єднань громадян, інших громадських формувань є Міністерство юстиції України.

Конструкція положення ст. 12-21 Закону України «Про політичні партії» надають Міністерству юстиції України за своєю суттю дискреційні повноваження, оскільки не встановлює додаткових критеріїв та алгоритмів для дій Міністерства юстиції України. Отже, при реалізації даних повноважень має враховувати ключові засади конституційного ладу визначенні Конституцією України. Так доцільно враховувати положення ст. 138 та 17 Конституції України. Виходячи з вищенаведених засадних норм Конституції України можемо зробити наступні висновки щодо меж дискреції посадових осіб Міністерства юстиції щодо ініціювання процесу заборони політичних партій, що здійснюють реалізацію російської гібридної агресії проти України:

1) Потреба дотримуватися конституційного імперативу щодо захисту національного суверенітету і відповідно проводити точний моніторинг діяльності політичних партій;

2) Потреба в врахуванні загроз фундаментальним правам і свободам людини в діяльності та цілях політичних партій.

Отже, Міністерство Юстиції України поставлене конституційно-нодавцем у певні рамки при реалізації дискреційного за своєю правовою природою повноваження щодо ініціювання судового процесу щодо заборони діяльності політичних партій. Слід відзначити, що окреслені вище межі дискреції Міністерства Юстиції України є важливими через спричинення проросійськими та андемократичними партіями своєю протиправною діяльністю загроз для фундаментальних прав людини. Це має виступати додатковим аргументом для звуження меж дискреції посадових осіб Міністерства Юстиції України при реалізації повноважень спрямованих на ініціювання процесу заборони антидемократичних політичних партій.

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ В КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ

Берч Вероніка

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного права
та порівняльного правознавства
юридичного факультету
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»,
м. Ужгород, Україна*

Бисага Юрій

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри конституційного права
та порівняльного правознавства
юридичного факультету
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»,
м. Ужгород, Україна*

ДИСКРЕЦІЯ СУДУ ПРИСЯЖНИХ: ДОСВІД ГОНКОНГУ

Одними із найстаріших у світі є правові системи держав Азії. Йдеться, здебільшого про ті країни, котрі досить довгий період часу зазнавали впливу з боку філософських течій та релігії. Такий вплив простежується і сьогодні у правовій культурі населення Китаю.

Складовим елементом правової системи сучасної Китайської держави є правова система Гонконгу, якій притаманні свої особливі унікальні риси. У спеціальних юридичних наукових джерелах, присвячених дослідженню права Гонконгу, в основному робиться акцент на дослідженні впливу англосаксонської правової традиції на його формування і розвиток. Однак, про таке можна було б говорити фактично до закінчення британського правління у 1997 році, яке неминуче наклало свій відбиток на розвиток права Гонконгу []. Враховуючи історичні особливості зазначеного адміністративного району Китайської Народної Республіки, варто зазначити, що правова система цієї особливої

територіальної одиниці характеризується концепцією «одна держава – дві системи», поєднанням західної ліберальної культури із східною філософією, соціалістичною моделлю Китаю.

Слід зазначити, що характеристики правової системи Гонконгу не є належним чином дослідженими у сучасній юридичній науці. Тим не менш, «наріжним каменем» цієї системи є незалежність судочинства, дотримання та захист фундаментального принципу верховенства права, котрі відіграють надважливу роль та сприяють успіху Гонконгу як міжнародного комерційного центру. Основний Закон Гонконгу 1997 року передбачає поділ державної влади на три гілки – законодавчу, виконавчу та судову, забезпечення основних прав та свобод, право на справедливий суд, доступ до системи правосуддя тощо. До джерел права, окрім зазначеного нормативно-правового акту, також належить національне законодавство КНР, китайське звичаєве право, загальне право, а також норми міжнародного права [].

Переходячи безпосередньо до проблематики нашого дослідження, варто зазначити, що роль присяжних у Гонконзі є особливо важливою, а робота присяжних – надзвичайно цінною та почесною. Чинне законодавство досліджуваного спеціального адміністративного регіону КНР передбачає ряд кваліфікаційних вимог (цензів), котрі пред'являються до особи присяжного:

- 1) вік – від 21-ого до 65-ти років;
- 2) здоровий глузд, відсутність порушень роботи органів слуху або зору (що унеможливають належність та ефективність оцінки доказів по справі);
- 3) добропорядність;
- 4) знання мови, на котрій відбувається судове слухання (китайської або англійської, залежно від індивідуальних обставин).

Поряд з цим, є визначений перелік осіб, котрі не можуть бути присяжними:

- 1) представник виконавчої та законодавчої гілок влади;
- 2) суддя, заступник судді, суддя окружного суду, заступник судді окружного суду, секретар, старший заступник секретаря, заступник секретаря, помічник секретаря, реєстратор, старший заступник реєстратора, помічник реєстратора, коронер або магістрат, мировий суддя;

- 3) консул, заступник консула;
- 4) особи, які отримують прибуток в іноземних державах, є громадянами таких держав, а також подружжя та діти на утриманні таких осіб;
- 5) державний службовець, який працює у Міністерстві юстиції, Управлінні правової допомоги;
- 6) уповноважений, заступник уповноваженого або будь-який співробітник Незалежної комісії з питань корупції;
- 7) персонал поліції, імміграційної служби, митного та акцизного відділу, департаменту пожежних служб;
- 8) співробітник відділу виправних служб;
- 9) правоохоронець;
- 10) особа, що належить до кадрового складу Народно-визвольної армії Китаю;
- 11) дружина члена Народно-визвольної армії Китаю;
- 12) пілот, штурман, радіооператор, екіпаж та капітан будь-якого судна;
- 13) стажери на будь-яку державну службу;
- 14) адвокат, помічник адвоката;
- 15) студент денної форми будь-якого коледжу, університету, виробничого навчального центру чи іншого навчального закладу (включаючи професійну освіту) [].

Список присяжних формується кожні два роки. Його можна умовно поділити на попередній, затверджений та додатковий. Попередній список присяжних складається, як правило, у жовтні та затверджується у лютому наступного року. Також секретар суду формує додатковий список, до котрого можна додати осіб у будь-який час. Список присяжних публікується у віснику суду та газетах, а отже є у відкритому доступі. Щотижня секретар суду рандомно (шляхом випадкового відбору) обирає певну кількість присяжних з їх списку для участі у судових слуханнях.

Повідомлення щодо залучення особи до участі у засіданні суду у ролі присяжного здійснюється поштою шляхом надсилення відповідного листа. Як правило, таке повідомлення повинно надійти за 21 день до судового засідання. Участь присяжного у судових засіданнях є періодичною, що означає можливість виклику, як правило, не частіше раз у два роки.

Після прибуття до суду присяжним, працівники суду перевіряють його особу, а також пояснюють процедуру відбору присяжних та їх обов'язки. У кожному судовому засіданні за участю присяжних останні обираються з числа присяжних, яких викликають для участі в жеребкуванні. У кримінальних справах адвокати, які представляють сторону обвинувачення та захисту, можуть висловити свою позицію щодо доцільності залучення до участі у здійсненні судочинства тих чи інших осіб, у зв'язку з чим суд може прийняти рішення про звільнення таких осіб від обов'язків присяжних. Ось чому кількість присяжних, яких викликають, зазвичай перевищує необхідну.

Після складення присяги присяжні можуть брати участь у слуханнях щодо кримінальних справ. Кримінальні справи, котрі стосуються тяжких злочинів (вбивство, зґвалтування, пограбування із застосуванням зброї, комерційне шахрайство, незаконний обіг наркотиків тощо) розглядаються судом першої інстанції у складі судді та семи присяжних. Поряд з цим, суддя може прийняти рішення про збільшення кількості присяжних до дев'яти.

Розгляд кримінальних справ зазвичай триває від кількох днів до трьох тижнів. При цьому суддя або слідчий повідомляє присяжних, скільки часу триватиме слухання справи. Робота присяжних оплачується за кожен день участі у судовому засіданні [].

Слід зазначити, що законодавством Гонконгу передбачена відповідальність щодо роботодавців у вигляді штрафу (приблизно 25 000 доларів США) або позбавлення волі на три місяці за припинення трудових відносин із працівниками, котрі беруть участь у судовому засіданні у ролі присяжних.

Присяжні виносять вердикт на основі фактичних обставин справи та доказів, поданих до суду. У кримінальному процесі вони вирішують питання про винність обвинуваченого у справі. Цікавим є той факт, що під час судового розгляду суддя вирішує, які докази може заслухати присяжний. Так, оскільки присяжні не є юристами, суддя надає їм чіткі вказівки щодо методики оцінки юридичних аргументів. Однак, коли присяжний розглядає докази, він самостійно вирішує, яким чином оцінювати відповідні свідчення. Зміст обговорень журі повинен бути суворо кон-

фіденційним, присяжні не мають права обговорювати справу ні з ким, окрім членів журі. За результатами розгляду кримінальної справи один із присяжних публічно інформує головуючого в суді про вердикт суду присяжних. Так, присяжний є відповідальним за забезпечення справедливості не лише перед відповідачем (обвинуваченим), але й перед суспільством у цілому.

Наявність суду присяжних у Гонконзі як частині Китаю без сумнівів має безпосередній зв'язок з історичними витоками, про які ми згадували раніше. Гонконг – прогресивний, сучасний у всіх напрямках суспільного життя, а завдяки перебуванню як колонія у складі Британії, він живе більше за загальним правом, однією із сутнісних ознак якого є функціонування інституту суду присяжних, де присяжні наділені правом вирішувати справу по суті.

Слід зазначити, що сьогодні Китай прагне уніфікувати усі елементи правової системи КНР. Свідченням цього є: 1) прийняття Закону «Про вдосконалення правової системи й правозастосувального механізму Гонконгу» від 30 червня 2020 року; 2) бажання здійснити екстрадицію населення Гонконгу до материкового Китаю, якого завдяки протестам вдалося уникнути. Такі дії КНР свідчать про вихід за межі своїх дискреційних повноважень та порушення зобов'язань щодо Гонконгу. Уніфікація правової системи КНР неминуче призведе до ліквідації багатьох демократичних, правових інститутів, передбачаємо, що вона торкнеться і суду присяжних також.

Література:

1. Трощинский П.В. Современная правовая система Гонконга. Труды Института государства и права РАН. 2016. №2 (54). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/sovremennaya-pravovaya-sistema-gonkong> (дата обращения: 9.04.2021).

2. Саміло Г.О. Особливості правової системи сучасного Гонконгу. Colloquium-journal. 2020. №32 (84). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/osoblivosti-pravovoyi-sistemi-suchasnogo-gonkongu> (дата обращения: 9.04.2021).

3. 本條例旨在修訂及綜合與陪審員有關的法例. URL: <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap3!zh-Hant-HK> (date of the application: 14.01.2021).

4. 陪審. URL: <https://www.judiciary.hk/zh/jury/jury.html> (date of the application: 24.03.2021).

*Михайло Савчин,
професор, доктор, директор,
НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права,
Ужгородський національний університет (Ужгород, Україна)
професор, доктор, Український вільний університет (Мюнхен, ФРН)*

ДИСКРЕЦІЯ У ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ: ЧОМУ МОДЕЛЬ АТАКУЄ ЮРИДИЧНУ ВИЗНАЧЕНІСТЬ?

Вступ. У цьому матеріалі я би хотів привернути увагу на вади моделі вітчизняної моделі розподілу повноважень у системі місцевого самоврядування на фоні неврегульованості адміністративних процедур. Це робить просто гримучу суміш у ситуаціях, коли у певній громаді чи регіоні відсутні дієві інституції та процедури демократичної підзвітності та підконтрольності місцевої публічної адміністрації. Також на це накладається чисто український покруч-біціглі щодо поєднання на регіональному рівні місцевих державних адміністрацій як органів держави на місцях та місцевих рад як самоврядних органів. Слід сюди додати доволі екстравагантну конструкцію делегування повноважень державних виконавчих органів органам місцевого самоврядування, що прямо суперечить принципу субсидіарності.

Як проявляються вади якості закону? Для прикладу, як все це діє, можу навести одну справу [1], пов'язану із конкурсним відбором на посаду у комунальному медичному закладі. Зокрема, розпорядженням міського голови Ужгорода від 29.07.2019 р. № 319 було відхилено подання конкурсної комісії щодо призначення, назовемо її як пані NeverSurrender на посаду директора комунального некомерційного підприємства «Ужгородський міський пологовий будинок» та рекомендовано управлінню охорони здоров'я винести на розгляд чергової сесії міської ради Ужгорода питання про проведення повторного конкурсу. Згідно із приписами чинними на той час частини сьомої статті 16 Основ законодавства з охорони здоров'я, що містять відсильні положення на підзаконні нормативно-правові акти (зокрема на постанову Кабміну та наказ МОЗ), відповідальною особою за організацію кон-

курсу є керівник уповноваженого органу — у нашому випадку, це начальник департаменту охорони здоров'я міськвиконкому Ужгородської міськради.

Систематика повноважень місцевого самоврядування та принцип *ultra vires*. Якщо аналізувати систему розподілу повноважень між органами місцевого самоврядування на рівні громади, то він доволі дивний — остаточно повноваженнями наділений міський голова. Це вічна дилема спорів про повноваження — за якими інституціями влади залишаються остаточно повноваження у разі, коли мовчить закон або закон містить відсильні норми, зокрема на статут територіальної громади. Однак положення пункту 19 частини четвертої статті 42 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» тут однозначні:

“[міський голова]

19) здійснює інші повноваження місцевого самоврядування, визначені цим та іншими законами, якщо вони не віднесені до виключних повноважень ради або не віднесені радою до відання її виконавчих органів;”

Це доволі несподівана модель — зазвичай прийнято закріплювати залишковий принцип визначення повноважень насамперед за місцевими колективними органами на кшталт наших місцевих рад. Це робиться із міркувань демократичної підзвітності і підконтрольності саме місцевим радам виконавчих інституцій місцевого самоврядування, до яких відносяться глави громад (сільські, селищні, міські голови) та їх управи (назви яких у нас залишено за радянським взірцем як виконавчі комітети місцевих рад). Однак не все так просто, бо диявол приховується у деталях. У силу доктрини заборони *ultra vires* (буквально, перевищення повноважень, наданих законом) насправді і принципу остаточноності повноважень недостатньо. Це також суперечить частині другій статті 19 Конституції України, яка доволі однозначна у цьому відношенні:

“Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.”

Натомість тут важливо наскільки закон, у даному випадку,

Закон про місцеве самоврядування визначає, в якому обсязі і в якому порядку конкретний носій повноважень наділяється владними прерогативами, яка існує процедура ухвалення рішень. Насамперед, це стосується практики конкретизації положень Конституції і законів щодо повноважень органів місцевого самоврядування у статутах територіальних громад та регламентних актах, які визначають положення про особливості юридичного статусу і порядок діяльності окремих органів місцевого самоврядування. Особливо, це пов'язано із ситуаціями можливих обмежень прав людини, оскільки їх запровадження на рівні закону мають макти конкретне підґрунтя саме у приписах Конституції України і аж ніяк у статутах територіальних громад чи положеннях про певні інститути місцевого самоврядування.

Зазначені приписи Закону (1) передбачають повноваження сільського, селищного міського голови (фактично, голови громади) щодо призначення посадовців у системі органів місцевого самоврядування, а також установ та організацій, що належать до предмета відання місцевого самоврядування та (2) закріплюють принцип остаточності повноважень голови громади, відносячи до його предмета відання всі питання, якщо вони законом не віднесені до повноважень місцевої ради чи її виконавчого органу.

Натомість, Закон всупереч засад юридичної визначеності як компонента верховенства права не регулює зовсім процедурні питання, зокрема, щодо порядку прийняття рішень сільським, селищним, міським головою щодо призначення очільників закладів, установ та підприємств, що перебувають у муніципальній власності, віддаючи таке регулювання на відкуп статутів територіальних громад або статутів цих утворень. Таке правове регулювання також порушує засади правомірних очікувань як компонент верховенства права, оскільки це надає надто широку свободу розсуду (дискрецію) сільському, селищному, міському голові при ухваленні такого роду владних рішень.

Однак ззакладений принцип остаточності повноважень сільського, селищного міського голови у приписах пункту 19 частини четвертої статті 42 Закону створює ілюзію того, що голова громади може приймати всі рішення з питань місцевого само-

врядування, які не віднесені законом до предмета відання інших органів місцевого самоврядування, на свій вільний розсуд. Таке правове регулювання при зволіканні Верховною Радою України із прийняттям Кодексу адміністративних процедур надає надто широку свободу розсуду сільському, селищному, міському голові при ухваленні рішень щодо призначення керівників муніципальних підприємств, установ і закладів, що є джерелом свавілля і свою чергу порушує засади верховенства права і приписи частини другої статті 19 Конституції.

Як визначено у частині другій статті 144 Конституції рішення органів місцевого самоврядування зупиняються у встановленому законом порядку з одночасним зверненням до суду. Так всупереч встановленим вимогам Постановою Кабміну, якою визначено порядок проведення конкурсу керівника комунального медичного закладу, Ужгородський міський голова фактично втрутився у процес оцінки результатів конкурсного відбору, проведення якого покладено на управління охорони здоров'я Ужгородської міської ради, а на міського голови. Таким чином, відсутність належного законодавчого регулювання адміністративних процедур є законодавчим упущенням (недоглядом), яке має усунути Верховна Рада України з метою встановлення юридичної визначення та певних мінімальних стандартів належної правової процедури при ухваленні рішень органів публічної влади. При відсутності належного законодавчого регулювання порядку здійснення повноважень сільським, селищним, міським головою пункти 10 та 19 частини четвертої статті 42 Закону служать потенційним джерелом ухвалення свавільних рішень всупереч приписами статей 8 та 19 Конституції України, втручаючись у сферу судового контролю над актами публічної адміністрації, гарантованого статтею 55 Конституції України. Це становить підґрунтя заперечення сутнісного змісту права на судовий захист, який передбачено статтею 55 Конституції України.

Аналіз ситуації через принцип рівності перед законом і заборони дискримінації. В аналізованому випадку приписи частини сьомої статті 16 Основ на момент ухвалення остаточного судового рішення у справі (як і тепер частина восьма) містила відсильне положення про те, що єдині кваліфікаційні вимоги, встано-

влюються МОЗ, без встановлення жодних критеріїв таких вимог у самому законі. Це породило стан юридичної невизначеності, оскільки питання визначення кваліфікаційних характеристик щодо керівників медичних закладів віддано повністю на розсуд виконавчої влади, яка би мала бути зв'язана у силу приписів пункту 6 частини першої статті 92 Конституції законодавчими рамками, які зовсім не визначені у частині сьомій (тепер восьмій) статті 16 Основ. Це стало причиною дискримінаційного ставлення до пані NeverSurrender, що порушило рівність її прав на доступ на посаду керівника комунального медичного закладу та свавільного втручання Ужгородського міського голови щодо фактичної ревізії результатів конкурсу, який може давати лише суд.

По суті, мала місце дискримінація пані Пантьо за іншою ознакою у сенсі статті 24 Конституції України, а саме за критерієм наявності досвіду роботи на керівній посаді у медичному закладі. Тому необхідно з'ясувати наскільки, такий критерій відповідає засадам розумності та обґрунтованості права.

Запровадження критерію досвіду на керівній посаді в медичному закладі при проведенні конкурсного відбору відсікає можливість для осіб, які такого досвіду не мають. Тобто такий критерій конкурсного відбору на відміну від наявності освіти, певного рівня кваліфікації, певних навичок управління, не заснований на розумних засадах, оскільки для наявності такого досвіду претендентові треба працювати до конкурсу на певній керівній посаді. Також зазначений критерій не відповідає системі заслуг, на якій базується просування осіб на керівних посадах. З іншого боку, існує обмежене коло можливостей у системі охорони здоров'я, як і в інших сферах діяльності, щодо набуття практичних управлінських навичок власне без конкурсного відбору. Зокрема, Порядок проведення конкурсу, затверджений постановою Кабміну, з цього приводу містить такі правила:

«35. Під час прийняття рішень за результатами конкурсу конкурсна комісія враховує здатність учасників конкурсу висловлювати свої думки, уміння викладати інформацію, комунікабельність, тактовність, ділові та вольові якості, готовність брати на себе відповідальність, уміння аналізувати проблеми і налаго-

джувати ділові зв'язки, виявляти творчий підхід до роботи, добротність (у тому числі академічну), емоційну врівноваженість.»

Навіть у самому Порядку проведення конкурсу, який по ідеї прийняти на розвиток положень статті 16 Основ, не міститься чітко визначених правил, що послужило джерелом прийняття дискримінаційного рішення Ужгородським міським головою. Тому критерій наявності досвіду на керівній посаді для участі в конкурсі не є достатньо обґрунтованим, а тому не ґрунтується на розумних засадах, зокрема засадах заслуг та наявності кваліфікаційних навичок. Таким чином, зазначений критерій встановлював надмірний тягар на пані Пантьо і ставив її у заздалегідь у невігідне положення у порівнянні із іншими учасниками конкурсу.

Висновки. Як бачимо, благі наміри законодавця вирішити складні питання просто шляхом закріплення принципу остаточності повноважень за головою громади виявляються благими намірами, які вимощують пряму стежину до юридичного свавілля. Законодавче регулювання вкрай незбалансоване з міркувань юридичної визначеності та стандартів демократичної підзвітності й підконтрольності органів місцевого самоврядування громадам. Практика застосування цих приписів дає змогу головам громад ухвалювати довільні рішення. На прикладі проведеного конкурсу керівника комунального медичного закладу Ужгорода виникають обґрунтовані підстави вважати, що міський голова може по суті втрутитися у сферу владних повноважень, яка може належати до предмета відання інших інститутів влади. І чого би не скасувати тоді результати конкурсу з міркувань, що не так документи оформлені, чи виникають якісь сумніви у документах про освіту, чи загального стажу роботи по спеціальності, чи взагалі по певним діловим чи моральним якостям претендента на посаду. А наведений критерій щодо досвіду роботи на керівних у системі охорони здоров'я посадах взагалі є партноменклатурним по суті, оскільки ти можеш отримати доступ до менеджерської посади, якщо ти крутишся у номенклатурі посадовців, що вже включені в управлінську структуру цієї галузі, без урахування заслуг та інших ділових чи моральних якостей.

Також відкритим залишається питання, яким чином здійснювати тоді контроль за обґрунтованістю актів органів місцевого самоврядування, коли процедури демократичної підзвітності та підконтрольності вкрай неефективні або не діють належним чином, а судам приходится давати, відповіді на складні питання, які у дусі Рональда Дворкіна [2] є питаннями про забезпечення прав людини.

Список використаних джерел:

1. Постанова колегії суддів Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 10 лютого 2021 р. у справі № 260/1130/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94802811>
2. Дворкін Рональд, Серйозний погляд на права (пер з англ Андрій Фролкін, Основи 2000).

*Наталія Сердюк
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри політичних наук і права
Київського національного університету будівництва і архітектури*

ПРАВОВА ПРИРОДА ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ СУДДІВ В УКРАЇНІ

Протягом багатьох років проблема розсуду (дискреції) у судочинстві привертає увагу вітчизняних і зарубіжних учених, юристів і практиків, які по різному розуміють сам термін, його види та межі. Тому, вважаємо, за необхідне розглянути правову природу здорового глузду та суддівського розсуду на теренах України.

Становище судді в Україні у X–XVIII ст. дуже відрізняється від становища нинішніх суддів. Нині суддя застосовує вже готовий закон, наданий, записаний та роз'яснений науковцями. У давнину такого закону не було. Тоді головним джерелом права були звичаї, що, як правило, мали суто місцеве значення і при цьому охоплювали не все населення, а тільки його окремі верстви,

кола і класи. А в суді вимагалось вирішити окремий випадок, на власний розсуд винести рішення, яке зазвичай мало казуїстичну форму та загальнообов'язкове значення – словом “казати правду”, щоб вона мала вагомий авторитет як у сторін, так у всієї громади.

Через відсутність твердих норм закону суддя мав поважний статус, а довіра до нього на первинних стадіях історичного розвитку процесуального права була тією невід'ємною умовою, без якої судовий розгляд був неможливий. На сьогодні існують закони та встановлені юридичні звичаї, згідно з якими судді вирішують справи. У давні та середні віки було інакше. Правові норми були відсутні, і судова влада повинна була сама їх встановлювати для кожного випадку, що розглядався, а процес судочинства складався зі створення норми та її застосування. Суддя повинен був винести не тільки рішення по справі, а й знайти норму права, не тільки розсудити окремий випадок, а й у казуїстичній формі проголосити загальнообов'язкове положення, що мало б значення як для тяжущих, так і для усієї громади. Тому окремі з них мали суто місцеве значення і при цьому охоплювали не все населення, а тільки його окремі верстви, кола і класи. А “добрі люди”, “мужі” “старійшини” ставали знавцями права, звичаїв і судочинства, допомагали судити, оцінювати і вирішувати справу у суді, тим самим отримували вирішальну роль, оскільки суддя сам не міг прийняти таке рішення. Звідси впливає, що для тяжущих спочатку кожен суддя розглядався тільки як третейський суддя, як особа, обрана обома сторонами за взаємною згодою, якій вони довіряють і з якою вони приходять до згоди [1, с. 103].

Розвиток судочинства має тривалу історію, воно не раз переживало корінні зміни, тому вивчення історичних джерел права України має додати українським судам, як дієвого способу вирішення конфліктів, ґрунтовності, послідовності і розуміння, сформованої та перевіреної сторіччями правової бази. Крім того, в Україні у Х–XVIII ст. найбільш поширеною була форма договірного вирішення спорів при посередництві третьої особи “розсудить їх третій, кого вони оберуть”, “заряжали себѣ третьяго”, “и быти дѣлу дому, как третьи приговорят”, “братчина судит как судьи”.

Історичними пам'ятками нормативного характеру насамперед виступають грамоти князів. Багато науковців при дослідженні українського судочинства посилаються на одну з найдавніших відомих договірних грамот князя Дмитра Донського з князем Серпуховським Володимиром Хоробрим 1362 р., яка безпосередньо говорить про третейський суд. Вона містить такий запис: “А чого я буду шукати на твоїх бояр, чи чого ти будеш шукати на моїх бояр, ми пошлемо кожний по боярину, вони і будуть судити, а якщо їх голоси розділяться, то розсудить їх третій, кого вони оберуть” [2; 3; 4; 5; 6]. На підтвердження цього при досконалому вивченні джерел можна навести й інші приклади існування інституту посередництва. Про ще один випадок посередництва згадує М. М. Карамзін. Як посередники виступили королі богемський та польський, свати Ізяслава, коли дізналися, що Георгій об'єднався з В'ячеславом, а Володимірко Галицький іде Георгію на допомогу, щоб запобігти битві [7, с. 193-194]. Літописи, стародавні привілеї, грамоти великих князів Стародавньої Русі і грамоти великих князів литовських та інші пам'ятки законодавства згадують про участь у суді представників населення, “добрыхъ людей”, як про звичай настільки стародавній, що навіть для попередніх століть він уже існує у вигляді цілком сформованого і усталеного в давнину. Це не просто звичай, це звичай саме Стародавньої Русі, а не нововведення у законодавстві чи відносна сучасна новація звичаєвого права, яку доводиться ще пояснювати та обґрунтовувати. Це – давня старовина як для покоління XVI ст., для сучасників Стоглава, Судебників і Литовського Статуту, так і для пам'яток XV ст. й навіть для деяких наших літописів більш ранньої доби, яка закріплює загальні засади судочинства, характерні для слов'янських народів.

Незначні справи і суперечки вирішувались на загальній розсуд сім'ї, більш важливі – цілого роду, найважливіші – князя. Княжий суд був останнім засобом захисту. Головною рушійною силою вирішення справи за так званим звичаєм, є своєрідна оцінка сторін спору і становища їх в сім'ї, тобто рішення виносилося, зважаючи на людину та її господарство. У цьому і полягає звичай селян, який вони цінують, оскільки він задовольняє їх економічне життя. На думку селян, перевага їх місцевого суду

перед державним полягала в тому, що останній, суворо керуючись законом, неспроможний винести рішення, яке б не суперечило принципам сільського побуту та здорового глузду.

Місцеві “мужі” могли розглянути суспільну справу, іноді порівнюючи її із схожими справами, які розглядались раніше. Багато чого старійшини знали з власного досвіду, – як був вирішений подібний випадок раніше і які були наслідки того чи іншого рішення спору [8, с. 136-137].

Причини, що передбачають постійну участь сторонніх добрих людей, представників сторін, прості та численні. У першу чергу, необхідно вказати на обставину, яка для суду в давнину мала особливе значення, – це необхідність зовнішнього закріплення будь-якого юридичного акту. На суді кожна дія сторони, або іншої особи, учасника процесу, або самого судді має юридичне значення та вимагає дотримання суворої юридичної формальності. Виклик до суду, явка, пред’явлення позову, заперечення проти нього, спір і докази і, нарешті, рішення – все це передбачало здійснення певних формальних дій, які, з одного боку, повинні бути оцінені і піддаватися певному контролю, з другого боку – повинні бути засвідчені таким чином, щоб згодом можна було довести їх виконання, і до того ж виконання правильне, формально узгоджене із встановленими правилами процесу. Для досягнення вказаних цілей у сучасному процесі вдаються до протоколювання всіх актів судочинства, і саме судові рішення набуває письмової форми. Контролювання та оцінка цих актів надається суду, як органу, який повністю вирішує позов. Звичайно і старий процес вимагав такої побудови, за якої досягалися б обидва вказаних завдання; але засоби для цього були іншими, через те що процес спочатку був усним, а згодом писемність практично не застосовувалась.

Закріпити в пам’яті ту чи іншу подію можна тільки за допомогою “грамоти” або за допомогою “добрих людей”. Суддя судить перед добрими людьми, присутність яких доповнює ті прогалини процесу, які беззаперечно виникають внаслідок загальної неписьменності найчастіше всіх осіб, що беруть участь у процесі, не виключаючи і суддю. Тому протоколювання відбувається не письмово, а усно і закарбовується в пам’яті людей.

Для сторін спору спершу кожен суддя розцінювався тільки як третейський суддя, як особа, обрана сторонами за взаємною згодою, якій вони довіряють, з якою вони прийшли до згоди. При відсутності твердих норм закону особа судді мало велике значення, а довіра до нього на первинній стадії історичного розвитку суду та судочинства була тією невід'ємною умовою, без якої судовий розгляд був неможливий. Не відокремленість судової влади майже до середини XVI ст. призвела до того, що авторитетності судовому рішенню надавала не його відповідність правовим нормам, а статус особи в суспільстві, яка це рішення виносила.

Список використаних джерел:

1. Сердюк Н. А. Становлення третейського суду як інститут соціальної держави в Україні: історико-правове дослідження (X–XVIII ст.) : монографія. Київ, 2016. 160 с.
2. Веселов А. В. История развития третейского суда в России. Политология в России. СПб., 2001. № 12. С. 37.
3. Вицын А. И. Третейский суд по русскому праву. Историко-догматическое рассуждение А. Вицына. М. : Тип. В. Готье, 1856. 97, XIII с.
4. Притика Ю. Д. Проблеми захисту цивільних прав та інтересів у третейському суді: монографія. К. : Видавничий Дім "Ін Юре", 2006. 636 с.
5. Притика Ю. Д. Становлення та розвиток третейських інституцій на теренах вітчизняної правової системи. Вісник Київського національного ун-ту ім. Тараса Шевченка. 2004. Вип. 56-59. С. 73-77.
6. Самохвалов В. А. Осуществление судебного контроля за решениями третейских судов. Защита гражданских прав третейскими судами / Научно-практический сборник. Под. ред. В. П. Палиюка. Николаев, 2003. С. 210-225.
7. Карамзин Н. М. Предания веков [сост. / вступ. ст. Г. П. Макогоненко; комм. Г. П. Макогоненко и М. В. Иванова]. М. : Правда, 1988. 768 с.
8. Беер В. Л. Суд стариков и сельский сход. Вѣстник права. Журнал юридического общества при Императорском С.-Петербургском университете : СПб, 1900. № 9. нояб. С. 125-140.

В'ячеслав Шамрай

*доцент кафедри конституційного права Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

ДЕРЖАВНЕ ФІНАНСУВАННЯ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ ЯК ЗАПОРУКА ЇХ УСПІХУ ТА ВЛАДИ

Право громадян на свободу об'єднання у політичні партії для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів визнається і гарантується Конституцією України [1].

Політична партія – це зареєстроване згідно з законом добровільне об'єднання громадян – прихильників певної загальнонаціональної програми суспільного розвитку, що має своєю метою сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян, бере участь у виборах та інших політичних заходах [3].

Стаття 14 Закону України «Про політичні партії в Україні» передбачає, надання матеріальної та фінансової підтримки політичним партіям здійснюється у формі внесків на підтримку партій та державного фінансування статутної діяльності політичних партій [3].

Витрати на підготовку і проведення виборів депутатів здійснюються виключно за рахунок коштів державного бюджету, виділених на підготовку та проведення виборів депутатів, коштів виборчих фондів партій – суб'єктів виборчого процесу та коштів власних виборчих фондів кандидатів у депутати, включених до виборчих списків партій – суб'єктів виборчого процесу [2].

Згідно з Виборчим Кодексом України (далі – ВКУ) партія для фінансування своєї виборчої кампанії, в тому числі для фінансування передвиборної агітації, зобов'язана утворити власний виборчий фонд.

При цьому стаття 150 ВКУ визначає, що виборчий фонд партії має один накопичувальний рахунок, на який надходять кошти для фінансування виборчої кампанії партії, а також поточні рахунки, з яких здійснюється фінансування витрат на виборчу кампанію [2]. В цьому контексті слід наголосити, що на поточні рахунки кошти надходять виключно з накопичувального рахунку

виборчого фонду партії.

Кандидат в депутати має право відкрити поточний рахунок власного виборчого фонду у разі здійснення фінансування своєї виборчої кампанії незалежно від партії, до виборчих списків якої він включений.

Максимальна межа власного виборчого фонду кандидата становить чотири тисячі розмірів мінімальної заробітної плати, встановленої на 1 січня відповідного року. В свою чергу, максимальний розмір виборчого фонду партії, кандидати у депутати від якої зареєстровані в загальнодержавному окрузі, не може перевищувати дев'яносто тисяч розмірів мінімальної заробітної плати, встановленої на 1 січня відповідного року.

Фінансування політичних партій може відбуватись і за рахунок державного бюджету. Так за кошти державного бюджету фінансується статутна діяльність політичних партій, не пов'язана з їхньою участю у виборах народних депутатів України, виборах Президента України і місцевих виборах, у тому числі оплата праці працівників статутних органів політичної партії, її місцевих організацій, а також відшкодовуються витрати політичних партій, пов'язані з фінансуванням їхньої передвиборної агітації під час чергових та позачергових виборів народних депутатів України [3].

Важливо відзначити, що політична партія має право на отримання державного фінансування її статутної діяльності, якщо на останніх чергових або позачергових виборах народних депутатів України її виборчий список кандидатів у народні депутати України у загальнодержавному багатомандатному виборчому окрузі отримав не менше 5 відсотків голосів виборців від загальної кількості голосів виборців, поданих за всі виборчі списки кандидатів у народні депутати України у загальнодержавному багатомандатному виборчому окрузі [3].

Рішення про надання політичній партії державного фінансування її статутної діяльності або про відмову у наданні такого фінансування приймається Національним агентством з питань запобігання корупції (далі – НАЗК).

Згідно з даними НАЗК за перший квартал 2021 року державне фінансування отримали такі парламентські партії як «Слуга наро-

ду» — 86,4 млн грн., «Опозиційна платформа — За життя» — 26,15 млн грн., «Всеукраїнське об'єднання «Батьківщина» — 16,39 млн грн., «Європейська солідарність» — 24,94 млн грн (з них 8,71 млн грн — за дотримання передбаченого законодавством гендерного принципу), а згодом після попереднього оскарження відмови у фінансуванні НАЗК після задоволення Окружним адміністративним судом позовної заяви було отримано партією «Голос» — 20 млн грн. Що в сумі склало 173, 88 мільйонів гривень [4].

Цікавим фактом є законодавча можливість політичної партії відмовитися від державного фінансування її статутної діяльності на строк: один, два, три квартали або на бюджетний період (рік). Це відбувається після подання партією заяви про відмову від державного фінансування її статутної діяльності, яка подається до НАЗК [3]. Однак таких випадків, на жаль не було.

Зовсім інший випадок, коли НАЗК може прийняти рішення про ненадання політичній партії державного фінансування, або про його зупинення чи припинення. Також законодавцем визначено, що у випадку невикористання коштів протягом року з моменту отримання таких коштів, політична партія повертає в державний бюджет такі кошти.

Варто відзначити, що в прийнятому Верховною Радою державному бюджеті на 2021 рік на фінансування партій передбачено 697 млн грн.[5] Саме така сума має бути сплачена з державного бюджету на рахунки політичних партій.

Державний контроль за законним та цільовим використанням політичними партіями коштів, виділених з державного бюджету на фінансування їхньої статутної діяльності, здійснюють Рахункова палата та Національне агентство з питань запобігання корупції [3].

Таким чином, політична партія, яка подолала «виборчий бар'єр» та потрапила до Верховної Ради України має солідну фінансову підтримку, яка дозволяє не лише втілювати статутні завдання партії, а й проводити підготовку та проведення передвиборчої агітації та інше за рахунок бюджетних коштів. Це може лише навести на логічний висновок, що перемога на виборах політичної партії надає їй представникам не лише мандати та владні повноваження, а й суттєвий «бонус», що ще більше стимулює політичні партії до активних дій.

Список використаних джерел:

1. Конституція України. від 28 червня 1996 р. в редакції станом на 1.01.2020 р. [Електронний ресурс]. Режим доступу – <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

2. Виборчий Кодекс України від 19.12.2019 р. [Електронний ресурс]. Режим доступу – <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/396-20/ ed20200703#n1799>

3. Закон України «Про політичні партії в Україні» [Електронний ресурс]. Режим доступу – <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2365-14#n244>.

4. Чотирьом партіям перераховано кошти державного фінансування [Електронний ресурс]. Режим доступу – <https://nazk.gov.ua/uk/novyny/chotyrom-parlamentskym-partiyam-pererahovano-koshty-derzhavnogo-finansuvannya/>.

5. У 2020 році НАЗК зупинило фінансування двох партій. [Електронний ресурс]. Режим доступу – <https://nazk.gov.ua/uk/novyny/u-2020-rotsi-nazk-zupynylo-finansuvannya-dvoh-parlamentskyh-politychnyh-partij-zayavy-pro-politychnyj-tysk-iz-boku-nazk-ye-bezpidstavnyu/>.

*Юлія Кернякевич-Танасійчук,
д.ю.н., доцент, Прикарпатський національний університет
імені Василя Стефаника*

ДИСКРЕЦІЯ ПРИ ЗМІНІ УМОВ ТРИМАННЯ ЗАСУДЖЕНИХ ДО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ В МЕЖАХ ОДНІЄЇ КОЛОНІЇ

Незважаючи на чітку законодавчу регламентацію правовідносин, які виникають у процесі виконання покарань, визначення кола повноважень органів та установ виконання покарань та їх посадових осіб, наявності механізму як державного, так і громадського нагляду за дотриманням кримінально-виконавчого законодавства, на практиці зустрічаються непоодинокі випадки зловживання дискреційними повноваженнями.

У Юридичній енциклопедії правова категорія «дискреційна влада» тлумачиться як спосіб реалізації публічної (тобто з боку держави і місцевого самоврядування) влади, за яким відповідний

суб'єкт влади (орган чи посадова особа) застосовує надані йому в межах закону повноваження на власний розсуд, без необхідності узгодження у будь-якій формі своїх дій з іншими суб'єктами [1, с. 195]. Виходячи з такого визначення, під поняттям «дискреція» допустимо розуміти застосування органом державної влади (місцевого самоврядування) чи його посадовою особою наданих йому в межах закону повноважень на власний розсуд.

Одним з прикладів реалізації дискреційних повноважень у кримінально-виконавчих відносинах є функціонування інституту зміни умов тримання засуджених до позбавлення волі у кримінально-виконавчому праві.

Аналізуючи правову природу інституту зміни умов тримання засуджених до позбавлення волі, слід зазначити, що він є одним з елементів (формою) прогресивної системи виконання покарань, яка передбачає зміну умов тримання засудженого залежно від ступеня його виправлення, що проявляється в поведінці засудженого, його ставленні до праці чи навчання тощо.

Так відповідно до ч. 1 ст. 100 Кримінально-виконавчого кодексу України залежно від поведінки засудженого і ставлення до праці, в разі її наявності, та навчання умови відбування покарання змінюються в межах однієї колонії або шляхом переведення до колонії іншого виду [2].

З огляду на наведену законодавчу норму можна виокремити два різновиди зміни умов тримання засуджених до позбавлення волі: 1) в межах однієї колонії та 2) шляхом переведення до колонії іншого виду.

Зміна умов тримання в межах однієї колонії здійснюється за клопотанням начальника відділення соціально-психологічної служби постановою начальника колонії. У разі якщо така постановка передбачає збільшення обсягу встановлених обмежень і більш суворі умови тримання, вона погоджується із спостережною комісією [2].

Очевидно, що така законодавча конструкція, без чіткого визначення матеріальних підстав зміни умов тримання засуджених до позбавлення волі, побудована з використанням оціночних правових категорій з прив'язкою лише до «поведінки засуджених», «ставлення їх до праці, навчання» створює сприятливе по-

ле для зловживання суб'єктивним судженням з боку адміністрації кримінально-виконавчих установ закритого типу при вирішенні питання про зміну умов тримання засуджених до позбавлення волі.

Зміни умов тримання засуджених до позбавлення волі в межах однієї колонії, як практично й всі інші форми прогресивної системи відносяться до сфери законних інтересів, а отже сфери, яка регулюється кримінально-виконавчими нормами дискреційного характеру, коли прийняття рішення про її застосування не обов'язок компетентного органу, а лише право. Формально законним буде як позитивне, так і негативне рішення, яке залежатиме від особистісних властивостей та професійних установок (навичок) тієї особи, яка приймає рішення [3, с. 216].

Таким чином, з метою звуження меж суб'єктивного розсуду з боку адміністрації кримінально-виконавчих установ закритого типу при вирішенні питання про зміну умов тримання засуджених до позбавлення волі, необхідно деталізувати законодавчий перелік підстав застосування такої зміни умов тримання засуджених, який може бути виражений через оцінку поведінки засудженого (з точки зору дотримання засудженим режиму відбування покарання; відсутності стягнень за правопорушення; ставлення до персоналу установи виконання покарань та інших засуджених тощо), його ставлення до праці, навчання (з точки зору дотримання засудженим правил трудового розпорядку; бережливого ставлення до майна підприємства установи виконання покарань, де працює засуджений; дотримання засудженим вимог техніки безпеки та охорони праці тощо).

Список використаних джерел:

Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 1999. Т. 2. 744 с.

Кримінально-виконавчий кодекс України: Закон України від 11.07.2003 р. № 1129-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1129-15#Text> (дата звернення: 18.04.2021).

Гритенко О. А. Теоретико-правові концептуальні засади прогресивної системи виконання та відбування покарання у виді позбавлення волі: дис. ... д-ра юрид. наук. Одеса, 2020. 492 с.

Олександр Ковальчук
доцент кафедри теорії та історії
права та держави Інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ДИСКРЕЦІЇ СУДДІ-ДОВІДАЧА КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Згідно Закону України "Про Конституційний суд України" в кожному конституційному провадженні прийнятому до розгляду органом конституційного контролю призначається суддя-доповідач, що має юридичний обов'язок готувати проект рішення Конституційного Суду з відповідного питання.

Слід відзначити, що за своєю правовою природою статус судді-доповідача є дискреційними бо цілий ряд аспектів в процесі підготовки рішення він здійснює на власний розсуд і наділений законодавцем деякими спеціальними механізмами для здійснення відповідної діяльності.

Відповідно до ст. 59 Закону України "Про Конституційний Суд України" суддя доповідач визначається шляхом розподілу між суддями по чергово. Закон надає наступні спеціальні повноваження для судді-доповідача:

Суддя-доповідач:

1) вивчає порушені у зверненні питання і готує матеріали на розгляд Колегії, Сенату, Великої палати;

2) витребує документи, матеріали, інші відомості, що стосуються справи, від суб'єкта звернення, Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, Генерального прокурора, судів, інших органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, посадових осіб, підприємств, установ, організацій усіх форм власності, політичних партій, громадських об'єднань;

3) дає доручення відповідним підрозділам Секретаріату та встановлює строки їх виконання;

4) залучає спеціалістів для консультацій, дослідження документів;

5) вносить на розгляд Сенату, Великої палати пропозиції щодо призначення експертизи у справі, залучення до участі в конституційному провадженні спеціалістів, виклику посадових осіб, експертів, спеціалістів, свідків, уповноважених осіб, які діють від імені суб'єкта права на звернення, а також громадян, участь яких може сприяти об'єктивному та повному розгляду справи;

6) здійснює інші повноваження, визначені Регламентом.

Крім того, якщо суддя-доповідач вважає, що у відкритому конституційному провадженні за конституційною скаргою існують визначені статтею 68 цього Закону підстави для передачі справи на розгляд Великої палати, він вносить на розгляд Сенату проект ухвали про відмову Сенату від розгляду справи на розсуд Великої палати.

Системний аналіз вказаних повноважень закону вказує на суто дискреційну природу повноважень судді-доповідача. Так, вистеребування документів відбувається суто у відповідності до бачення суддею їх необхідності для підготовки проекту рішення органу конституційної контролю. Суддя-доповідач є абсолютно вільним затребувати певний документ в установ, підприємств та організацій або ж обійтися без його вивчення у підготовці проекту рішення Конституційного Суду України.

Суддя-доповідач має змогу давати спеціальні доручення секретаріату Конституційного Суду України спрямовані на забезпечення його функцій при підготовці проекту рішення Конституційного Суду України. Тут аналогічно існує повністю визначена законодавцем свобода його дій.

Залучення спеціалістів для консультацій суддею-доповідачем теж є елементом можливої дискреції і доповнення власної правої позиції додатковими аргументами спрямованими на забезпечення якості підготовки матеріалів для конституційного провадження.

Внесення суддею-доповідачем на розгляд Великої палати або відповідного сенату вносяться пропозиції по призначення експертів і тд. Це теж є елементом його персональної дискреції і дозволяє йому заручитися підтримкою колег для отримання додаткових даних у провадженні.

На практиці суддя-доповідач може на підставі ч.4 ст. 59 напра-

вляти запит на отримання наукового висновку в провідні національні наукові установи. Практика демонструє, що суддя-доповідач може отримати 4-5 висновків наукових установ. Це дозволяє судді-доповідачу звірити своє правове бачення питання порушеного у конституційному провадженні з позиціями різних наукових шкіл права. Це дозволяє підготувати якіснішу правову позицію щодо провадження та згодом підготувати досить комплексний проект рішення.

Слід відзначити, що такий обсяг дискреційних повноважень судді-доповідача є виправданим та спрямований на реалізацію ним максимальної кількості інструментів для підготовки якісної правової позиції в межах конституційного провадження.

Радченко Олександр
доцент кафедри конституційного і
міжнародного права факультету № 4
Харківського національного університету
внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, доцент

РОЗШИРЕННЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ ЩОДО ПРИПИНЕННЯ ГРОМАДЯНСТВА

Поглиблення глобалізаційних процесів у всьому світі сприяло зростанню міграції, зокрема трудової, людей у межах як однієї країни, так і між різними країнами і навіть між різними континентами. Здавалося б на перший погляд, що це мало б призвести до послаблення ролі такого державно-правового інституту як громадянство. Адже наразі на перший план вийшло не громадянство людини, а її інтелектуальний рівень підготовки, життєвий й і виробничий досвід, бажання та спроможність швидко й ефективно адаптуватися до інших умов життя на новому місці в новій країні.

Але, попри вищезазначені обставини, держави намагаються

не послаблювати свій контроль за такою чутливою для них сферою суспільних відносин як громадянство. Адже саме громадяни держави є основним трудовим, а відтак й економічним потенціалом в умовах жорсткої конкуренції на світовому ринку, а також військовим ресурсом у випадку військового протистояння з іншими державами в умовах збройної агресії з боку останніх.

За усталеною у світі практикою питання громадянства, зокрема його надання та припинення, належать, як правило, до виключної компетенції глави держави. Це цілком природно, оскільки саме глава держави, монарх або президент, є її представником, виступає від її імені, уособлює її та є символом єдності верховної влади (а у деяких випадках ще й нації) в державі.

Не є винятком і Президент України. Відповідно до п. 26 ч. 1 ст. 106 Конституції України до повноважень Президента України належить прийняття рішення про прийняття до громадянства України та припинення громадянства України. Деталізуються ці повноваження у Законі України «Про громадянство України» (далі – Закону). Так, ст. 22 Закону визначено повноваження у сфері громадянства власне Президента України, а ст. 23 – повноваження Комісії при Президентові України з питань громадянства. Відповідно до п. 1 ст. 22 Закону Президент України приймає рішення і видає укази відповідно до Конституції України і цього Закону про прийняття до громадянства України і про припинення громадянства України. Ця норма має специфіку формулювання. У ній відсутні слова «має право» або «зобов'язаний» чи «покладаються обов'язки». Відтак, можна зробити висновок про те, що дане повноваження за юридичною природою можна вважати дискреційним правобов'язком глави держави. З одного боку, він має право ухвалювати згідно з цією статтею рішення в межах визначеної Конституцією і цим Законом компетенції, а з іншого – ухвалення такого рішення доречно вважати одночасно і його обов'язком як посадової особи органу державної влади, адже ніхто крім нього таке рішення ухвалити не в змозі. Очевидно, зазначене рішення Президент України ухвалюватиме на власний розсуд, виходячи в кожному конкретному випадку з ситуації, зокрема політичної, що склалася як всередині держави, так і поза її межами. Жоден інший державний орган не зможе змусити Пре-

зидента України ухвалити певне рішення щодо надання чи припинення громадянства особи, адже для цього відсутні будь-які конституційно-правові підстави.

Варто наголосити: вищезазначений підхід законодавця до формулювання конституційних норм щодо визначення змісту і меж дискреційних повноважень вищих органів державної влади, зокрема глави держави, є досить поширеною практикою в Україні.

Межі здійснення главою держави дискреційних повноважень у сфері громадянства визначаються ст. 19 Конституції України, де зазначається: «Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України».

Зауважимо, що дискреційні повноваження глави держави у сфері громадянства періодично стають предметом судових позовів, зокрема з боку осіб, щодо яких Президент України не ухвалив бажаного для них рішення або ухвалив інше, відмінне від бажаного рішення.

Зміна внутрішньополітичної ситуації в Україні упродовж останніх шести років, а також збройна агресія Росії проти нашої держави та окупація нею частини української території, на наше глибоке переконання, створило умови для перегляду дискреційних повноважень Президента України у сфері громадянства у бік їх поступового розширення.

Наразі чинне законодавство України передбачає три підстави припинення Президентом України, а саме:

- 1) внаслідок виходу з громадянства України;
- 2) внаслідок втрати громадянства України;
- 3) за підставами, передбаченими міжнародними договорами України (ст. 17 Закону).

Як засвідчила практика протидії російській агресії, зокрема на Донбасі та в Криму, часто суб'єктами скоєння тяжких злочинів проти держави – державної зради, диверсії, тероризму – стають громадяни України. Особливо болісно сприймається інформація про те, що зрадниками виявляються нещодавно натуралізовані громадяни України, яким наша держава в особі Президен-

та України пішла на зустріч і надала власне громадянство. Але замість вдячності за такий крок держави, вони свідомо співпрацюють з окупантом, вчиняючи тим самим тяжкі злочини проти нашої держави.

Відповіддю на такі недружні кроки з боку вищезгаданих громадян України, на нашу думку, мало б стати внесення змін до чинного конституційного законодавства України, які б передбачили надання Президенту України права на позбавлення таких осіб українського громадянства. Це без перебільшення сприяло дотримання принципу справедливості та взаємної відповідальності у відносинах держави зі своїми громадянами.

Очевидно, що процедура позбавлення державою свого громадянства особи в односторонньому порядку всупереч волі носія громадянства, складно вписується в образ сучасної демократичної, правової держави. Проте, наразі світовій конституційній практиці відомі приклади як прийнято вважати демократичних, правових держав, як-то США, Федеративна Республіка Німеччина, Іспанія.

Вочевидь, застосування Президентом України цього повноваження має носити епізодичний, навіть винятковий характер. Обов'язковою умовою для запуску процедури позбавлення главою держави особи громадянства має бути наявність чіткої юридичної підстави у вигляді судового вироку за вчинений злочин проти своєї держави, який набув чинності. Більше того, було б доцільним передбачити умову, за якої таки вирок може стати підставою для позбавлення особи українського громадянства тільки після перегляду його у касаційному порядку Верховним Судом. Також у законі має бути визначено вичерпний перелік тяжких злочинів проти держави, засудження за які можуть стати правовою підставою для позбавлення особи українського громадянства. Ці запобіжники мають завадити ситуативному, політично вмотивованому чи спровокованому корупційною складовою застосуванню цього повноваження главою держави.

Таким чином, з одного боку, конституційне положення про Президента України як гаранта державного суверенітету, територіальної цілісності України набуде нового, більш раціонального, але вкрай необхідного у нинішніх реаліях, змісту. Крім того,

інкорпорація такої норми до чинного конституційного законодавства має сприяти зміцненню національної безпеки України. З іншого – такий крок законодавця має сприяти усвідомленню громадянами України відповідальності за долю своєї держави та неминучості їх покарання не тільки в кримінальному, а й конституційно-правовому порядку, за відверто недружні дії проти держави свого громадянства.

Предметом подальшої наукової дискусії у питанні розширення дискреційних повноважень Президента України у сфері громадянства, зокрема стосовно підстав та порядку його припинення, може стати питання визначення категорій осіб, до яких може бути застосовано процедуру позбавлення главою держави громадянства (наприклад, воно буде стосуватися усіх громадян України чи виключно натуралізованих).

Михайло Ноняк
Кандидат економічних наук

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ У КОНТЕКСТІ ЕФЕКТИВНОГО ВРЯДУВАННЯ ТА КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРИНЦИПІВ

Сьогодні практичного значення набула категорія ефективного урядування. Ця категорія за своєю суттю є багатогранною і включає цілий ряд аспектів. Одним з таких аспектів доцільно розглядати питання впливу дискреційних повноважень на ефективність урядування.

Варто відзначити, що дискреція або свобода розсуду урядовця має значення для ефективності урядування.

Так, уряд може виступати ефективним регулятором за умови наділення достатнім обсягом повноважень і його, і публічних службовців уповноважених на виконання урядових функцій. Без достатньої свободи уряд не зможе здійснювати ефективного управління національною економікою та деякі інші функції.

Однак, урядова свобода дій не може бути тотожна повному свавіллю. Обмеженням урядової дискреції має виступати закон. І найперше, Конституційні принципи. Зокрема, з практичної точки зору варто вести мову про обмеження урядової дискреції через принципи верховенства права та пріоритету прав і свобод людини. Урядовці повинні прораховувати реальний соціальний ефект від використання наданих ним законом дискреційних повноважень.

Це зумовлює потребу у пошуку балансу між дискреційними повноваженнями урядовців та конституційними принципами з метою забезпечення прав людини та економічних свобод ринку.

Важливим є вироблення комплексної урядової політики щодо недопущення зловживання публічними службовцями дискреційними повноваженнями. Вибачається доцільним запровадити спеціальне навчання урядовців щодо застосування дискреційних повноважень з акцентом на необхідності дотримання фундаментальних прав людини та ключових економічних свобод для вільного ринку.

Існують наступні ключові ризики необдуманого застосування дискреційних повноважень для забезпечення ефективного врядування:

1. Можливість корупційних впливів на прийняття урядових рішень;
2. Нарахування позицій ключових гравців ринку при формуванні економічної політики держави;
3. Ухвалення рішень, які не узгоджуються з нормами Конституції та законів;
4. штучне обмеження економічної свободи;
5. можливість прийняття актів спрямованих на обмеження фундаментальних прав і свобод людини.

Висновки:

Прагнення до ефективного врядування має супроводжуватися належною увагою до питання дискреційних повноважень та їх впливу на ефективність урядування.

ПОНЯТТЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ У ОРГАНІЗАЦІЇ ДІЯЛЬНОСТІ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ

Дискреційні повноваження – це комплекс прав і зобов’язань представників влади як на державному рівні, так і на регіональному, у тому числі представників суспільства, яких уповноважили діяти від імені держави чи будь-якого органу місцевого самоврядування, що мають можливість надати повного або часткового визначення і змісту, і виду прийнятого управлінського рішення. Також ця особа може вибирати рішення у передбачених для конкретних ситуацій нормативно-правових актах або схожих документах[1].

Як видається, для будь-яких видів діяльності поліції, зокрема охорони і захисту прав і свобод людини і громадянина, характерні такі специфічні ознаки:

1) ця діяльність професійна. Професіоналізм – важлива ознака цієї діяльності, виражається у систематичному, сумлінному і ефективному виконанні покладених на поліцію завдань;

2) це державно-владна (управлінська) діяльність, здійснювана поліцією, яка є складовою частиною системи правоохоронних органів.

Як видається, небезпідставною є характеристика поліцейської діяльності як державно-владної (управлінської), оскільки поліція – це одночасно орган влади (виконавчої) і управління (державного). Що ж у цьому випадку покладено в основу співвідношення понять «влада» і «управління», «виконавча влада» і «державне управління»?

Стосовно понять «влада» і «управління» простежується певна підпорядкованість і взаємозалежність: влада передбачає управління об’єктом, а управління передбачає здійснення над ним влади. Інакше кажучи, поняття «влада» первинне до поняття управління, оскільки не кожен працівник управління (наприклад, фахівці, технічні виконавці, частина функціональних керівників)

володіє реальною владою, але кожен працівник, наділений владними повноваженнями, виконує цілком певні функції управління.

Враховуючи це, коли ми говоримо про діяльність поліції як про державно-владну, маємо на увазі і те, що це є діяльність управлінська. Що стосується співвідношення виконавчої влади і державного управління, то тут потрібно виходити з того, що категорії ці різнорівневі, різнопорядкові. Для того, щоб привести їх до єдиного розуміння, необхідно згадати, що державне управління у вузькому значенні характеризується владним характером, а виконавча влада слугує цілям реалізації управлінських завдань. Так, виконавча влада – це категорія політико-правова, в той час, як державне управління – це категорія організаційно-правова. Право на існування мають обидві ці державно-правові категорії. Відповідно державне управління, без якого державно-владний механізм працювати фактично не може[2, с. 73].

Дискреційні повноваження національної поліції України реального характеру набувають в діяльності особливих ланок апарату (структурних підрозділів), що називаються департаментами, управліннями, секторами, відділеннями а по суті є органами управління національної поліції.

Та обставина, що в законодавстві державне управління механічно замінене виконавчою владою, викликає сумнів у правильності такого підходу. Річ у тому, що, говорячи про національну поліцію як орган виконавчої влади, передусім треба говорити не про абстрактну можливість владного впливу і його характеристики, а про систему органів національної поліції. Точно так само, як і при згадці про термін «національна поліція», в тому сенсі, в якому він існував і раніше діяв у законодавстві, уявляємо собі систему органів державного управління. У зв'язку з цим потрібно мати на увазі, що організаційно (у значенні переліку органів, що входять до структури). Національна поліція України, як орган державного управління у широкому сенсі здійснюють загалом державним органом, який у відповідності до законодавства України відноситься до органів державної виконавчої влади.

У вузькому сенсі національна поліція як орган державного

управління займається виконавчо-розпорядчою діяльністю, яка впливає на інші владні повноваження суб'єктів управлінської діяльності [3, с. 230].

У сучасній науці та практиці термін «виконавча влада» набув конституційного статусу, в той час, як термін «державне управління» є теоретичною категорією. У зв'язку з цим, говорячи про виконавчу владу і систему її органів, можемо виходити лише з того, що передбачає законодавство, а саме: виконавча влада здійснюється сукупністю органів, перерахованих у Конституції України (центральні та місцеві органи виконавчої влади). Однак уся проблема полягає у тому, що, виділивши в такий спосіб з системи державних органів органи виконавчої влади, вважаємо, що з об'єктивних причин у системі органів державної влади поліція не може бути віднесена до жодної з трьох гілок органів державної влади. Як не парадоксально, до таких органів належать: Президент України, Прокуратура України, Національний банк України тощо. І тут на допомогу приходить категорія державного управління (у вузькому смислі цього слова). Річ у тому, що державне управління у відповідному розумінні як теоретичне поняття уможливорює об'єднати систему органів виконавчої влади з вказаною сукупністю різноманітних владних суб'єктів за ознакою характеру своєї діяльності. Діяльність ця виразно і однозначно є виконавчо-розпорядчою [4, с. 443].

Отже, у межах дискреційних повноважень національна поліція України, як орган державного управління реалізує свої повноваження як орган виконавчої влади, та реалізовує виконавчо-розпорядчу діяльність інших органів держави та інших владних суб'єктів. Безумовно, у національній поліції переважальною є організаційна складова змісту зазначеного поняття. Однак логіка речей передбачає необхідність створення стрункої системи її структурних підрозділів, в якій немає місця для винятків із правил. Це врешті-решт, може привести до розширення системи органів виконавчої влади через включення до них усіх тих органів, які виконують в державному апараті виконавчо-розпорядчі функції, залишаючись при цьому за межами системи органів державної влади. На нашу думку, співвідношення цих ключових понять не можна визнати простим.

Список використаних джерел:

1. Джерело в інтернеті: <https://advocate.matviiiv.com> › (Дата звернення 12.05. 2021) .
2. Національна поліція, як основний суб'єкт забезпечення охорони прав і свобод людини / В. П. Кононець, І. С. Циб // Юридичний вісник. Повітряне і космічне право. – 2016. – № 3. – С. 73-78.
3. Адміністративна діяльність Національної поліції: навчальний посібник для підготовки до іспиту / Калюк О.М., Константинов С.Ф., Куліков В.А. та ін. / за ред. Кулікова В.А. — К.: «Освіта України», 2016. — 230 с.
4. Хольвінська О. Я. Місце і роль поліції у механізмі забезпечення права людини і громадянина в Україні /// Вісник Національного університету "Львівська політехніка". Юридичні науки. – 2016. – № 845. – С. 439-442.

Наталія Шаповал

к.ю.н.

*Кременчуцький національний університет
імені Михайла Остроградського*

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УМОВАХ СУЧАСНОЇ МУНІЦИПАЛЬНОЇ РЕФОРМИ

Місцеве самоврядування є відносно новим конституційно-правовим інститутом. Його розвиток протягом історії України був значною мірою переривчастим, не відзначався лінійною поступальністю. Водночас акумулювання національного та елементів зарубіжного досвіду для конструювання раціональної й життєздатної моделі місцевого самоврядування в Україні є нагальним науково-теоретичним та практичним завданням. Від його вирішення залежить успішність демократизації політичної системи, використання економічного і соціального потенціалу територіальних громад, активізація участі населення у вирішенні питань місцевого значення та у здійсненні самоврядної публічної

влади тощо [1, с. 14].

В юридичній літературі цілком правомірно відзначається певний організаційно-правовий дуалізм місцевого самоврядування як комплексного політико-правового феномену: з одного боку, цьому явищу властиві консерватизм, усталеність його завдань, принципів, функцій і самої системи місцевого самоврядування, а, з другого боку, воно є динамічним явищем, у край сприятливим для проведення потрібних поліпшення повсякденного життя громадян реформ [2, с. 184]. Такий висновок знаходить підтвердження як в історії розвитку місцевого самоврядування, на чому ми зупинимося окремо, так і в актуальних умовах розвитку локальної демократії, включно з інститутом місцевого самоврядування – як у найбільш передових демократичних державах, так і в країнах так званої «молодої демократії», до якої дослідники зараховують і Україну. Між тим, досі зберігає свою актуальність теза, висловлена понад 20 років тому про те, що муніципальна реформа в Україні «є однією з найважливіших серед комплексу реформ, які сьогодні потрібні Україні на шляху європейського розвитку. Фактично, від успіху саме цієї реформи залежить успіх усіх секторальних реформ, оскільки вона має забезпечити реальну участь громадян України в тих перетвореннях, які відбуватимуться в державі» [3, с. 7].

Дискреційні повноваження — це сукупність прав та обов'язків: органів місцевого самоврядування; осіб, уповноважених на виконання функцій місцевого самоврядування, що надають можливість на власний розсуд визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке приймається, або можливість вибору на власний розсуд одного з декількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом, проектом нормативно-правового акта.

Крім того, слід зазначити таке: у разі наявності у суб'єкта владних повноважень законодавчо закріпленого права адміністративного розсуду при вчиненні дій/прийнятті рішення, та встановлення у судовому порядку факту протиправної поведінки відповідача зобов'язання судом суб'єкта прийняти рішення конкретного змісту є втручанням у дискреційні повноваження.

Повноваження органів місцевого самоврядування не є дис-

креційними, коли є лише один правомірний та законно обґрунтований варіант поведінки суб'єкта владних повноважень[4].

Виходячи з поняття дискреційних повноважень ми можемо констатувати, що нинішня модель місцевого самоврядування в Україні є певним нестійким, внутрішньо суперечливим утворенням, зібраним з елементів радянської політико-правової спадщини, сконструйованим на основі довільного поєднання елементів громадівської та державницької концепцій, зі слабким і непослідовним урахуванням передового зарубіжного муніципально-правового досвіду. Результатом державних реформ протягом 1991-2014 років стало безсистемне реформування, експериментування з самоврядними інституціями та їх конструювання методом «спроб і помилок».

Взнаки далася також недостатня концептуальна та наукова забезпеченість муніципального реформування. Врешті, зазначена модель перестала відповідати критеріям раціональності, ефективності та адаптивної здатності до суспільних потреб.

Саме тому з 2014 року було розпочато новітній етап муніципальної реформи, що змушує як науковців, так і фахівців-практиків звернутися передусім до аналізу фундаментальних проблем організації та проведення муніципальної реформи. Від глибини й обґрунтованості такого аналізу та можливостей впливу на практику муніципального реформування багато в чому залежить системне удосконалення його правового регулювання як на конституційному, так і на законодавчому рівнях, що потребує належної доктринальної бази[1, с. 15].

Згідно з природою дискреційних повноважень муніципальна реформа як різновиду правової реформи, що здійснюється уповноваженими на те суб'єктами публічної влади у тісній взаємодії з місцевими територіальними колективами (громадами), інституціями громадянського суспільства, на основі чітко окресленої концепції (програми, стратегії) змін, супроводжується обов'язковим прийняттям низки нормативно-правових актів, що мають концептуально-проективний характер, і яка має завершитися зміною базових засад організації та функціонування місцевого самоврядування як інституту в цілому або його інституційних, організаційних, нормативно-правових чи фінансово-

економічних основ.

Виходячи з цих положень можна виокремити ознаки муніципальної реформи, у т.ч. такі:

- 1) це різновид правової реформи;
- 2) об'єктом цієї реформи є система місцевого самоврядування, що включає в себе публічно-владний (система органів місцевого самоврядування), діяльнісний (система муніципальних правовідносин) та суб'єктний (система суб'єктів місцевого самоврядування та суб'єктних – індивідуальних та колективних – муніципальних прав) зрізи;
- 3) ця реформа може включати конституційні зміни, а може відбуватися поза змінами конституційного характеру;
- 4) вона передбачає системне розгортання, розкриття та більш послідовне втілення конституційних засад місцевого самоврядування або ж зміну цих засад; 5) здійснюється на концептуально-проективному, нормативно-правовому та організаційному рівнях;
- 6) поєднує національний та універсальний досвід муніципалізму;
- 7) здійснюється на певній ідеологічній основі (громадівська чи державницька концепція місцевого самоврядування або їх комбінації);
- 8) має об'єктивний та еволюційний характер і, як така, слугує розвитку та зміцненню ідеології муніципалізму, конституціоналізму, демократизму, соціальної інтеграції та консолідації суспільства.

Список використаних джерел:

1. Шаповал Н.В. Муніципальна реформа в сучасній Україні: конституційно-правовий аналіз : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2021. 234 с.
2. Федоренко В. Л., Чернеженко О. М. Конституційні моделі місцевого самоврядування у державах – учасницях ЄС, Швейцарії та Україні: монографія. Київ: Ліра, 2017. 288 с.
3. Грицяк І. А. Державне управління в Україні: централізація і децентралізація. Київ: Вид-во УАДУ, 1997. 487 с.
4. Джерело в інтернеті: <https://i.factor.ua> > article-44419 (Дата звернення 12.05. 2021 року).

Голубов Артем

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, доцент
кафедри права, Національний аерокосмічний університет імені
М.Є. Жуковського «Харківський авіаційний інститут»*

РОЛЬ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ В ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ПРАВ, СВОБОД ЛЮДИНИ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Конституція тієї чи іншої країни як особливий та виключний нормативний акт найвищої юридичної сили має не тільки важливе значення з точки зору закріплення в ній основ державного ладу та визначення усього механізму держави. Не менш важливим завданням Основного Закону будь-якої держави, яка позиціонує себе як демократична, соціальна та правова, фактично одним із найважливіших завдань цього акта, є формування та забезпечення передумов для утвердження і забезпечення прав і свобод людини. Це насамперед стосується створення таких механізмів, які роблять вказані права і свободи реальними правовими можливостями особи, можливостями, які забезпечують її потреби у вільному розвитку своєї особистості. І не можна не погодитися в цьому контексті із позицією Конституційного Суду України, яка ним наведена у рішенні від 24 грудня 2004 року № 22-рп/2004, що забезпечення прав і свобод потребує, зокрема, законодавчого закріплення механізмів, які створюють реальні можливості для здійснення кожним громадянином прав і свобод. Безумовно, Конституція України із самого початку її розробки та прийняття була орієнтована на врегулювання суспільних відносин саме в цьому аспекті.

Однак, слід зазначити, що в сучасних умовах існування України, які характеризуються впливом зовнішніх (зокрема пов'язаних із загострення геополітичної ситуації в світі, поширенням та наслідками пандемії COVID-19, продовженням агресії Російської Федерації проти України тощо) та внутрішніх (високий рівень корупції в Україні, нестабільна соціальна-економічна ситуація в країні, криза у відносинах між гілками влади тощо) чинників, відбувається зміна змісту та характеру відповідних правовідносин, а їх окремі елементи потребують нових підходів до правового опосередку-

вання та гарантування. Але, попри дію вказаних чинників, що можуть впливати на реалізацію та дотримання, задекларованих в Конституції України пріоритетів (зокрема ст.ст. 2, 3, 6, 8, 9, 15, 19) правового регулювання суспільного ладу в країні, відносин людини, суспільства з державою, ці норми мають бути дотримані, а їх реалізація забезпечена на належному рівні.

В цьому контексті дуже важливо, щоб конституційні норми мали здатність не тільки виступати базовими стандартами правового регулювання суспільних відносин, закріплюючи їх. Важливо також і те, щоб ці норми мали властивість гарантій відповідного рівня правового забезпечення та стабільності існування цих відносин. Фактично слід вести мову про те, що норм Конституції України повинні створювати дієвий та ефективний механізм закріплення основних змістовних положень тієї чи іншої сфери, характеру правового регулювання в ній, а також основних підходів до визначення взаємин людини та держави у цій сфері. Тобто обсяг правового регулювання, зокрема сфери прав, свобод людини, у Конституції України, з одного боку, має бути статичним явищем, чітко закріплюючи відповідну сферу. Але, з іншого боку, таке правове закріплення має бути гнучким, щоб охоплювати та відповідати різним ситуаціям, які виникають у цій сфері в наслідок дії різних чинників.

Власне, що стосується питання прав і свобод людини у сфері кримінального судочинства, то відмічені аспекти стабільності та гнучкості норм Конституції України відіграють вкрай важливе значення в цій сфері. Адже вони слугують певними критеріями, за якими можна оцінити ступінь демократичності та правового характеру нашої держави та характеру судочинства в ній. Зокрема, це дає можливість визначити на скільки в державі дотримується засада верховенства права та тісно пов'язана із нею засада законності. Останні для кримінального судочинства мають вкрай важливе значення.

Насамперед мова йде про те, що Конституція України формує основи правового статусу особи в кримінальному судочинстві та визначає межі втручання держави в особі її органів в реалізацію людиною (громадянином) її прав і свобод. Тобто, роль Конституції України стосується фактично визначення кола фун-

даментальних прав і свобод особи, а також обов'язків держави щодо їх забезпечення і гарантування, які реалізуються під час кримінального провадження. Це стосується і підстав можливого обмеження прав і свобод особи з боку держави. Ці норми Основного Закону країни мають бути чіткими, зрозумілими та передбачуваними. Так у своєму рішенні від 20 грудня 2017 року № 2-р/2017 Конституційний Суд України прямо вказав, що принцип правової визначеності вимагає чіткості, зрозумілості й однозначності правових норм, зокрема їх передбачуваності (прогнозованості) та стабільності.

Також слід вказати на іншу роль Конституції України у сфері кримінального судочинства. Вона полягає в тому, що Основний Закон, закріпивши підходи до змісту та характеру правового регулювання взаємин людини та держави, забезпечує їх трансляцію у зміст чинних та майбутніх норм законів та підзаконних актів, які ухвалюються з огляду на необхідність урахування дії тих чи інших, у тому числі й негативних чинників, що впливають на зміст правового регулювання відповідних правових відносин. Приміром, це стосується врахування змісту відповідних норм Конституції України (ст. ст. 22, 28-32, 55, 59, 62, 63) при ухваленні нових норм КПК України. Прикладом таких норм є регламентація кримінального провадження за відсутності підозрюваного або обвинуваченого (*in absentia*) або особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції чи заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях.

Таким чином, можна зауважити на визначальну роль Конституції України в забезпеченні прав, свобод людини в кримінальному судочинстві. Це проявляється як власне в безпосередньому закріпленні прав і свобод особи у цій сфері, так і у створення правового поля, яке сприяє, гарантує та забезпечує їх належну реалізацію поза дії об'єктивних та суб'єктивних чинників. Причому, слід зазначити, що такий дуалізм конституційно-правового регулювання правового статусу особи – закріплення прав і свобод та одночасне формування відповідного механізму їх утвердження і забезпе-

чення, є однією з особливостей реалізації в Основному Законі нашої країни визнаної у світі концепції прав людини. Саме такий підхід, зокрема в сфері кримінального судочинства забезпечує можливість ефективної та належної реалізації особою своїх прав і свобод, а також їх поновлення в разі порушення. В контексті останнього зауваження, то у своєму рішенні від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012 Конституційний Суд України цілком обґрунтовано констатує той факт, що конституційні права і свободи є фундаментальною основою існування та розвитку Українського народу, а тому держава зобов'язана створювати ефективні організаційно-правові механізми для їх реалізації, адже відсутність таких механізмів нівелює сутність конституційних прав і свобод, оскільки призводить до того, що вони стають декларативними, а це є неприпустимим у правовій державі.

На цей час саме проблематика безпосередньої реалізації в кримінальному провадженні норм Конституції України як норм прямої дії, а також питання безумовного дотримання обов'язку діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, з боку правоохоронних та судових органів, їх посадових осіб, є найбільш актуальним питанням для юридичної науки та практики, яке потребує свого вирішення.

Література:

1. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень Закону України „Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвідомчості справ, пов'язаних із соціальними виплатами“ від 9 вересня 2010 року № 19-рп/2010. URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/19-rp/2010.doc>

2. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Трояна Антона Павловича щодо офіційного тлумачення положень статті 24 Конституції України (справа про рівність сторін судового процесу) від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012. URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/9-rp/2012.doc>

3. Рішення Великої палати Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 7 частини другої статті 42 Закону України "Про вищу освіту" від 20 грудня 2017 року № 2-рп/2017. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/2-p_2017.pdf

СОЦІАЛЬНИЙ РЕЙТИНГ ГРОМАДЯН: ЕТАТИСЬКИЙ ЗАШМАРК ЧИ ШАНС НА НОВІ ВЗАЄМИНИ ЛЮДИНИ ТА ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ?

Питання соціального рейтингування набуває особливої гостроти в умовах неминучої глобалізації та цифровізації сучасного суспільства. Кожен раз, коли його починають обговорювати – більшість не залишаються байдужими. При чому незалежно від континенту або країни. Однак ключове питання: так чи нова і, головне, страшна сама ідея соціального рейтингу громадян і як її можна реалізувати для користі суспільству?

Чи є соціальний рейтинг втіленням етатиського зашмарку та кінцем ідеалу необмеженої свободи індивіда чи це новий формат взаємин людини та публічної влади?

Китайський досвід експерименту впровадження соціального рейтингування

Відносно нещодавно демократичний світ шокувала інформація про те, що в Китаї, де перші кроки по соціальному рейтингу для власних громадян почали робити ще з 2010 року, продовжують замислюватися про його закріпленні на законодавчому рівні.

У самому рейтингуванні – загальна ідея полягає в сукупності позитивних або негативних дій громадянина з точки зору соціальної моралі і закону для отримання наступних привілеїв від держави або, навпаки, для обмеження в окремих правах. Наприклад, на отримання позик на пільгових умовах, пільг по податках, права на працевлаштування на певні державні посади і т.д. На даний момент існує три моделі соціального рейтингування в Китаї:

- загальнонаціональні «чорні списки» (їх ведуть різні держоргани: Верховний Суд Китаю, Міністерство культури і туризму, Нацбанк Китаю). Відкрито спеціальний сайт, де публікуються ці списки.

- рейтингова система в окремих великих містах, заснована на муніципальному законодавстві. Наприклад, найбільш просунулися в цьому питанні міста Суйнін і Жунчен. Системами передбачено, що жителі цих міст отримують початкове кількість балів, які вони можуть втратити, порушуючи ПДР, здійснюючи адмінпорушення. А нарахування балів йде за благодійність, догляд за людьми похилого членами родини і т.д. Громадяни, які мають високі рейтинги мають право на субсидії, додаткове соцзабезпечення від муніципалітету, пільги в сплаті місцевих податків та ін.
- соціальні бали фінансових установ, куди заносяться дані не тільки кредитної історії, поведінкові особливості клієнтів при здійсненні комерційних угод або працевлаштуванні, а й дані з соцмереж.

Однак, всі дані моделі рейтингування до сих пір не об'єднані в єдину систему. Всупереч нещодавнім фейк, який знайшов своє поширення в окремих ЗМІ, що нібито в Китаї вступив в силу з 1 січня 2021 року Цивільний Кодекс, де сформульовані положення про соціальний рейтинг.

Але це не означає, що така єдина глобальна система не може з'явитися в Китаї в найближчому майбутньому.

Досвід США та країн членів Європейського Союзу

Проте, крім Китаю, елементи системи соціального рейтингування вже давно існують в багатьох країнах, в тому числі в країнах ЄС і США. І як в будь-якій ідеї – важливі деталі. Тобто критерії, підходи і використання державними інститутами і приватними комерційними проектами даного рейтингування.

Так, наприклад, страхові компанії в Європі, розраховують коефіцієнт виплати на основі інформації, отриманої з соціальних мереж.

У Німеччині, наприклад, будь-який банк, який розраховує платоспроможність громадянина і, отже, процентні ставки для нього, ґрунтується на інформації, наданій Schufa (німецького приватного кредитного бюро).

Навіть комерційні AirBnB і Uber – відключають облікові записи, якщо власник будинку або водій повідомили про ваш «погану поведінку». Це лише кілька прикладів, які ясно показують,

що певна форма соціального рейтингування вже створена: безліч компаній, які збирають інформацію про вас і ця інформація призводить до наслідків у вашій реальному житті.

Соціальне рейтингування та українські реалії.

Прояви цієї системи на державному та комерційному рівнях існують і в Україні, однак так само розкидані по різних базах різних держорганів і відомств – МВС, Мін'юсту, Нацбанку, Мінекономіки, ДНС, Міграційної служби, Державної Прикордонної служби і т.д.

Для наочного прикладу – Реєстр боржників Мін'юсту – це в чистому вигляді ськоррінговая база, яка в режимі онлайн містить дані про боржників і ведеться з метою оприлюднення в режимі реального часу інформації про невиконані майнові зобов'язання боржників для запобігання відчуженню боржниками майна. Слід додати і такі приклади інформаційних баз та реєстрів, які ведуться державою щодо громадян, як:

- Реєстр МВС про судимості
- Базы розшуку МВС
- Реєстр осіб, щодо яких застосовані положення Закону України «Про очищення влади»
- Реєстр осіб, які вчинили корупційні правопорушення.

На сайтах центральних органів виконавчої влади так само можна цілком вільно і офіційно перевірити інформацію про фізосіб. Наприклад, ДПА на своєму сайті надає можливість перевірити – відсутній у конкретної фізичної особи податковий борг. А сайт Міносвіти – дає можливість перевірки в базі легальності будь-якого диплома про освіту. Прикладів різних баз, які ведуть держоргани і де можливо зібрати абсолютно легально інформацію про будь-якому громадянину України – можна наводити ще досить багато.

Нагадаю також, що крім держави, бази, що містять інформацію про фізосіб, ведуть і різні громадські організації. Наприклад, ЦПК (Центр протидії корупції) веде Базу Пепово (Відкритий реєстр національних громадських діячів).

Також нагадаю, що в КК і КУпАП містяться норми щодо індивідуалізації покарання і вказують, що ступінь покарання визначається особистістю правопорушника. Ознаки, що характери-

зують особу винного, є невід'ємними обставинами, які повинні прийматися до уваги судом при обранні виду та розміру покарання за вчинений злочин або адміністративне правопорушення. Раніше в судовій практиці для цього використовувалися свідчення і довідки-характеристики з місця роботи. Але це все одно той же елемент рейтингування.

Технології соціального рейтингування (скоррінга) застосовують в Україні та комерційні компанії: банки і страхові компанії застосовують його для кредитних історій клієнтів і оцінки надійності. Я вже не кажу про збір персональних даних навіть без нашої на те згоди з боку соціальних мереж, Інтернет-браузерів, різних комп'ютерних програм, веб-ресурсів.

Відповідно, якщо уважніше і без зайвих емоцій проаналізувати дане питання, то можна прийти до висновку, що, так само як і в Китаї, в інших розвинених країнах Європи і Америки, а також в Україні є всі прояви репутаційного скоррінга на державному і приватному рівні. І вони вже більш поширені, ніж прийнято вважати.

Так чому ж не настав час широкої ПРОФЕСІЙНОЇ дискусії на тему: як створити інтеграцію накопленої інформації в єдину інформаційну базу, що охороняється державою, для більш ефективного розподілу соціальних благ.

Багато критики цієї ідеї дивляться поверхово на питання і кажуть як аргумент «проти» лише те, що це занурення суспільства в тотальну диктатуру. Однак, подібні аргументи вичерпуються, якщо врахувати, що держава і так знає, все що хоче про своїх громадян, але не здатне це поки використовувати на благо самих громадян і захистити їх від репутаційного скоррінга з боку недобросовісних комерційних компаній. Те, що цілком очевидно: необхідно ці дані почати нормувати, систематизувати та впорядкувати на законодавчому рівні і максимально пустити на благо самого суспільства. Для цього єдина система репутаційної оцінки повинна:

- базуватися на офіційних правилах і стандартах регулювання;
- містити опис чітких критеріїв оцінки і джерел одержання інформації про громадян;

- встановлювати набір стимулів і обмежень, заходів щодо захисту прав та інтересів громадян, а також заходів регулювання та сприяння розвитку системи оцінки на перспективу;
- включати законодавчі основи по відповідальності державних і приватних установ, що беруть участь в системі репутаційної оцінки.

Що це потенційно дасть на практиці, приведу на двох простих прикладах – юридичному та соціальному.

Превенція, як основа успішної боротьби зі злочинністю всіх видів – нарешті то може з'явитися для українських правоохоронних органів. У кримінології є одна з «аксіом»: головним напрямком боротьби зі злочинністю має бути її попередження. А досвід розвинених держав вже давно довів, що кожен умовний євро, продумано спрямований державою на профілактику правопорушень, буде для суспільства в 10 разів результативніше, ніж ліквідація вже наслідків цих правопорушень. Як приклад – протидія наркоманії. Державі в особі правоохоронних органів набагато ефективніше контролювати маргінала через застосування інструментів соціального рейтингу.

Ольга Дженжебір

Кандидат наук із соціальних комунікацій

ДИСКРЕЦІЙНІ АСПЕКТИ НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ ГРОМАДЯНАМИ УКРАЇНИ

Визначені Конституцією та законами України засади набуття права власності на землю часто є прикладом застосування дискреції. Пов'язано це, насамперед, з великою кількістю суб'єктів, які наділені повноваженнями це право реалізовувати. Таким чином, існує потреба в законодавчій уніфікації норм земельного законодавства, а особливо на рівні територіальних громад у контексті децентралізації.

Ключові слова: дискреція, органи місцевого самоврядування, земля.

Згідно з ст. 13. Конституції України земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу. Від імені Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених цією Конституцією. Усі суб'єкти права власності рівні перед законом. Відповідно до ст.14 право власності на землю гарантується. Це право набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону [2]. Тобто рівність прав прямо передбачена основним законом держави. Водночас уже на етапі отримання позитивного рішення на користь заявника від органу місцевого самоврядування є різні випадки. Особливістю таких рішень є те, що їх майже не можливо оскаржити. Наприклад, коли перевага при наданні дозволу на виготовлення проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки у власність віддавалась працівникам соціальної сфери. Чи, наприклад, тенденцією останніх років було набуття права власності на земельні ділянки окремої категорії осіб – бійців АТО. Земельним законодавством останніх років для органів місцевого самоврядування імперативно не було передбачено, що зазначеним особам надається виключна пріоритетність і не була запропонована так звана “спрощена система приватизації”. Відповідно до розпорядження № 898-р. від 19 серпня 2015 року Державній службі з питань геодезії, картографії та кадастру (реорганізоване Держземагентство), обласним та Київській міській державним адміністраціям за участю органів місцевого самоврядування було поставлено завдання визначити земельні ділянки, котрі передаватимуться учасникам АТО, а також зазначено про розгляд в першочерговому порядку звернення учасників антитерористичної операції та сімей загиблих учасників антитерористичної операції щодо відведення їм земельних ділянок [3]. Але це розпорядження було рекомендаційним. Тому рішення про надання дозволу на складання проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки у власність у першу чергу цій категорії громадян є дискреційними. Також на практиці землевпорядні

організації, до яких звертаються бійці АТО, досить часто при виготовленні проектів землеустрою докладають копію документу УБД. Статтею 50 Закону України “Про землеустрій” така складова у цій документації не передбачена. Таким чином, держава здійснює підтримку саме цих громадян, хоча вони користуються правами, визначеними ст. 118 Земельного кодексу України, тобто загальними нормами. Водночас, хоч і передбачено рівність в отриманні можливості приватизувати земельну ділянку бійцями АТО, є відмови у дозволі на складання проекту землеустрою. Таким чином, є можливість говорити про існування групової дискреції, коли рішення про дозвіл/відмову у розробці проекту землеустрою приймається не одноосібно, а групою осіб – наприклад, радою органу місцевого самоврядування, який не функціонує у одноманітному переліку дій чи чітко прописаному законодавством алгоритмі щодо прийняття рішень.

Дискреція в отриманні права власності на землю часто відбувається під час так званого “екстериторіального погодження” документації із землеустрою, тобто отримання висновку про розгляд такої документації експертом державної експертизи (приклад одноосібною дискреції). Не поодинокими є випадки, коли при повторній експертизі висновок містить ряд абсолютно нових зауважень, або подані зауваження виходять за межі вимог до проектів, визначених земельним законодавством. Експерт при повторній експертизі таким чином виходить за межі ч.8 ст. 186-1 Земельного кодексу України про повноваження органів виконавчої влади в частині погодження проектів землеустрою щодо відведення земельних ділянок: “Органами, зазначеними в частинах першій – третій цієї статті, може бути відмовлено у погодженні проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки лише у разі, якщо не усунуто недоліки, на яких було наголошено у попередньому висновку. Не можна відмовити у погодженні проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки з інших причин чи вказати інші недоліки”. Разом з тим у цій же частині цієї ж статті законодавець надав право вибору виконавцеві робіт із землеустрою: “повторна відмова не позбавляє права розробника проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки усунути недоліки проекту та подати його на погодження” [1]. У тако-

му випадку інженер-землевпорядник застосовує дискрецію.

Дискреція відбувається і при наданні погоджувального висновку управлінням містобудування та архітектури для проектів “для садівництва” чи “для особистого селянського господарства”. Так у складі проектів землеустрою для ділянок зазначеного цільового призначення з відсутнім чи не запланованим будівництвом нерідко є висновки структурних підрозділів містобудування та архітектури, хоча прямої вимоги на їх обов’язковість немає і велика кількість саме таких проектів реєструється без погодження архітекторів.

Таким чином, на багатьох етапах набуття права власності на землю є дискреція, яка передбачає різні юридичні алгоритми в земельному законодавстві від подання заявником клопотання і аж до державної реєстрації власником прав власності на земельну ділянку.

Список використаних джерел:

1. Земельний кодекс України від 25.10.2001 № 2768-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14#Text> (дата звернення: 29.04.2021)

2. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#n4603> (дата звернення: 29.04.2021)

3. Питання забезпечення учасників антитерористичної операції та сімей загиблих учасників антитерористичної операції земельними ділянками: розпорядження Кабінету Міністрів України від 19 серпня 2015 р. № 898-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-2015-%D1%80#Text> (дата звернення: 29.04.2021)

Olha Andriiv
Kandidat der phil. Wissenschaften
(PhD), König Danylo Universität, Iwano-Frankiwsk

VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN VON DEN BEFUGNISSEN DES BUNDESPRÄSIDENTEN DEUTSCHLANDS

Die Idee eines Staatsoberhauptes, als Notwendigkeit zur Symbolisierung staatlicher Einheit, ist bereits im römischen Recht der Antike bekannt. Das Präsidentenamt im heutigen Sinne wurde zum ersten Mal am Ende des 18. Jahrhunderts in den USA eingeführt. In Europa waren Frankreich und die Schweiz Pioniere dabei und führten es 1848 ein [2, S. 2]. Das Präsidentenamt in der deutschen Geschichte ist mit der Weimarer Republik verbunden. Damals wurde der Reichspräsident unmittelbar vom Volk gewählt; er war mit umfangreichen Befugnissen ausgestattet und stellte eine Art "Ersatzkaiser" dar. In parlamentarischen Krisensituationen sollte der Reichspräsident in der Lage sein, selbst die Staatsgeschäfte maßgeblich zu beeinflussen. Reichspräsident von Hindenburg nutzte diese Möglichkeiten gegen Ende der Weimarer Republik in unheilvoller Weise. Als historische Konsequenz entschied sich der Parlamentarische Rat dafür, die politischen Rechte des Bundespräsidenten stark zu begrenzen, ohne auf dieses Amt zu verzichten. Der Bundespräsident sollte weiterhin ein "Repräsentant der Volkseinheit" sein [4].

Doch was macht eigentlich ein Staatsoberhaupt in einem demokratischen Staat überhaupt notwendig? Die Frage muss weiter in Richtung der Aufgaben eines Staatsoberhauptes – Präsidenten verfolgt werden. In unserer Arbeit werden wir uns mit diesen Fragen beschäftigen und werden auch versuchen zu klären, ob ein Bundespräsident weit mehr Verantwortung trägt, als es auf den ersten Blick scheint. Weiterhin sollen Grenzen der Aufgaben und Befugnisse sowie die verfassungsmäßige Realität analysiert werden.

1. Wahlen

Wählbar für das Amt des Bundespräsidenten ist jeder Deutsche, der die Wählbarkeit zum Bundestag besitzt und das vierzigste Lebensjahr vollendet hat, Art. 54 Abs. 1 S. 2 GG. Die Wahl erfolgt

durch die Bundesversammlung (Art. 54 Abs. 1 S. 1 GG), die ausschließlich zu diesem Zweck einberufen wird. Mitglieder der Bundesversammlung sind die Abgeordneten des Bundestages und eine gleiche Anzahl von Vertretern, die durch die Landesparlamente im Wege der Verhältniswahl bestimmt wurden, Art. 54 Abs. 3 GG. Die Amtsperiode beträgt fünf Jahre. Wiederwahl ist nur einmal zulässig, Art. 54 Abs. 2 GG. Zur Wahl des Bundespräsidenten ist die absolute Mehrheit der Stimmen der Bundesversammlung erforderlich. Kommt diese auch im zweiten Wahlgang nicht zustande, so reicht im dritten Wahlgang die einfache Stimmenmehrheit, Art. 54 Abs. 6 GG. Ein **Rücktritt des Bundespräsidenten** ist im Grundgesetz nicht vorgesehen [3]. Seit dem 19. März 2017 ist Frank-Walter Steinmeier Bundespräsident von Deutschland.

2. Befugnisse und Aufgaben

Die Funktionen des Bundespräsidenten liegen in erster Linie in der **Repräsentation** und der **Integration**. Er repräsentiert Staat und Volk der BR Deutschland nach innen und außen und soll die Einheit des Staates verkörpern. Auf welche Weise der Bundespräsident das macht, entscheidet er grundsätzlich selbst. Aufgrund des Rechtsstaatsprinzips unterliegt aber auch sein Handeln der Bindung an die Verfassung und Gesetze [1, S. 25].

Die **Integrationsfunktion** kommt durch die Überparteilichkeit der Amtsführung zum Ausdruck: Der Bundespräsident muss auch einen politischen Gegner zum Bundeskanzler ernennen, wenn dieser gewählt wird und darf nicht die Ausfertigung von Gesetzen verweigern, weil er sie für politisch schädlich hält. Ein Bundespräsident, der Mitglied einer Partei ist, lässt seine Parteimitgliedschaft während seiner Amtszeit traditionellerweise ruhen [4].

Der Bundespräsident agiert in der breiten Öffentlichkeit vor allem **durch Reden** zu wichtigen Anlässen und sonstigen öffentlichen Diskussionsbeiträgen. Autorität und Würde seines Amtes kommen gerade auch darin zum Ausdruck, dass es auf vor allem geistig-moralische Wirkung angelegt ist.

Der Bundespräsident **ernennt und entlässt den Bundeskanzler und die Bundesminister**. Darüber hinaus ernennt er grundsätzlich alle Bundesbeamten, Bundesrichter, Offiziere und Unteroffiziere der Bundeswehr (Art. 60 Abs. 1 GG), soweit der diese Befugnis nicht auf

andere Behörden übertragen hat (vgl. Art. 60 Abs. 3 GG). Auch bei der **Ernennung der Bundesminister** kommt dem Bundespräsidenten kein Ermessensspielraum zu. Zwar spricht Art. 64 Abs. 1 GG lediglich von einem „*Vorschlag*“ des Bundeskanzlers. Die Einrichtung der Bundesministerien und die Auswahl der Bundesminister ist aber Ausdruck der Organisations- und Personalgewalt des Bundeskanzlers. Sie kann nicht vom Bundespräsidenten dadurch umgangen werden, dass er die „*Vorschläge*“ des Bundeskanzlers ablehnt. Auch insofern ist der Bundespräsident auf eine formelle Weise beschränkt und darf die Ernennung nur dann ablehnen, wenn ihr rechtliche Gründe entgegenstehen [2; 4].

Die Befugnis zur **Auflösung des Bundestages** steht dem Bundespräsidenten in zwei Fällen zu: Nach einer gescheiterten Kanzlerwahl gem. Art. 63 Abs. 4 S. 3 GG dann, wenn in einem dritten Wahlgang zwar ein Bundeskanzler gewählt wurde, aber nicht mit der absoluten Mehrheit der Stimmen. Weiterhin kann der Bundespräsident über die Auflösung des Bundestages nach einer gescheiterten Vertrauensabstimmung nach Art. 68 Abs. 1 S. 1 GG entscheiden.

Der Bundespräsident hat auch die Aufgabe, Gesetze zu prüfen. Wenn die Politiker im Bundestag und im Bundesrat ein neues Gesetz beschlossen haben, wird es dem Bundespräsidenten vorgelegt. Nach Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG werden nur „*nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes zustande gekommene*“ Gesetze ausgefertigt und verkündet. Ausfertigung meint dabei zum einen die **Beurkundung**, dass der Gesetzestext mit dem vom Bundestag beschlossenen Gesetzesinhalt übereinstimmt („**Authentizität**“) und zum anderen, dass das Gesetz nach den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommen ist („**Legalität**“). Die Beurkundung erfolgt durch die Unterschrift des Bundespräsidenten und die Beifügung seines Siegels. Darüber hinaus erfüllt der Bundespräsident die Aufgabe des „**Staatsnotars**“ [4].

Der Bundespräsident übt Art. 60 Abs. 2 GG das **Begnadigungsrecht** aus. Begnadigt werden in erster Linie Straftäter, das Begnadigungsrecht kann jedoch auch in Disziplinar- und Bußgeldsachen ausgeübt werden. Das Begnadigungsrecht betrifft nur **konkrete Einzelfälle**. Der Erlass von Strafen für ganze Täter- oder

Deliktsgruppen kann nur durch Gesetz ausgesprochen werden. Begnadigung bedeutet, dass dem Betroffenen seine Strafe oder sonstige Sanktion zumindest zum Teil erlassen wird [4].

Kurz zusammenfassend kann man sagen, dass das Präsidentenamt in Deutschland mehr vertretenden Charakter hat, was aus zwei wichtigsten Befugnissen des Bundespräsidenten folgt: der Repräsentation und der Integration. Als Beweis für die Schwäche der Position des Bundespräsidenten kann der Rücktritt von Horst Keller Ende Mai 2010 dienen – er verließ den Posten wegen Kritik an seinen Äußerungen zum Auslandseinsatz deutscher Truppen.

Abkürzungen

GG – Grundgesetz

Art. – Artikel

Abs. – Abschnitt

Quellenverzeichnis

1. Система державного управління Федеративної Республіки Німеччина: досвід для України / авт.-упоряд. : Ю. В. Ковбасюк, С. В. Загороднюк, П. І. Крайнік; за заг. ред. Ю. В. Ковбасюка. – К. : НАДУ, 2010. – 76 с.

2. Pommer B. Der Bundespräsident. Aufgaben und tatsächliche Funktionen in der deutschen Politik. – München: GRIN Verlag, 2007. – 28 S. <https://www.grin.com/document/78331>

3. <https://www.juracademy.de/staatsorganisationsrecht/bundespraesident.html>

4. <https://www.bundespraesident.de/DE/AmtundAufgaben/Verfassungsrechtliche-Grundlagen/verfassungsrechtliche-grundlagen-node.html>

5. <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>

Віталій Коломієць
Аспірант кафедри
конституційного права та порівняльного правознавства
Ужгородського національного університету

ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ МІНІСТЕРСТВА ВНУТРІШНІХ СПРАВ ТА ЗВУЖЕННЯ КОЛА ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ МІНІСТРА ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ

Конституція України містить у кількох своїх аложеннях фактичну згадку про Міністерство внутрішніх справ України. Згідно ст. 17 Конституції України зазначається – «забезпечення державної безпеки і захист державного кордону України покладаються на відповідні військові формування та правоохоронні органи держави, організація і порядок діяльності яких визначаються законом.»

Крім того, відповідно до ст. 107 Конституції координаційну функцію між органами влади в сфері безпеки і оборони виконує Рада національної безпеки та оборони України, яка також здійснює контроль за органами виконавчої влади у цій сфері. У відповідності до Закону України «Про Раду національної безпеки і оборони» до складу Ради національної безпеки і оборони України за посадою входять Прем'єр-міністр України, Міністр оборони України, Голова Служби безпеки України, Міністр внутрішніх справ України, Міністр закордонних справ України.

На підставі вище наведеного є усі підстави стверджувати, що конституціодавець приділяє спеціальну увагу правовому статусу Міністерства внутрішніх справ України і це зумовлює наступні висновки:

- 1) Існує конституційна детермінанта потреби прийняття Верховною Радою України спеціального закону щодо Міністерства внутрішніх справ України;
- 2) Існує розмежування функцій Міністерства внутрішніх справ з правоохоронними органами в розумінні конституціодавця;
- 3) Міністерство внутрішніх справ в розумінні конституціоно-

давця має політичну природу і тому має бути відмежовано від безпосередньої правоохоронної діяльності.

Варто відзначити, що положення Конституції України прийнятої Верховною Радою України 28 червня 1996 року випередила логіку законодавця, який тільки в 2015 році з прийняттям Закону України «Про національну поліцію» спромігся до певного розмежування політичного органу Міністерства внутрішніх справ України та правоохоронного органу національної поліції України. Прийняття законодавцем закону з наявністю такого розмежування у базовому вигляді є безумовною додатковою підставою для прийняття Закону України «Про Міністерство внутрішніх справ України» з метою поглиблення такого розмежування та звуження меж дискреційних повноважень міністра Внутрішніх справ України щодо структур Національної поліції України.

Таке звуження має наступні передумови:

- 1) Потребу в реальній деполітизації національної поліції;
- 2) Потребу в європеїзації моделі повноважень Міністерства внутрішніх справ з акцентом на політичній функції;
- 3) Потребу в посиленні захисту фундаментальних прав людини від загрози політичного втручання в діяльність Національної поліції України.

Окреслені маркери потреби в прийнятті парламентом спеціального закону для врегулювання правового статусу Міністерства внутрішніх справ України та обмеження його дискреційного впливу на Національну поліцію України є раціональними з огляду на європейський вектор інтеграції України та на нагальну потребу в підвищенні ефективності національного механізму захисту прав людини.

Ореховський Микола
Аспірант кафедри
конституційного права та порівняльного правознавства
Ужгородського національного університету

АКСІОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ЗАХИСТУ КОНСТИТУЦІЙНОГО ЛАДУ ТА ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

Будь-яка демократія засновується на певних принципах, що становлять собою аксіологічну основу для її функціонування. Такі принципи узагальнено можна вважати спрямованими на обмеження публічної влади у можливостях втручання в життя індивіда.

Сьогодні в науці конституційного права дуже мало уваги приділяється ролі органів публічної влади у захисті демократичного конституційного ладу. Зовсім мало уваги приділяється питанню аксіологічного зв'язку між повноваженнями органів публічної влади та захистом конституційного ладу.

Слід відзначити, що конституційно-правовий статус будь-якого з ключових органів публічної влади є безпосередньо пов'язаним з принципом Верховенства права і його ключовим складником принципом правої визначеності. Цей взаємозв'язок зумовлює потребу в виробленні теоретико-правового розуміння наділення конституціонодавця органів публічної влади певними повноваженнями. Не відкидаючи багатогранність задуму конституціонодавця при конструюванні конституційно-правового статусу певного органу публічної влади – варто відзначити фундаментальність його підходу до питання захисту демократичного конституційного ладу. Системний аналіз Конституції України показує аксіологічні людиноцентристські та демократичні маркери, що виступають основою побудови певних меж реалізації дискреційних повноважень наданих конституціонодавцем Президенту України, Верховній Раді України або Кабінету Міністрів України.

Так, наділення конституціонодавцем Президента України спеціальними повноваженнями у сфері національної безпеки є безпо-

середньо покликаним захистити демократичний конституційний лад. Аналіз положень ст. 106 Конституції України ясно показує дискреційність таких повноважень та залежність їх реалізації

Від конституційного статусу глави держави визначеного в ст. 102 Конституції України.

Аналогічну ситуацію можемо побачити з наділенням конституціонодавцем парламенту права ухвалювати закони, які мають бути спрямованими на захист демократичного конституційного ладу.

Досить схожою є ситуація з наділенням конституціонодавцем уряду повноважень здійснювати державне регулювання в певній сфері. Очевидно, що і тут конституціонодавець дає органу публічної влади механізм для певного захисту конституційного ладу.

Слід констатувати, що наділення органів публічної влади на конституційному рівні певними повноваженнями апріорно є пов'язаним з створенням конституціонодавцем механізмів захисту демократичного устрою та еконституційного ладу. Дискреційні повноваження органів публічної влади тут виступають одним з тонких інструментів можливого захисту демократії та ключових елементів конституційного ладу.

Анна Вигівська

аспірантка кафедри конституційного права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ РОЗПОРЯДНИКА ВИБОРЧОГО ФОНДУ КАНДИДАТА НА ПОСТ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ ЩОДО ФІНАНСУВАННЯ ВИБОРІВ

Після набрання чинності 1 січня 2020 року прийнятого Верховною Радою України 19 грудня 2019 року Виборчого Кодексу України (далі – ВКУ) було кодифіковано виборче законодавство узагальнюючи нормативні акти, які регламентують вибори Президента України, народних депутатів України та місцевих виборів.

Фінансування виборів Президента здійснюється за рахунок коштів державного бюджету виділених на підготовку та проведення виборів, а також виборчих фондів кандидатів на пост Президента України [2].

- В даному контексті цікавлять межі повноважень кандидата на пост Президента щодо фінансування власної виборчої кампанії та наявні законодавчі обмеження.
- Згідно зі статтею 93 ВКУ виборчий фонд кандидата на пост Президента України має один накопичувальний рахунок, на який надходять кошти для фінансування виборчої кампанії кандидата на пост Президента України, а також поточні рахунки, з яких здійснюється фінансування витрат на виборчу кампанію. На поточні рахунки кошти надходять виключно з накопичувального рахунку виборчого фонду кандидата на пост Президента України [2].

Кандидат на пост Президента України зобов'язаний відкрити рахунки свого виборчого фонду не пізніше як на десятий день з дня його реєстрації Центральною виборчою комісією. Підставою для відкриття накопичувального рахунку виборчого фонду кандидата є копія рішення Центральної виборчої комісії про реєстрацію кандидата на пост Президента України. Підставою для відкриття поточного рахунку виборчого фонду кандидата є довідка банку про відкриття накопичувального рахунку виборчого фонду [2].

Порядок відкриття і закриття рахунків виборчого фонду кандидата на пост Президента України встановлюється Національним банком України за погодженням з Центральною виборчою комісією не пізніше як за вісімдесят три дні до дня виборів [2; 5].

Витрачання коштів з поточного рахунку виборчого фонду здійснюється виключно у безготівковій формі. Інформація про відкриття накопичувального рахунку відповідного виборчого фонду та його реквізити розміщується на офіційному веб-сайті Центральної виборчої комісії [5].

Витрачання коштів з поточних рахунків виборчого фонду припиняється о 18 годині останньої п'ятниці перед днем виборів або днем повторного голосування.

Відповідно до статті 94 ВКУ Центральна виборча комісія, Національне агентство з питань запобігання корупції та банк, в

якому відкрито рахунок виборчого фонду здійснюють контроль виборчих фондів кандидатів на пост Президента України [2; 5].

Окрім цього, банк, в якому відкрито рахунок виборчого фонду, надає Центральній виборчій комісії та Національному агентству з питань запобігання корупції щотижнево (щоденно) або за зверненням відомості про розміри та джерела внесків, що надійшли на рахунки виборчого фонду, рух коштів, а також їх залишки на рахунках [2].

Кандидат в Президенти призначає з числа своїх довірених осіб в єдиному загальнодержавному виборчому окрузі, не більше двох розпорядників накопичувального рахунку виборчого фонду, які мають виключне право на розпорядження згідно із законом коштами, що надходять на накопичувальний рахунок. Розпорядники накопичувального рахунку виборчого фонду зобов'язані вести облік надходження та розподілу коштів, що надходять на накопичувальний рахунок виборчого фонду, між поточними рахунками.

Згідно із ВКУ кандидат на пост Президента України призначає з числа своїх довірених осіб, по одному розпоряднику поточного рахунку виборчого фонду у відповідному територіальному окрузі, який має виключне право на розпорядження коштами з відповідного поточного рахунку виборчого фонду. Розпорядники поточних рахунків забезпечують додержання фінансової дисципліни та цільове використання коштів виборчого фонду, ведуть облік використання коштів відповідного поточного рахунку виборчого фонду [2].

Банк, в якому відкрито накопичувальний або поточний рахунок виборчого фонду, надає розпорядникові відповідного рахунку щотижнево (щоденно) або за зверненням відомості про розміри та джерела внесків, що надійшли на рахунки виборчого фонду, рух коштів, а також їх залишки на рахунках.

Цікавим моментом, який проявляє дискреційні повноваження учасників Президентських виборів є порядок формування виборчого фонду та використання його коштів. Окрім того, що внески до фонду здійснюються виключно в грошовій формі, розмір не повинен перевищувати 90 000 розмірів мінімальних заробітних плат [3]. Станом на 2021 рік верхня межа становить 540 млн.

гривень.

Якщо кандидат в Президенти висувається політичною партією або шляхом самовисування, загальний розмір добровільного внеску від фізичної особи не має перевищувати 400 розмірів мінімальних заробітних плат (станом на 2021 рік ця сума дорівнює 2 млн. 400 тисч грн.), а від юридичних осіб ця сума вдвічі більша [3].

Цілком справедливим є забезпечення ідентифікації цієї особи незалежно від виду банківської операції.

Законодавець надає право розпоряднику накопичувального рахунку виборчого фонду право відмовитися від внеску до виборчого фонду, про що він подає відповідну заяву та платіжний документ до банку, в якому відкрито накопичувальний рахунок виборчого фонду. У цьому випадку внесок повертається особі, яка його здійснила, а в разі неможливості повернення зараховується до державного бюджету.

Аналогічна процедура відбувається, якщо надходження перевищує встановлений Законом України «Про політичні партії в Україні» максимальний розмір. Тут застосовується попередній порядок лише щодо суми, яка перевищує максимальний розмір.

Виборчий Кодекс України зобов'язує розпорядника накопичувального рахунку виборчого фонду відмовитися від внеску особи, яка не має права здійснювати такий внесок. Банк у такому випадку перераховує такий внесок до державного бюджету [2].

Таким чином, чинне виборче законодавство України визначає достатнє коло повноважень розпорядників виборчих фондів кандидатів на пост Президента України. При цьому встановлюючи максимальний розмір такого фонду, максимальні внески одночасно не обмежуючи мінімальними розмірами. При цьому є обмеження щодо фінансування від певного кола осіб. Тим не менше, такі обмеження лише створюють максимально ефективні умови контролю та недопущення впливу від зацікавлених суб'єктів.

Список використаних джерел:

1. Конституція України. від 28 червня 1996 р. в редакції станом на 1.01.2020 р. [Електронний ресурс]. Режим доступу – <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

2. Виборчий Кодекс України від 19.12.2019 р. [Електронний ресурс]. Режим доступу – <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/396-20/ed20200703#n1799>

3. Закон України «Про політичні партії в Україні» [Електронний ресурс]. Режим доступу – <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2365-14#n244>

4. Закон України «Про національний банк України» [Електронний ресурс]. Режим доступу – <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14#Text>

5. Закон України «Про Центральну виборчу комісію» [Електронний ресурс]. Режим доступу – <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/396-20/ed20200703#n1799>

*Андрій Матат,
аспірант,
Київський національний університет
імені Тараса Шевченка*

КОНСТИТУЦІЙНІ ПРИНЦИПИ ЯК ОБМЕЖЕННЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

Однією із актуальних проблем функціонування органів публічної влади є дискреційні повноваження, які, як відомо, означають свободу розсуду при прийнятті тих чи інших рішень. Запропонована тематика тез доповіді обґрунтовується тим, що дискреція породжує ряд практичних проблем, які впливають на правовий порядок в державі, де діяльність органів публічної влади конституційно обмежена.

За таких умов, постає питання про рамки дискреційних повноважень органів публічної влади, тому що функціонування законодавчої, виконавчої та судової гілок влади має суттєві обмеження. Так, у представлений темі пропонуємо розглянути межі дискреційних повноважень крізь призму конституційних принципів.

Конституційне право як основа правової системи має розглядатись з точки зору цінностей та принципів, які захищає конституція або конституційні акти, в залежності від особливостей

правової системи та її традицій. Загалом, світові конституції стали втіленням основної ідеї конституціоналізму, а саме обмеженого правління через гарантію прав людини. У цій, ніби, простій тезі криється увесь спектр сучасних проблем, які гальмують реалізацію вказаної ідеї.

Візьмемо до уваги приклад України. Функціонування законодавчої, виконавчої та судової гілок влади визначаються Конституцією та законами України. Крім того, повноваження Президента України вичерпно визначені статтею 106 Конституції. Понад тим, дискреційні повноваження мають місце як у діяльності Президента України, так й інших органів публічної влади, що актуалізує питання про визначення меж дискреції, особливо в умовах демократії, що розвивається.

Конституція України покладає обов'язок на органи державної влади та органи місцевого самоврядування *«діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України»* (стаття 19.2). Статтею 3.2 Конституції закріплено, що *«Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави»*. Таким чином, виходячи зі змісту наведених конституційних норм, можна говорити про загальні риси, якими Конституція обмежує функціонування органів публічної влади, які уособлюють державу, що має обов'язком утверджувати та забезпечувати людські права.

Більш конкретно, з точки зору меж свободи розсуду в діяльності публічної влади, можна зауважити на тому, що конституційні принципи становлять собою такі обмеження в конституційній демократії.

До слова, конституційні принципи за своїм універсальним характером слід віднести до рамок дискреційних повноважень, спираючись на які має реалізовуватись свобода розсуду публічної влади усіх рівнів. Так, наприклад, виокремимо такі, як: принцип правової держави (стаття 1), принцип поділу влади (стаття 6), принцип верховенства права (стаття 8) тощо. Названі конституційні принципи в сукупності обмежують дискреційні

повноваження, тому що є засадничими в контексті функціонування публічної влади в Україні.

На прикладі такого загального підходу слід відзначити, що дискреція не може тлумачитись, як необмежена свобода обирати варіант ухвалення того чи іншого рішення. Таким чином, функціонування публічної влади перебуває в рамках конституційного обмеження, яким є у тому числі конституційні принципи, за межі які дискреція не може виходити. Понад тим, дискреція не повинна обґрунтовуватись політичною доцільністю, коли мова йде про дискреційні повноваження вищих органів публічної влади, діяльність яких на тонкій межі права і політики.

Принцип верховенства права, який в Україні є конституційно закріпленим, характеризується як універсальний стандарт функціонування публічної влади, що в умовах демократії накладає обмеження на державну владу. Такими додатковими межами можна назвати складові верховенства права, до яких належать 1) законність, 2) правова визначеність, 3) пропорційність, 4) дотримання прав людини та інші складові елементи. Названі стандарти сприяють не тільки визначенню рамок дискреції, а також є підставою для реалізації свободи розсуду органу публічної влади.

Принагідно згадаємо підхід Френсіса Фукуями, який вважає, що функціонування верховенства права залежить від сильних інституцій в державі, чим американський філософ пояснює успіхи одних держав, у порівнянні із промахами інших у своєму дослідженні «Витоки політичного порядку. Від прадавніх часів до Французької революції» (Київ: Наш Формат, 2019).

Отже, насамкінець зазначимо, що дискреційні повноваження не можуть розглядатись як абсолютна свобода розсуду в діяльності органів публічної влади. Як відомо з теорії конституційного права, свобода як цінність може обмежуватись на підставі правового закону (який відповідає конституції). Таким чином, конституційні принципи є обмеженням дискреційних повноважень, оскільки в умовах конституційної демократії сутнісне призначення конституції полягає в обмеженні державної влади через гарантію прав людини. Тож органи публічної влади є тією сферою, де вказаний підхід має бути основою здійснення відповідних повноважень.

Ісламова Анна
Аспірант Львівського
університету бізнесу та права
член ВГО "Асоціації Українських правників"

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ ЩОДО БЛАГОДІЙНИЦТВА

Сьогодні органи публічної влади та їх посадові особи наділені цілим рядом дискреційних повноважень тією або іншою мірою пов'язаних з діяльністю благодійних організацій. Так при підході через системний аналіз дискреційні за своєю правовою природою повноваження органів публічної влади мають місце вже на етапі державної реєстрації благодійних організацій. Однак, ключовою сферою де посадові особи публічної влади наділяються дискреційними повноваженнями щодо суб'єктів благодійництва є контроль за відповідністю діяльності останніх встановлених Законом України «Про благодійну діяльність та благодійні організації». Системний правовий аналіз норм згаданого закону дає правові підстави стверджувати, що недоліки законодавчої техніки наявні в його тексті створюють надмірний обсяг дискреційних повноважень для посадових осіб органів публічної влади при здійсненні контролю за суб'єктами благодійництва. Так, значна кількість норм закону, які покликані визначати повноваження органів публічної влади щодо суб'єктів благодійництва мають відсильні або бланкетні диспозиції. Як наслідок часто законодавець застосовує такі аморфні конструкції «В межах своїх повноважень» або «Відповідно до визначених законами повноважень». Такі конструкції не сприяють дотриманню принципу правової визначеності у правовому регулюванні діяльності суб'єктів благодійної діяльності і створюють надлишок дискреції органів публічної влади у відповідних правовідносинах.

Це створює потребу в якісному вдосконаленні правового регулювання благодійництва з метою чіткого окреслення меж дискреційних повноважень посадових осіб органів публічної влади. У цьому контексті важливо аби при ухваленні нових законів України у сфері благодійної діяльності законодавець має дотримуватися наступних пріоритетів:

1) Максимально уникати використання відсильних та бланкетних диспозицій;

2) Конкретно визначати повноваження окремих органів державної влади або місцевого самоврядування щодо суб'єктів благодійництва. Застосовувати принцип регулювання суспільних відносин нормами спеціального закону;

3) Насичення законів процесуальними нормами, що має зменшити дискрецію посадових осіб публічної влади при здійсненні відповідних процедур;

4) Закріплення на законодавчому рівні досудових механізмів оскарження рішень посадових осіб органів публічної влади щодо суб'єктів благодійництва.

З врахуванням постмодерних тенденцій та пандемії COVID-19 держава має визначи підвищену роль благодійних організацій має створювати сприятливі умови для їх функціонуванні. Для країн сталої демократії давно є нормою чіткість правового регулювання благодійних організацій заснована на принципі правової визначеності (як класичній частині принципу верховенства права). Це передбачає і досить конкретні межі дискреційних повноважень наданих посадовим особам органів публічної влади щодо суб'єктів благодійництва.

Це зумовлює потребу зведення правового регулювання усього комплексу питань діяльності благодійних організацій та державного контролю за їх діяльності в рамках одного спеціального закону. Це дозволить позитивно вплинути на динаміку благодійних організацій, уодноманітнити правозастосовчу та судову практику, знищить ряд наявних правових колізій та дозволить забезпечити дотримання принципу правової визначеності при здійсненні посадовими особами публічної влади повноважень щодо суб'єктів благодійної діяльності

ПРАВОСУДДЯ ПЕРЕХІДНОГО ПЕРІОДУ: ПОЛІТИКО-ПРАВОВІ ДЕТЕРМІНАНТИ

У науковому співтоваристві загальноприйнятою є думка, що концепція перехідного правосуддя виникла у середині 1990-х років, а отже, її варто вважати порівняно новим напрямом досліджень.

Протягом 1980-х років у частині південноамериканських держав після падіння режимів військової диктатури влада перейшла до цивільних урядів. У деяких випадках процеси демократизації супроводжувались діяльністю так званих «комісій правди» (спеціальні урядові та неурядові органи для розслідування резонансних правопорушень) та судовими переслідуваннями за окремими категоріями справ.

Наприкінці 80-х – на початку 90-х років ХХ століття досвід держав Європи, які пройшли через крах соціалістичної системи, лише загострив необхідність становлення транзитивного правосуддя, сформувавши теоретико-правові підвалини для транзиту держав з післявоєнним комуністичним режимом до ліберальної демократії (Угорщина, Польща, Чехословаччина, Румунія, Німецька Демократична Республіка до і після об'єднання з ФРН). В той же час, серія збройних конфліктів міжнародного характеру на території Балканського півострова протягом 1991 – 2001 років ще більше поглибила це питання сформувавши потребу у розв'язанні конфлікту, що виник в результаті неперервного дроблення єдиної федеративної держави – Югославія внаслідок поглиблення мовного, етнічного та релігійного штибу.

Проблематика правосуддя перехідного періоду містить юридичні практики та проблеми, з якими зустрічаються держави і суспільства, що трансформуються. Кожна з форм демократизації у різних «гарячих точках» світу зустрічається з різним обсягом і змістом викликів, але вчений визначив, що проблематика транзитивного правосуддя є універсальною.

Узгагальноно варто дотримуватися наступного розуміння «правосуддя перехідного періоду» як сукупність процесів, який

може мати місце лише там, де збройний конфлікт уже завершився або відбулася зміна політико-правового режиму, який застосував до своїх громадян авторитарні практики врядування. Зокрема, це зумовлено тим, що механізми та інструменти перехідного правосуддя мають не лише громадянські та політичні, але й соціальні, культурні й економічні права.

В умовах України та триваючої щодо неї російської гібридної агресії для становлення правосуддя перехідного періоду має відбутись інституційний процес реформ, який має гарантувати, що такі порушення більше не повторяться. Поставторитарні й постконфліктні суспільства мають надзвичайно складні умови для проведення таких трансформацій.

На думку автора цієї роботи цьому елементу транзитивного правосуддя приділяється невідповідно мало уваги. Це може бути зумовлено тим, що решта елементів орієнтована на відносно короткий строк політичного переходу і у певний момент мають бути офіційно завершені. Реформування сфер політики є безперервним процесом реагування держави і суспільства на системні виклики і виходить далеко за межі транзитного періоду.

Саме з цієї причини, невід'ємними складниками реформ у таких умовах є реформи судових та правоохоронних органів, які органічно проводити поряд з реформою освітньої системи, аби не лише гарантувати безпеку і становлення стабільного правопорядку у короткостроковій перспективі, але й сприяти утвердженню верховенства права у свідомості майбутніх поколінь шляхом системного викладання у навчальних закладах таких предметів як «Права людини» та «Громадянська освіта». Зрештою, для того, аби забезпечити довіру населення до реформ і релегітимізувати державну владу, громадськість має бути поінформована про зміст цих реформ не лише через традиційні засоби масової інформації та веб-сайти органів державної влади, але й соціальні мережі.

Таким чином, узагальнивши розуміння і погляди на правосуддя перехідного періоду, можна виробити узагальнену і збалансовану дефініцію, яка дозволить якнайповніше зрозуміти не лише зміст, але й цілі цієї концепції. Це – комплекс судових та позасудових заходів, пов'язаних зі спробами суспільства подолати

спадок систематичних та масових порушень прав людини у минулому з метою забезпечення справедливості, підзвітності, примирення та досягнення гарантій неповторення шляхом втілення інституційних реформ.

Пархоменко Сергій

Директор центру зовнішньо-політичних досліджень «ОРАД».

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ГЛАВИ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ ЩОДО ІНТЕГРАЦІЇ В НАТО

Відповідно до ст. 102 Конституції України «Президент України є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина.

Президент України є гарантом реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору».

В преамбулі Конституції України вказано про незворотність євроатлантичного курсу України. Системне тлумачення вказаних конституційних положень демонструє, що Президент України має своїм аксіологічним спрямуванням забезпечення євроатлантичної інтеграції в контексті реалізації наданих йому Конституцією України повноважень (визначені ст. 106 Конституції України).

Зокрема, варто відзначити такі повноваження президента, що можуть безпосередньо сприяти європейському та євроатлантичному курсу України: право законодавчої ініціативи, право вето на закони, прийняті Верховною Радою України, призначення персонального складу Ради національної безпеки і оборони України, подання на затвердження парламентом кандидатури голови Служби безпеки України.

Так, право законодавчої ініціативи глави держави є ключовим для забезпечення адаптації українського безпекового зако-

нодавства до стандартів НАТО і, з врахуванням політичних традицій, є ефективнішим за подання відповідних законопроектів народними депутатами України.

Право вето Президента України дозволяє главі держави не допустити ухвалення парламентом актів, які б призвели до зупинки процесу інтеграції нашої держави до НАТО.

Функції Президент України, пов'язані з формування персонального складу РНБО та СБУ, безпосередньо теж несуть вплив на процес інтеграції в Альянс.

У функціонуванні РНБО глава держави відіграє ключову роль. Це дозволяє главі держави задавати тон процесам в безпечній сфері. Всі ці повноваження за своєю природою є дискреційними і дозволяють главі держави через реалізацію своєї політичної волі запроваджувати тренди інтеграційного процесу.

Слід констатувати, що дискреційність таких повноважень дає широкий вплив політичної лінії глави держави на питання інтеграції в НАТО.

Відзначу, що серед ключових реформ, необхідних для набуття членства в НАТО, є впровадження стандартів Альянсу в Збройних Силах України (а президент є Верховним Головнокомандувачем ЗСУ). Також наше членство на пряму залежить від реформи Служби безпеки України та реформи розвідувальних служб.

І якщо в рамках реформування розвідувального співтовариства є прогрес – прийнято Закон України «Про розвідку», при президентові створено комітет з питань розвідки, то в плані реформування СБУ президент не скористався своїми дискреційними повноваженнями. Адже або він, або СБУ, голову якої він подає, мали всі можливості підготувати саме той проект закону, текст якого відповідає рекомендаціям Представництва НАТО в Україні та рекомендаціям Консультативної місії Європейського Союзу (КМЄС). Натомість, той проект закону, який пройшов процедуру першого читання і зараз перебуває на доопрацюванні, не містить головних європейських та євроатлантичних практик реформування спеціальної служби, і рекомендації західних партнерів у ньому поки що не враховані.

Таку ситуацію можна вважати невиконанням президентом

вимог Конституції, адже стосовно реформи СБУ він наділений достатніми повноваженнями; саме в цьому напрямку він міг би у повній мірі застосувати свої дискреційні повноваження.

Відповідно, в разі провалу реформи Служби безпеки України президент має понести пряму відповідальність за провал (або ж свідомий саботаж) європейського та євроатлантичного курсу країни.

*Бокоч Марина,
аспірантка, Ужгородський національний університе*

ОКРЕМІ АСПЕКТИ СПІВВІДНОШЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ СИЛИ КОНСТИТУЦІЇ ТА МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ

У конституційному праві співвідношення положень конституцій та міжнародних договорів залежить від панівної доктрини та практики конституційних судів щодо застосування останніх у світлі конституційних принципів і норм. Це має важливе значення для обґрунтування та ухвалення рішень органами конституційної юстиції. У даному випадку проблема полягає у вирішенні питання, наскільки положення міжнародних договорів відповідають конституційному порядку та чи будуть органи конституційної юстиції у своїй діяльності використовувати положення міжнародних договорів та запозичувати елементи аргументації міжнародних юрисдикційних установ. У цьому матеріалі будуть розглянуті окремі аспекти співвідношення Конституції України та міжнародних договорів.

Згідно зі статтею 9 Конституції України «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України» [1]. Тут слід мати на увазі, що критично важливим для розуміння положень міжнародних договорів є правила їх тлумачення та особливості інтерпретації міжнародними юрисдикційними установами. Прикладом цього є інтерпретація Конвенції про захист прав лю-

дини і основоположних свобод (далі — Конвенції) Європейським судом з прав людини (далі — ЄСПЛ). Ще іншим важливим приписом є правило частини п'ятої статті 55 Конституції, яка гарантує захист прав людини шляхом звернення до міжнародних судових установ чи органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна. Таким чином, окрім приписів самих міжнародних договорів є важливою практика їх інтерпретації відповідними міжнародними юрисдикційними установами.

Відповідно до частини другої статті 19 Закону про міжнародні договори України встановлюється:

«якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору» [2].

Тобто, міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Насправді ці положення є відображенням чинності правил щодо дії міжнародних договорів згідно із Віденською конвенцією про право міжнародних договорів [2].

Іншими словами, ці приписи слід розглянути у світлі принципів і норм міжнародного права, оскільки статті 9 і 55 Конституції України у цьому відношенні зорієнтовані на встановлення певного порядку їх застосування у правовій системі України. Відповідно до ст. 27 Віденської конвенції, у разі наявності розбіжностей між міжнародними зобов'язаннями і національним правом, держава не може посилатись на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору. Виняток зроблено лише для випадку, коли згода держави на обов'язковість договору була виражена в порушенні того чи іншого положення внутрішнього права, що стосується компетенції укладати договори, за умови, що порушення було явним і стосувалось норми її внутрішнього права особливо важливого значення. Ст. 46 Віденської конвенції зазначає, що лише в цьому випадку держава може посилатись на цю обставину як на підставу недійсності її згоди.

Оскільки Конвенція не передбачає будь-якого конкретного шляху застосування її норм, обсяги введення Конвенції в дію через національне право істотно відрізняються у різних країнах Європи [3]. В одних країнах правова традиція схиляється до застосування моністичного підходу, який відображає прагнення звести до мінімуму відмінності між національним і міжнародним правом та передбачає пряме «вживлення», інкорпорування Конвенції в національне право. В інших країнах традиція віддає перевагу “дуалізму”, який чітко розмежовує національне і міжнародне право, де Конвенція функціонує як самостійний акт [4].

Зокрема, Австрія надала Конвенції конституційний статус, тобто, Конвенція в цій країні має пріоритет щодо норм національного права. У Бельгії, Франції, Нідерландах та Швейцарії положення Конвенції, які не інкорпуються в законодавство держав, мають пряму дію в національному праві та пріоритет щодо невідповідних їм положенням національного законодавства.

У Німеччині та Італії положення Конвенції, які мають пряму дію, часто функціонують як норми ординарного законодавства, тобто мають пріоритет щодо положень тих законодавчих актів, які вступили в дію до набуття Конвенцією чинності в національному праві. У 1987 році Федеральний конституційний суд Німеччини постановив, що як правило Конвенція переважає над законодавством, прийнятим після набуття нею чинності, якщо лише чітко не встановлено, що законодавчий орган виразив протилежну волю, а також що Основний Закон повинен тлумачитися у світлі Конвенції [3, с. 831-836].

В Україні ці питання вирішуються не цілком однозначно, про що свідчать підходи Конституційного Суду України. Зокрема, визнаючи неконституційним ратифікацію Хартії регіональних мов та міноритарних мов, Суд констатував порушення конституційної процедури санкціонування і промульгації закону [5], визначеної у статті 94 Конституції без дослідження питання на предмет конституційності за змістом (матеріальний конституційний перегляд). З іншого боку, у практиці Конституційного Суду сформульовано принцип дружнього ставлення до міжнародного права, згідно з яким визнається, що міжнародно-правові

акти закладають мінімальний стандарт захисту прав людини. У свою чергу, Конституційна рада Франції констатувала, що Хартія “обмежує конституційний принцип неподільності Республіки, рівності перед законом і єдності французького народу” [6]. Таким чином, матеріальна конституційна перевірка міжнародних договорів може здійснюватися за критерієм відповідності фундаментальним принципам права та забезпечення прав людини, зокрема рівності перед законом.

Натомість у справі, що стосувалася правомірності позасудового механізму поміщення особи у психіатричний заклад, КСУ сформулював доктрину дружнього ставлення до міжнародного права. Позиція КСУ ґрунтувалася на тому, що Україна має дотримуватися мінімально прийнятних міжнародних стандартів захисту прав людини, зокрема, які сформульовані у юриспруденції ЄСПЛ [7].

На завоювання у якості коротенького підсумку можна констатувати, що такі доволі суперечливі підходи можуть бути уніфіковані Конституційним Судом України при умові, якщо він вирішуватиме ці проблеми через призму фундаментальних принципів права, забезпечуючи у такий спосіб верховенство Конституції України та національну ідентичність України на правовій географії світу.

Список використаних джерел:

1. Конституція України: Закон України № 254к/96-ВР від 28.06.1996 р. (зі змінами).
2. Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/rada/show/995_118.
3. Ress G., The Effects of Judgments and Decisions in Domestic Law. *The European System for the Protection of Human Rights*. 1993. P. 801-851.
4. Ільченко І. Деякі питання застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини в Україні. URL: <http://www.minjust.gov.ua/14103>
5. Рішення КСУ № 9-рп/2000 від 12 липня 2000 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-00#Text>
6. The constitutional council (France): Decision no. 99-412 DC of 15 June 1999, European Charter for regional or minority language. URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/1999/99412DC.htm>
7. Рішення КСУ № 2-рп/2016 від 1 червня 2016 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16#Text>

*Дармін М.О.,
здобувач кафедри конституційного права та
порівняльного правознавства
Ужгородського національного університету*

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

Держави здійснюють співпрацю з Міжнародним кримінальним судом під час виконання покарання адже Міжнародний кримінальний суд не має своїх власних установ відбування покарання.

Покарання відбувається в державі, яку обирає Міжнародний кримінальний суд із переліку держав, які виявили готовність прийняти засуджених. Його виконують національні пенітенціарні органи.

Міжнародний кримінальний суд, обираючи національну пенітенціарну систему з числа тих держав, що зголосились прийняти засуджену особу, оцінює потенційну ефективність виконання покарання та враховує такі обставини: принцип, згідно якого держави-учасниці розподіляють відповідальність за виконання покарання у вигляді позбавлення волі у відповідності до принципів справедливого розподілу; практика застосування державою визнаних міжнародних стандартів поведження із засудженими; громадянство засудженого; думка засудженого щодо країни відбуття покарання.

Так, виконання покарань у Великій Британії регламентується системою норм кримінального, кримінально-процесуального, пенітенціарного права. Формами виразу цих норм права є Закон про тюрми (1952 р.), Закон про кримінальне право (1967 р.), Закон про кримінальне право (1977 р.), Закон про кримінально-карні замаху (1981 р.), Закон про поліцію і докази по кримінальних справах (1984 р.), Закон про кримінальну юстицію (1988 р.), Закон про кримінальну юстицію (1991 р.), Закон про кримінальну юстицію (1993 р.) Пенітенціарна система Великої Британії складається з таких тюрем: 1) центральні; 2) місцеві.

У Франції 22 липня 1992 р. були прийняті чотири закони, що

в сукупності утворюють кримінальний кодекс Франції. В джерелах права Франції, порівняно з джерелами права інших країн Західної Європи, найбільш широкий розвиток отримав принцип забезпечення захисту прав людини при відбуванні покарання.

В Німеччині правове регулювання виконання кримінальних покарань здійснюється: 1) кримінальним кодексом від 15 травня 1971 р. (з подальшими змінами від 2 січня 1975 р.); 2) Законом «Про виконання покарань у вигляді позбавлення волі, яке виражається у заходах виправлення і безпеки» 1976 р.

В Республіці Польща політику у сфері виконання покарань реалізує Тюремна служба Республіки Польща. Правове регулювання виконання кримінальних покарань здійснюється Кримінально-виконавчим кодексом.

Якщо жодна із запропонованих держав не задовольняє Міжнародний кримінальний суд, покарання відбувається у пенітенціарній установі, що надається державою його місцезнаходження.

Тіхонова Ольга
аспірантка кафедри політології
Національний Педагогічний
Університет імені М.П. Драгоманова
м. Київ, Україна

УЧАСТЬ УКРАЇНИ У МІЖНАРОДНИХ ГРОМАДСЬКИХ ОРГАНІЗАЦІЯХ

На сьогоднішній день існують серйозні перешкоди для розвитку і роботи успішних громадських організацій в Україні. На відміну від всіх країн Європи і деяких країн СНД, в Україні тільки її громадяни мають право створювати громадські організації. В результаті в Україні 17% населення є учасниками різних асоціацій, але лише 2% дійсно активні [1].

Багато громадських організацій фінансуються міжнародною благодійністю, таких міжнародних організацій як Фонд Сороса, USAID, ООН, уряди багатьох інших країн, а також визнані між-

народні громадські організації, такі як Червоний Хрест, Національний фонд демократії, Всесвітній банк і Європа без кордонів. Ці фонди часто підтримують інфраструктуру, таку як створення потенціалу, навчання, доступ до Інтернету, покращене ведення документації та документування фінансових транзакцій, задля уникнення корупції. «Однак у якийсь момент громадянське суспільство починає сумніватися в ефективності такого навчання і технічної допомоги. Це дійсно дуже складно оцінити. Західні ідеали цілеспрямованої ефективності не можуть бути відповіддю на всі проблеми. Якщо вони хочуть вижити, правозахисні громадські організації в країнах третього світу повинні будуть продовжувати отримувати фінансування від іноземних донорів [2].

Холмов зазначає, що деякі громадські організації «настільки великі», що вони повністю відірвані від української громадськості до такої міри, що ніколи не чули про них, з підозрою ставляться до їх мотивів, явно потрапляють до лав «інших», які втручаються в «Наші» структури, не для «нашої» вигоди, а для «їх» [3].

У звіті за контрактом для Агентства міжнародного розвитку США був зроблений головний висновок про те, що «найбільш очевидним недоліком підтримки з боку всіх донорів, які беруть участь в процесі розвитку громадських організацій була відсутність уваги до високих професійних стандартів належного урядування, етики та прозорості і нездатність зосередити увагу на залученні місцевих, фінансових, людських та інших ресурсів. Одним з найбільш важливих наслідків цих двох упущень є нездатність отримати вигоду з ефекту демонстраційних проектів, однією з основних концепцій побудови громадянського суспільства через підтримку масових НПО .

За даними Державного департаменту США з посиланням на Єдиний державний реєстр підприємств та організацій України за 2019 рік, «171 767 громадських об'єднань і 43 475 благодійних фондів та організацій, включаючи міжнародні, національні та місцеві організації, а також їх філії, підрозділи, офіси та відокремлені підрозділи, що не зареєстровані як окремі юридичні особи. Річний звіт US AID по Україні за 2019 рік резюмує поточну ситуацію наступним чином: «Обмежені можливості фінансування і слабка економіка продовжують перешкоджати діяль-

ності громадських організацій. Недостатні ресурси, неконкурентоспроможна заробітна плата і низька мотивація суспільства послабили людські ресурси громадських організацій, незважаючи на різні програми з нарощування інституційного потенціалу, підтримувані спільнотою донорів».

Неурядові організації важливі, тому що вони: а) відносно новий компонент українського громадянського суспільства, б) тісно пов'язані із зовнішніми суб'єктами і в) в принципі здатні брати участь в політичних процесах. Наше суспільство в першу чергу зацікавлене у вивченні політичної ролі, яку громадські організації можуть грати в сучасній Україні, оскільки вплив організацій громадянського суспільства на політичну сферу, можливо, являє собою один з аспектів європеїзації. Таким чином, після попереднього огляду сфери НУО акцент буде зроблений на тих організаціях, які беруть участь або намагаються брати участь в соціально-політичному процесі, як на місцевому так і на національному рівнях.

Дійсно, сьогодні МГО надзвичайно оперативно адаптуються до глобальних змін; вони наділені найбільш гнучкою структурою, розвиненими вертикальними і горизонтальними зв'язками, різноманітними варіантами фінансування, помірним рівнем відповідальності як перед власними членами (соратниками), так і перед широким загалом. Ці організації легко створюються і скасовуються (в потрібний момент), швидко акумулюють ресурси, мають можливість діяти і локально, і глобально. Вони – породження глобалізації і тому, на думку ряду дослідників, мають всередині себе адаптаційні механізми до структурних глобальних викликів [5].

Розширюється зміст діяльності окремих МГО в Україні і навіть цілих категорій таких організацій: правозахисні структури все частіше акцентують увагу не тільки на захист прав соціально незахищених верств населення, а й на економічних проблемах, що породжують нерівність; гуманітарні організації звертаються до теми екологічної безпеки; екологічні МГО крім захисту навколишнього середовища займаються питаннями сільського господарства, контролем за розповсюдженням озброєнь і т. д.

Таким чином, діяльність МГО охоплює практично всі сфери

сучасного суспільства в Україні. Різні організації даного роду не тільки фіксують стан громадської думки з тих чи інших питань, а й є безпосередніми учасниками ключових подій сучасного міжнародного життя. В першу чергу, МГО надзвичайно активні в справі надання інформаційних (згадаємо роль НГО в перетворенні Інтернету в глобальний феномен світового розвитку) і посередницьких послуг у відносинах між національними державами, міжурядовими організаціями, великими корпораціями.

Сьогодні в Україні очевидно, що без залучення громадськості в систему державного управління неможливо успішно вирішувати численні глобальні проблеми. На світовій арені особливої ваги набувають неурядові організації. Саме тому з кожним роком роль МГО як системних гравців міжнародної структури, як реальних учасників процесів глобального управління дедалі збільшується. Як визнаних і легітимних акторів політичної системи міжнародні неурядові організації не тільки висловлюють громадську думку і впливають на її формування, а й роблять серйозний вплив на світовий розвиток за допомогою участі у вирішенні соціально-гуманітарних проблем людства.

Відтак, в доступній для огляду перспективі глобальні МГО навряд чи будуть здатні замінити на світовій арені національні держави і серйозно похитнути міжнародний порядок, заснований на прикладі суверенних держав, але уявити без них сучасний світ вже неможливо.

Міжнародні громадські організації, звичайно, не мають тих економічних ресурсів, які є у ТНК; на відміну від держав вони не мають у своєму розпорядженні власних збройних сил або поліцейських формувань, проте вони володіють унікальними можливостями для мобілізації світової громадської думки і формування порядку денного в ряді областей міжнародного життя, що є важливим важелем впливу на глобальні процеси.

Для забезпечення сталого розвитку міжнародних громадських організацій в Україні необхідно провести значну реформу законодавства про громадські об'єднання і докласти зусиль для просування ідей участі людей у громадській діяльності, створення нових організацій і розвитку цього потенціалу.

Розвиток громадянського суспільства в Україні значно слаб-

ший, ніж необхідно, щоб мати значний вплив на життя людей і стимулювати зміни в державній політиці. Базуючись на світовому досвіді, міжнародні громадські організації як запорука формування громадянського суспільства в Україні повинні стати об'єднуючою ланкою між міжнародним співтовариством, державою та пересічним громадянином. Тому що саме вони мають на меті сформувати у широкого кола громадян нормативно-правову культуру, виховати громадянську самосвідомість, національно-культурну ідентичність, толерантність, солідарність, які є базою загальнолюдських прав та поширити інформацію про права людини, національні та міжнародні інститути, які їх захищають.

З метою успішного та конструктивного функціонування громадських організацій в Україні надзвичайно важливого значення набуває зміна та адаптація чинного законодавства до вимог міжнародного нормативно-правового поля з урахуванням реалій національно-культурного минулого, сучасного та майбутнього України. Україні як державі у тісній співпраці з громадськими організаціями потрібно прийняти низку нормативно-правових актів, які сприятимуть зміцненню авторитету міжнародних громадських організацій в нашій державі та даватимуть змогу більшою мірою впроваджувати і реалізовувати загальноприйняті в світі людські цінності та норми.

Список використаних джерел :

1. Nasadyuk I, McGee RW (2007). Ethics and Tax Evasion in Ukraine: An Empirical Study. Miami Shores, FL: Barry University, Andreas School of Business Working Paper Series, April 2007, p.9.
2. Pidgornvy V (2012). NGOs in the Developing Countries – Evolution or Devolution? April 10, 2012. <http://wnu-ukraine.com/magazine/articles/?id=1573> (дата звернення: 02.02.2021).
3. Holmov N (2011). Yet another look at NGOs in Ukraine. www.odessatalk.com, October 10, 2011. Accessed May 29, 2013. www.odessatalk.com/2011/10/yet-another-look-at-ngos-in-ukraine (дата звернення: 02.02.2021).
4. Evaluation of the Conflict Prevention Pools <https://www.oecd.org/derec/unitedkingdom/35096060.pdf> (дата звернення: 05.02.2021).
5. Heins V. Nongovernmental Organizations in International Society: Struggles over Recognition. New York, 2008.
6. Ahmed S., Potter D. NGOs in International Politics. Bloomfield, 2006. P. 253.

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ В СЛУЖБОВОМУ ПРАВІ

Анатолій Берлач

*завідувач кафедри службового та медичного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України*

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ СУБ'ЄКТІВ ПРИЗНАЧЕННЯ У СФЕРІ МАТЕРІАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ В УКРАЇНІ

Питання дискреційних повноважень складає предмет наукових досліджень вітчизняних та зарубіжних дослідників, дискусій теоретиків і практиків, а також інтерес приватних осіб, яких цікавить питання змісту та меж дискреції.

Як наголошують вчені-адміністративісти, для української юридичної доктрини та, особливо, практики правозастосування дискреція є доволі новою юридичною категорією та мало з'ясованою за своїм змістом. У радянський період у роботах з адміністративного права «дискреція» («адміністративний розсуд») практично не вивчалася [1].

Таке можна пояснити жорсткою централізацією компетенційних повноважень адміністративних органів та однозначністю політики державного управління. На жаль, і в сучасному національному законодавстві дане поняття не знайшло наразі свого закріплення, чим ставить під питання не стільки об'єктивну природу даного повноваження, скільки обсяг, або ж межі таких повноважень.

Якщо звернутися до єдиного визначення дискреційних повноважень, що наведене у Методології проведення антикорупційної експертизи, що затверджена наказом Міністерства юстиції України від 24.04.2017 № 1395/5, то бачимо, що такими є сукупність прав та обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб, уповноважених на виконання функцій

держави або місцевого самоврядування, що надають можливість на власний розсуд визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке приймається, або можливість вибору на власний розсуд одного з декількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом, проектом нормативно-правового акта [2].

Не менш важливим є встановлення мети реалізації дискреційних повноважень, яка на думку вчених зводиться до того, що:

- по-перше, завдяки дискреції забезпечується індивідуалізація та справедливість вирішення тих або інших справ, бо вони розглядаються в межах конкретних обставин, які можуть бути враховані відповідним суб'єктом;
- по-друге, такі повноваження сприяють адміністративній гнучкості, дозволяючи адміністративним органам, які приймають рішення, адаптуватися до мінливих обставин та пріоритетів (за умови дотримання обмежень законності та розумності) та сприяють підвищенню ефективності (раціональності) та оперативності управлінської діяльності;
- по-третє, дискреція дозволяє максимально повно врахувати права, свободи та інтереси приватної особи і, особливо, під час їх зважування з публічним інтересом [1].

Таким чином можна зробити проміжний висновок, що дискреційні повноваження є об'єктивно-обумовленим видом владних повноважень, які все ж набувають в Україні нормативного закріплення, однак потребують зваженого підходу до їх реалізації. Вказана зваженість пояснюється, перш за все, рівнем усвідомлення публічними суб'єктами їх соціального та правового змісту, а також визначенням меж й обсягу їх застосування.

Звернемося до галузевого законодавства про державну службу, аби проаналізувати наявність дискреційних повноважень. Так у Главі 3. Матеріальна відповідальність державних службовців, законодавець визначив основи матеріальної відповідальності за заподіяння матеріальної та моральної шкоди фізичним та юридичним особам незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю державних службовців під час здійснення ними своїх повноважень і яка за Законом відшкодовується за рахунок держави [3].

Як бачимо, норми визначають первинний обов'язок держави взяти на себе відшкодування матеріальної та моральної шкоди, що заподіяна діями державних службовців. Разом з тим, за практикою, в тому числі і європейських країн, держава в особі суб'єкта призначення має право зворотної вимоги (регресу) у розмірі та порядку, визначених законом, до:

1) державного службовця, який заподіяв шкоду;

2) посадової особи (осіб), винної (винних) у незаконному звільненні, відстороненні або переведенні державного службовця чи іншого працівника на іншу посаду, щодо відшкодування матеріальної та моральної шкоди, заподіяної державному органу у зв'язку з оплатою часу вимушеного прогулу або часу виконання нижчеоплачуваної роботи [3].

Як зазначено вище, дискреційність повноважень суб'єкта призначення проявляється у його праві зворотної вимоги (регресу) щодо державного службовця чи посадової особи за заподіяння шкоди. Тобто суб'єкт призначення наділений таким правом зворотної вимоги (регресу), що визначається виключно його бажанням чи небажанням відкривати процедуру відшкодування державі шкоди, заподіяної відповідною посадовою особою. Прошу звернути увагу саме на слово «право» зворотної вимоги (регресу). Тобто не обов'язок, а саме право зворотної вимоги. Така позиція законодавця щодо права суб'єкта призначення, що міститься в ст. 80 Закону України «Про державну службу», перетворюється в пряму протилежність вказаного, свідченням чого є зміст ст. 81 Закону, в якій наголошується уже про «обов'язок» відшкодування шкоди. Так зокрема наголошується, що державний службовець зобов'язаний відшкодувати державі шкоду, заподіяну внаслідок неналежного виконання ним посадових обов'язків. Окрім вказаного, шкодою, заподіяною державним службовцем державі, є також виплачене державою відшкодування шкоди, заподіяної державним службовцем третій особі внаслідок неналежного виконання ним посадових обов'язків. Якщо ж шкоду заподіяно кількома державними службовцями, то кожен із них несе відповідальність у розмірі, пропорційному ступеню вини [3].

Як бачимо, зміст цієї статті Закону є чітко імперативний, що

передбачає жорсткий підхід до винуватої особи, а саме суб'єкта, який завдав державі шкоди.

У той же час, в частині 4 статті 81 Закону, вже з'являється пом'якшення тону законодавця, що проявляється до державного службовця. Так зокрема, під час визначення розміру відшкодування враховуються майнове становище державного службовця, співвідношення розміру заподіяної шкоди до його заробітної плати, ризик виникнення шкоди, досвід державної служби, надані державному службовцю накази (розпорядження), а також інші обставини, у зв'язку з якими повне відшкодування державним службовцем шкоди буде необґрунтованим [3].

Такий підхід законодавця навряд чи варто сприймати як справедливий, адже в такому випадку нівелюються публічні інтереси держави, а саме її право на право власності, яке порушене завданою шкодою. Не зрозумілим для нас виглядає і статус суб'єкта призначення, компетенційні повноваження якого мають яскраво виражений дискреційний характер, що завершується, врешті решт, відповідною величиною невідшкодованої шкоди.

На нашу думку, така позиція законодавця, що виражена спочатку в обов'язку державного службовця понести відповідальність, втрачає свій категоричний зміст у наявності дискреційних повноважень суб'єкта призначення, а саме його праві покладати чи не покладати на державного службовця обов'язок відшкодувати завдану державі шкоду.

Допускаємо, що може виникнути питання про обставини, які варто враховувати у кожному індивідуальному випадку, але чи правомірним є право суб'єкта призначення прощати чи карати державного службовця, яке базується виключно на суб'єктивному підході до ситуації. Більше того, чи доречним є взяття до уваги майнового становища державного службовця, співвідношення розміру заподіяної шкоди до його заробітної плати, ризик виникнення шкоди, досвід державної служби, надані державному службовцю накази (розпорядження), при прийнятті рішення про регресне відшкодування.

Такий підхід, на нашу думку, суперечить й природі та призначенню матеріальної відповідальності, що базується на прин-

ципах співвідношення інтересів. Цивільне право, що визначає зміст відносин власності не передбачає можливостей зменшення розміру шкоди, а тим паче його відміни, залежно від обставин правового, соціального, та майнового статусу особи, що завдала шкоди. Це є характерним для кримінальної та адміністративної відповідальності, але що стосується цивільної та господарської відповідальності, то тут має місце чіткий алгоритм процесуальних дій щодо встановлення факту завдання майнової шкоди, визначення розміру, а також пошуку належного механізму її відшкодування.

Сам порядок відшкодування шкоди є досить чітко прописаний законодавцем в ст. 82 Закону. Так зокрема, для відшкодування шкоди керівник державної служби вносить державному службовцю письмову пропозицію, в якій зазначаються розмір, порядок і строки відшкодування шкоди, а також обставини, що стали підставою для відшкодування. Державний службовець повинен дати відповідь на пропозицію про добровільне відшкодування шкоди у письмовій формі.

Пропозиція може бути внесена протягом трьох місяців з дня, коли керівник державної служби дізнався чи мав дізнатися про обставини, що є підставою для пред'явлення вимоги, але не пізніше ніж через три роки з дня заподіяння шкоди. Важливо наголосити, що державний службовець повинен дати відповідь на пропозицію про відшкодування шкоди в письмовій формі протягом двох тижнів з дня отримання пропозиції. У разі ж ненадання державним службовцем відповіді на пропозицію про добровільне відшкодування шкоди, відмови від відшкодування шкоди чи невідшкодування шкоди до зазначеного у пропозиції строку керівник державної служби може звернутися з позовом про таке відшкодування до суду [3].

Як бачимо, механізм відшкодування завданої державним службовцем матеріальної шкоди є досить чітко прописаний, однак його ефективність є вкрай низькою, оскільки відшкодування шкоди нівелюється наявністю дискреційних повноважень у суб'єкта призначення. Чи доречним є такий обсяг дискреційних повноважень суб'єктів призначення в сучасному службовому праві? Питання є риторичним.

Визначаючи дискреційні повноваження як можливість пошуку найбільш вдалого формату службових відносин у сфері публічної служби, добрі наміри держави розбиваються в оманливий статус доброго керівника по відношенню до підлеглого. Аби не бути голослівним наголосимо, що кількість випадків регресного відшкодування завданої матеріальної шкоди державі близька до нуля, що не підтверджує доцільність та необхідність реалізації дискреційних повноважень в межах службових відносин, адже дискреція як категорія притаманна службовим відносинам високого правового та морального рівня, що наразі все ще залишається недосягнутим для публічної служби в Україні.

Список використаних джерел:

1. Едіт Целлер, Роман Куйбіда, Роман Мельник Звіт: «Дискреція адміністративних органів і судовий контроль за її реалізацією» https://www.pravojustice.eu/storage/app/uploads/public/602/a7b/15b/602a7b15b362e496299034.pdf?fbclid=IwAR0aKjSRM-QNObgIZTY9tpiS_Wyaw9bUUT2ipkmcehPfNpEtIfehRtvqhvk
2. Методологія проведення антикорупційної експертизи. Затверджено Наказом Міністерства юстиції України від 24.04.2017 № 1395/5 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1395323-17#Text>
3. Про державну службу : Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19>

Тетерук Андрій

Народний депутат України VIII скликанн

ДЕРЖАВНА СЛУЖБА: ІНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ЄВРОПЕЇЗАЦІЇ

Революція Гідності запровадила нові підходи до трансформації державної служби у напрямку європеїзації. Наслідком стало прийняття Верховною Радою України нового Закону України "Про державну службу", який враховує ключові аспекти практики правового регулювання державної служби в країнах сталої демократії.

Слід відзначити, що до ключових аспектів європеїзації державної служби в Україні слід віднести:

- відмежування політичних посад від статусу державного службовця;
- зміщення акценту до сервісного надання адміністративних послуг;
- створення спеціального акценту на завданні державної служби у формуванні державних політик у відповідній сфері;
- запровадження посади керівника державної служби в органах державної влади;
- виключення з числа осіб, що мають статус державного службовця технічного та допоміжного персоналу;
- запроваджено прозорий механізм конкурсного добору державних службовців;
- запроваджено інститут випробування при призначенні на державну службу;
- деталізовано порядок припинення державної служби;
- запроваджено деяке розмежування державної служби з трудовими відносинами;
- запроваджено вимоги до підготовки та підвищення кваліфікації державних службовців.

Усі перераховані новели взяті з практики країн сталої демократії та покликані деполітизувати державну службу через підвищення її ефективності.

Запровадження формування державної політики та сервісного надання адміністративних послуг у якості мети державної служби є ключовим фактором до європеїзації всієї системи публічного управління.

Так, формування державних політик закладає основи відповідальності державних службовців за певні сфери державної діяльності та покладає на них роботу з ключовими зацікавленими сторонами у відповідній сфері.

Запровадження сервісного характеру державної служби є невідмінним елементом до адаптації України до службового права Європейського союзу і відповідно формування умов для максимальної прозорості публічної адміністрації.

Висновок:

Існує потреба в продовженні курсу європеїзації державної служби в Україні через її подальшу деполітизацію, формування якісної системи підготовки кадрів для публічної служби, винесення патронатних структур остаточно за рамки державної служби.

Доцільним, виглядає ідея прийняття кодексу публічної служби де вбачається актуальним врегулювати питання служби а органах державної влади та місцевого самоврядування. Кодифікація службового права сьогодні є нагальною потребою для забезпечення реальної ефективності публічної служби в Україні та її адаптації до стандартів Європейського Союзу. Проведення кодифікації дозволить надати українському службовому праву публічно-сервісний характер та змінити спрямованість діяльності сучасного публічного службовця на забезпечення надання якісних публічних послуг громадянам.

Проневич Олексій
професор кафедри
службового та медичного права
Інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
доктор юридичних наук, професор

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ СУБ'ЄКТІВ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ: ДОГМАТИКО-ПРАВОВИЙ ВИМІР

Сучасна доктрина легального державного примусу/монополії держави на примус ґрунтується на постулаті щодо іманентності дискреційних повноважень суб'єктам публічної адміністрації, які на перманентній основі виконують особливо значущу соціальну місію охорони загального блага та створення належних умов для реалізації законного публічного інтересу шляхом за-

безпечення виконання законів і підзаконних актів, сприяння приватним особам у реалізації суб'єктивних прав, надання публічних послуг, виявлення та нейтралізації реальних і потенційних загроз у сфері публічної безпеки тощо. У фаховому правовому дискурсі дискреція формально тлумачиться в широкому сенсі як «право, можливість діяти на власний розсуд», «свобода розсуду посадової/службової особи при оцінюванні ситуації та вжитті заходів реагування», «самостійний вибір між легальними альтернативами правомірних варіантів владно-організуючого реагування» або ж навіть як «можливість реалізації органом (посадовою/службовою особою) повноважень, які прямо не передбачені нормами права, однак й не заборонені ними». Натомість в громадянському суспільстві превалює нормативістське сприйняття феномену дискреції. Адепти ліберальної правової традиції наголошують на державоцентричній природі дискреції як прояву «допустимого державного свавілля» і наслідку прагнення «винести дискреційний розсуд за межі чистого права», обґрунтувати прийнятність використання при управлінні публічними справами «напівправових/напівадміністративних методів». Як наслідок, у суспільстві не вщухають дискусії щодо «довільно-свавільного характеру державної дискреції», «латентності дискреційних повноважень», «дискреційних повноважень як авторитарного компоненту законодавства», «дискреційних повноваженнях як виправдання звільнення посадових осіб від обов'язку підпорядкування однозначним імперативним вимогам правового закону» тощо.

В умовах відсутності консолідованого сприйняття дискреції потребується комплексне осмислення відповідної правової догми, специфіки правового закріплення адміністративної правосуб'єктності наділених дискреційними повноваженнями суб'єктів публічної адміністрації (їх посадових/службових осіб), а також з'ясування перспектив звуження сфери дискреційного розсуду у контексті забезпечення балансу інтересів держави, суспільства та конкретної фізичної особи при реалізації заходів владного реагування. Ця проблема набуває особливої актуальності в умовах формування нової доктрини адміністративного права, подолання колізійності адміністративного законодавства, не-

завершеності демонтажу надмірно централізованої пострадянської системи державного управління, недостатньої інституційної спроможності суб'єктів публічної адміністрації, уповільнення реформи децентралізації влади, архаїчності вітчизняної системи публічної служби тощо.

Аналіз чинного законодавства та традиції доктринального обґрунтування дискреційних повноважень суб'єктів публічної адміністрації дає можливість виокремити такі стрижневі положення дискреційної догми:

- згідно зі статтею 3 Конституції України задекларована людиноцентрична місія Української держави, що ґрунтується на визнанні найвищою соціальною цінністю людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки, визначенні прав і свобод людини та їх гарантій як змісту і спрямованості діяльності держави, закріпленні відповідальності держави перед людиною за свою діяльність, встановленні утвердження і забезпечення прав і свобод людини як головного обов'язку держави. А відповідно до частини 2 статті 19 Конституції України закріплено універсальний правовий імператив правомірності публічно-владної діяльності суб'єктів публічної адміністрації («органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України»). Отже, застосування адміністративного розсуду суб'єктами публічної адміністрації має обмежений характер, оскільки має відбуватися на підставі закону, з неухильним дотриманням прав і свобод та законних інтересів приватних осіб, у межах встановленої законом компетенції та виключно з використанням легальних адміністративних процедур;
- дискреція є елементом адміністративної влади та екстраординарним легальним засобом реалізації публічно-владних повноважень суб'єктами публічної адміністрації при існуванні «нормативно-правового вакууму», виникненні колізійних (неповторних) фактичних обставин, використанні надмірно ускладнених адміністративних процедур або від-

сутності чіткого каталогу критеріїв оцінювання нештатної/нестандартної ситуації, коли об'єктивно виникає необхідність самостійного вибору між кількома варіантами рішень чи дій. Фахівці наголошують, що правомірними альтернативами у першу чергу є вибір між закріпленими законодавчо варіантами рішення та вибір між дією і бездіяльністю. Вибір варіанту реагування загалом передбачає встановлення та правову оцінку фактичних обставин колізії на основі певної норми права або шляхом застосування аналогії закону, а також визначення оптимального варіанту реагування (прийняття рішення, вчинення дій або утримання від вчинення дій). Водночас наголошується, що відсутність законної альтернативи виконавчо-розпорядчого реагування унеможливорює дискрецію;

- наразі у жодному законі легальне визначення дефініції «дискреційні повноваження» не надано. Натомість у наказі Міністерства юстиції України «Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи» від 24 квітня 2017 року № 1395/5 дискреційні повноваження тлумачаться як сукупність прав та обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що надають можливість на власний розсуд визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке приймається, або можливість вибору на власний розсуд одного з декількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом, проектом нормативно-правового акту. Принагідно зауважимо, що найчастіше теоретики і практики апелюють до наведеного у Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи № R (80)2 від 11 березня 1980 року поняття «дискреційні повноваження», що визначені як повноваження, які адміністративний орган може здійснювати з певною свободою розсуду при прийнятті рішення. Тобто йдеться про можливість обрання адміністративним органом з кількох юридично допустимих варіантів рішень такого, яке він вважає найприйнятнішим за даних обставин;

- дискреційні повноваження як специфічний компонент «штатних» формалізованих публічно-владних повноважень органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування або суб'єктів делегованих повноважень детерміновані прагненням забезпечити можливість державно-владного впливу на керовані об'єкти при виникненні колізійних обставин («в умовах конфліктності та/або повної або часткової невизначеності») з метою досягнення бажаного результату/стану. Найгострішою проблемою є межі та обсяг реалізації дискреційних повноважень;
- санкціоновані державою норми права, що закріплюють дискреційні повноваження, не передбачають конкретного рішення суб'єкта публічної адміністрації та не встановлюють чітко визначеного правового алгоритму дій, однак наділяють його певним ступенем свободи та/або можливістю обрання варіанту легітимної поведінки, прийняття адекватного фактичним обставинам вмотивованого правомірного рішення чи здійснення передбаченої законом адміністративної дії. Примітно, що рішення офіційно наділеного дискреційною владою адміністративного органу оцінюється з точки зору доцільності/вдалості (натомість оцінювання законності чи незаконності його рішень не здійснюється, «оскільки адміністрація вільна у своїх діях»);
- згідно з п. 2.4 Методології проведення антикорупційної експертизи, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 24 квітня 2017 року № 1395/5, виокремлено такі ознаки дискреційних повноважень: дозволяють органу (посадовій/службовій особі) на власний розсуд оцінювати юридичний факт, внаслідок чого можуть виникати, змінюватись або припинятись правовідносини; дозволяють на власний розсуд обирати одну із декількох запропонованих у нормативно-правовому акті форм реагування на цей юридичний факт; надають можливість органу (посадовій/службовій особі) на власний розсуд обирати міру публічно-правового впливу щодо фізичних та юридичних осіб, його вид, розмір, спосіб реалізації; дозволяють органу (посадовій/службовій особі) обрати форму реалізації своїх

- повноважень – видання нормативного або індивідуально-правового акту, вчинення (утримання від вчинення) адміністративної дії; наділяють орган (посадову/службову особу) правом повністю або частково визначати порядок здійснення юридично значущих дій, у тому числі строк та послідовність їх здійснення; надають можливість органу (посадовій/службовій особі) на власний розсуд визначати спосіб виконання управлінського рішення, у тому числі передавати виконання прийнятого рішення підлеглим особам, іншим органам державної влади та місцевого самоврядування, встановлювати строки і процедуру виконання;
- адміністративний розсуд не є інструментом свавілля держави, оскільки пов'язаний правом, обмежується принципом верховенства права, використовується уповноваженими суб'єктами публічної адміністрації при здійсненні нормотворчої та правозастосовної діяльності, передбачає можливість обрання оптимального варіанту реагування серед інших законних альтернатив і ґрунтується на класичному обмежувально-компетенційному правовому постулаті «дозволено те, що прямо передбачено законом»;
 - проблема адміністративного розсуду частково вирішується у контексті запобігання корупції. Запровадження антикорупційної експертизи положень нормативно-правових актів та/або їх проєктів зумовлено необхідністю усунення безпідставного/невиправданого/необґрунтованого встановлення, надмірного розширення чи перевищення межі дискреційних повноважень, не обумовлених специфікою регульованих суспільних відносин або оптимізацією адміністративних процедур, запобігання використанню неприйнятних способів формулювання дискреційних повноважень, що унеможливають визначення їх обсягу, а також нейтралізації умов для виникнення потенційного чи реального конфлікту інтересів та можливостей для зловживання суб'єктами публічної адміністрації наданими повноваженнями;
 - своєчасне та коректне владно-правове реагування на екстраординарні ситуації неможливе без нормативного закріп-

лення вичерпного каталогу підвищених кваліфікаційних вимог до публічних службовців, наділених дискреційними повноваженнями;

- аксіоматично, що державна дискреція як форма реагування на колізії у публічному секторі притаманна переважно країнам континентальної правової системи, що зумовлено триваючою інтервенцією державного права у приватно-правову сферу, збереженням традиції поєднання правового регулювання і дискреції. Принагідно зазначимо, що адміністративний розсуд широко застосовується при відсутності закону про адміністративну процедуру, який має містити легальні управлінсько-правові алгоритми вирішення адміністративних справ суб'єктам публічної адміністрації тощо.

Резюмуючи, зазначимо, що дискреційні повноваження надають суб'єктам публічної адміністрації можливість адміністративного розсуду при реалізації публічно-владних управлінських функцій в умовах відсутності системного нормативно-правового регулювання владно-організуючого впливу у колізійних (неповторних) фактичних обставинах. Вони встановлюють ступінь самостійності суб'єктів публічної адміністрації при прийнятті управлінських рішень та вчиненні юридично значущих адміністративних дій. Наразі зберігається необхідність визначення та законодавчого закріплення правових запобіжників від свавільної інтервенції держави в права та свободи приватних осіб, а також вдосконалення чинних антикорупційних механізмів. Першочергово потребується дефініціювання феномену дискреції, чітке виокремлення її ознак, легальне встановлення правових меж дискреційних повноважень та визначення порядку їх реалізації.

*Дмитро Приймаченко,
д.ю.н, проф., Університет митної справи та фінансів,
Вікторія Омелян, доктор філософії в галузі «Право», Адвокатське
об'єднання «Юридична фірма «Ешберрі Стоун»*

СУДОВА ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ПУБЛІЧНОЮ АДМІНІСТРАЦІЄЮ

Вдосконалення механізму правового регулювання діяльності публічної адміністрації щодо застосування дискреційних повноважень має здійснюватись з урахуванням судової правозастосовчої практики, оскільки саме в ній відображені наявні в Україні реалії. Саме на рівні судової практики закріплені правові позиції щодо законності здійснення публічної адміністрації адміністративного розсуду в процесі реалізації покладених на них державою завдань та функцій. На наше переконання, саме судова практика відображає «живе право» в державі, тобто те, як воно фактично впроваджується в життя, а також те, як воно фактично функціонує в суспільстві.

В результаті попередньої наукової розвідки було проаналізовано наявну в Україні судову правозастосовчу практику, в якій надано правову оцінку законності застосування дискреційних повноважень публічною адміністрацією [1, с. 191-212]. В процесі аналізу було окреслено ті ключові правові позиції, які, повинні стати підґрунтям для подальшого розвитку діяльності публічної адміністрації в Україні. Також було зосереджено увагу на конкретних прикладах діяльності публічної адміністрації, в яких чітко вираженим є застосування адміністративного розсуду. В цьому контексті науковий інтерес становив аналіз мотивувальної частини судових рішень, де закріплена логіка і правова позиція суду щодо порядку застосування дискреційних повноважень суб'єктами публічної адміністрації.

За результатами наукового дослідження варто констатувати, що станом на сьогодні відсутня єдина судова практика щодо застосування адміністративного розсуду в діяльності суб'єктів публічної адміністрації. Безумовно Верховний Суд виклав свою позицію, що міститься в науковому висновку щодо меж дискре-

ційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією [2], який покликаний усунути суперечливу судову практику. Однак статус цього висновку не має нормативного характеру прецеденту, властивому англосаксонській правій сім'ї, і українські суди не зобов'язані включати дані рекомендації Верховного Суду в основу своїх рішень. Слід також підкреслити, що з моменту прийняття означеного наукового висновку Верховного Суду дотепер пройшло занадто мало часу, щоб давати правову оцінку тому, чи рекомендації Верховного Суду фактично використовують судами першої та другої інстанцій у своїй практиці.

Також варто зазначити, що науково-практичний висновок Верховного Суду носить загальний характер і, переважно, має оціночний суб'єктивний характер. Так, в кожній конкретній судовій справі суд повинен виходити із фактичних обставин справи і керуватись принципом верховенства права. Останнє закономірно обумовлює різну судову практику навіть у схожих за фабулою судових справах. По цій причині вважаємо, що категорія спорів у сфері дискреційності повноважень суб'єктів публічної адміністрації залишиться однією із найбільш проблемних і неоднозначних.

Узагальнюючи проведений вище аналіз окреслимо алгоритм застосування тих ключових принципів, які повинні лежати в основі подальшої судової практики у сфері спорів щодо порядку застосування дискреційних повноважень суб'єктами публічної адміністрації.

1) По-перше, в кожному конкретному випадку суд повинен встановити, чи мають місце дискреційні повноваження суб'єкта публічної адміністрації. Наявність адміністративного розсуду є в тому випадку, коли законодавство передбачає декілька альтернативних і рівнозначних варіанти поведінки уповноваженого органу щодо одного і того ж питання.

2) По-друге, у разі наявності в уповноважених органів адміністративного розсуду, суд в жодному разі не може своїм рішенням підмінити чи перебирати на себе функції суб'єктів публічної адміністрації у сфері адміністративного управління і надавати вказівки, які б свідчили про вирішення питань, які належать до компетенції таких суб'єктів владних повноважень, оскільки у

такому випадку буде порушено принцип розподілу влади. В такому випадку суд повинен надати правову оцінку діям суб'єкта публічної адміністрації на предмет відповідності закону.

3) По-третє, у випадку, коли законодавство передбачає лише один правомірний варіант поведінки суб'єкта владних повноважень, то у такому випадку відсутній адміністративний розсуд. Відповідно, суд може зобов'язати суб'єкта публічної адміністрації вчинити конкретну дію, прямо передбачену законом, і це не буде вважатися втручанням в дискреційні повноваження.

4) По-четверте, суд повинен виходити з того, що у публічно-правових відносинах із приватними фізичними або юридичними особами суб'єкти публічної адміністрації завжди повинні діяти активно, незалежно від того, має місце адміністративний розсуд, чи ні. Тобто, у будь-якому випадку, якщо приватна особа ініціює публічно-правові відносини, то суб'єкт публічної адміністрації повинен надати офіційну відповідь. Пасивна поведінка останнього є неприпустимою, оскільки ставить приватну особу у вразливе і незахищене становище.

5) По-п'яте, у публічно-правовій категорії спорів тягар доказування щодо наявності адміністративного розсуду або ж правомірності його застосування лежить на суб'єктах публічної адміністрації. Прийняттю рішення суб'єкта публічної адміністрації повинна передувати визначена законом адміністративна процедура, яка повинна лежати у фокусі уваги суду.

Питання щодо визначення підстав та меж реалізації дискреційних повноважень суб'єктами публічної адміністрації та судового контролю за їх застосуванням залишається досить дискусійним. Проте, в будь-якому випадку, суб'єкт публічної адміністрації, використовуючи дискреційні повноваження, зобов'язаний повно і правильно оцінювати обставини, наявні у справі факти та правильно застосовувати до встановлених фактів чинні правові норми, не допускаючи при цьому зловживання владою у процесі прийняття відповідного рішення, в основі якого мають бути закладені конкретно визначені публічні інтереси. А завданням суду є належний та ефективний контроль відповідності таких дій закону й принципам права задля забезпечення дотримання таким органом прав особи, що звернулася за захистом.

Список використаних джерел:

1. Омелян В. О. Адміністративний розсуд в діяльності публічної адміністрації. Дис. доктора філософів в галузі 081 «Право» 2020. 266 с. URL: <https://drive.google.com/file/d/1KVwgomkvkGi7ZEkMnBmR2VfcJG-TtEsu/view>
2. Верховний Суд. Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/naukovi_visnovki/nauk_visnovok_01_03_2018

Олег Муза,

*д.ю.н., старший науковий співробітник,
Академія адвокатури України*

РЕАЛІЗАЦІЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ АДМІНІСТРАТИВНИМИ ОРГАНАМИ У СФЕРІ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОЦЕДУР В УКРАЇНІ: ЗАКОНОТВОРЧІ НОВАЦІЇ

Проблема здійснення публічної влади є засадничою у контексті розвитку публічного права, забезпечення народовладдя, підвищення правоефективності у регулюванні суспільних відносин «людина – держава». Саме тому інститути публічної влади є найбільш досліджуваним предметом в галузі юридичної науки. І начебто, з огляду на достатньо велику кількість наукових досліджень, у практичному вимірі та у публічному управлінні зокрема, ми можемо спостерігати недодержання базових принципів організації і здійснення публічної влади, ігнорування вимог належного урядування, подекуди низький рівень управлінської дисципліни у підготовці та упровадженні владних рішень.

Категоріальне розуміння дискреційних повноважень є вкрай проблемним з огляду на законодавчу лакуну. Відсутність позитивних результатів реформ урядування в Україні, непроведення повноцінного функціонального обстеження органів виконавчої влади протягом останніх 15 років не дає емпіричних даних для реальної оцінки стану урядування в Україні. І саме в таких умо-

вах наразі законодавець розпочав роботу з упорядкування правового регулювання інституту адміністративної процедури.

У Верховній Раді України IX скликання зареєстровано оновлений проєкт Закону України «Про адміністративну процедуру», № 3475 [1] (далі – Проєкт). Варто відзначити, що відносини адміністративної процедури мають міжгалузевий характер, тобто їхній юридичний зміст може стосуватися реалізації прав, свобод та інтересів людини і громадянина, колективних утворень в різних сферах суспільного життя, а тому законодавче упорядкування адміністративної процедури в Україні торкається не лише адміністративного права, але й усієї правової системи.

У Проєкті вперше на рівні закону пропонується легальне визначення дискреційних повноважень як повноважень, наданих адміністративному органу законом, обирати один із можливих варіантів рішення відповідно до закону та мети, з якою таке повноваження надано. Крім цього передбачається, що здійснення адміністративним органом дискреційного повноваження вважається законним у разі дотримання таких умов: 1) дискреційне повноваження передбачено законом; 2) дискреційне повноваження здійснюється у межах та у спосіб, що передбачені Конституцією України та законом; 3) правомірний вибір здійснено адміністративним органом для досягнення мети, з якою йому надано дискреційне повноваження, і відповідає принципам адміністративної процедури, визначеним цим Законом; 4) вибір рішення адміністративного органу здійснюється без відступлення від попередніх рішень, прийнятих тим самим адміністративним органом в однакових чи подібних справах, крім обґрунтованих випадків [1].

З жовтня 2020 по січень 2021 року у Комітеті Верховної Ради України з питань організації державної влади, місцевого самоврядування, регіонального розвитку та містобудування на постійній основі працювала Робоча група з доопрацювання Проєкту до другого читання. За результатами опрацьованих поправок народних депутатів України та пропозицій стейкхолдерів як член зазначеної Робочої групи хочу звернути увагу на ряд проблем, які можуть виникнути у випадку прийняття цього Проєкту, що

пов'язані з реалізацією саме дискреційних повноважень адміністративними органами у сфері адміністративної процедури.

1. Ініціювання адміністративно-процедурного провадження адміністративним органом. Підставою для початку адміністративного провадження за ініціативою адміністративного органу Проєкт називає зокрема *порушення права, свободи чи законного інтересу особи або публічного інтересу*, виявлене адміністративним органом. Однак варто відзначити про загальну проблемність у праві та практиці щодо визначення чітких критеріїв превалювання публічного інтересу над приватним інтересом особи. Проєкт визначає поняття «публічний інтерес» як «інтерес держави, суспільства, територіальної громади, а також важливі для великої кількості осіб інтереси та потреби» [1], однак яким чином адміністративний орган має визначити такий інтерес та, до прикладу, «велику кількість осіб» відповісти складно. Проте така підстава ініціювати адміністративно-процедурне провадження може слугувати прихованою метою для обмеження прав, свобод та інтересів приватних осіб.

2. Дискреційні повноваження адміністративних органів під час підготовки адміністративної справи до розгляду та її вирішення. Даний пункт стосується таких повноважень адміністративних органів, як: відсутність вичерпного переліку повноважень під час підготовки справи до розгляду; можливість витребувати документи та відомості; розгляд клопотань учасників адміністративного провадження на власний розсуд; визначення належності доказів; призначення експертизи з визначенням експерта чи експертної установи та питань експертизи; визначення підстав для проведення слухань у справі та ін. Якщо співставити процедурні норми Проєкту з нормами процесуального законодавства, то можна дійти висновку про досить широку дискрецію адміністративних органів (як і судової дискреції у судовому процесі) саме під час адміністративного провадження. Зауважу, що для адміністративних органів такий підхід законодавця з реалізації повноважень на етапі підготовки і розгляду справи буде випробуванням з огляду на іншу природу адміністративно-правових відносин у порівнянні з процесуальними правовідносинами.

3. Упровадження процедури відкликання адміністративного акта. Проєктом передбачено запровадження інституту відкликання адміністративного акта у випадках, визначених законом. Справді під час триваючих адміністративних правовідносин можуть виникати обставини або нові юридичні факти, що потребуватимуть відміну попередньо прийнятого (виданого) адміністративного акта. Крім цього адміністративний орган, приймаючи (видаючи) адміністративний акт, повинен мати правову можливість переглянути такий акт, якщо виявиться його невідповідність нормам законодавства або вимогам процедури прийняття (видання). Однак такий механізм працює у державах з розвинутою демократією та ефективним правозастосуванням. В Україні з огляду на високий рівень корупційних проявів у сфері публічного управління *інститут відкликання адміністративного акта може слугувати «інструментом» зловживань з боку адміністративних органів. У результаті приватні особи можуть бути позбавлені певного майнового чи немайнового блага як результат недоброчесної управлінської діяльності* [2]. Варто додати, що у теорії права та у практиці Конституційного Суду України існує превалююча думка про те, що *індивідуальний акт є актом одноразової дії та, як правило, припиняє свою дію у разі його одноразового застосування* [3].

4. Виконання адміністративного акта. Проєктом передбачено примусове виконання адміністративного акта адміністративним органом, що його прийняв (видав). Це є новацією для публічного управління України з огляду на сформовану систему виконавчого провадження. Більш того Проєктом передбачено застосування заходів впливу для виконання адміністративного акта, а саме: (i) виконання дій за рахунок зобов'язаної особи — адресата адміністративного акта, іншою особою; (ii) накладення грошового стягнення за невиконання адміністративного акта; (iii) безпосередній вплив. На мою думку слід враховувати два аспекти, що стосуються можливого запровадження примусового виконання адміністративного акта: (i) адміністративний орган повинен мати засоби для досягнення мети прийняття (видання) адміністративного акта, оскільки у протилежному випадку управлінська діяльність у сфері адміністративних процедур мо-

же бути малоефективною; (ii) наділення адміністративного органу повноваженням з примусового виконання адміністративного акта та застосування заходів впливу не є характерним для органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, такі функції характерні правоохоронним органам або органам виконавчої влади зі спеціальним статусом [2].

5. Проблема конкуренції норм закону про адміністративну процедуру та норм спеціального законодавства. Проектом закріплено, що законами України можуть бути встановлені особливості адміністративного провадження для окремих категорій адміністративних справ. Такі особливості повинні відповідати принципам адміністративної процедури, визначені законом про адміністративну процедуру. На мою думку, такого розмежування недостатньо, бо кожен адміністративний орган може по-різному тлумачити той чи інший принцип адміністративної процедури. Виникає питання, а хто вироблятиме єдиний методологічний інструментарій для великої кількості адміністративних органів щодо оцінки відповідності норм спеціальних законів принципам адміністративної процедури? На мою думку, варто було б на перехідний період надати перевагу нормам спеціального законодавства і за цей період привести їх у відповідність до положень загального закону.

Таким чином, дискреційні повноваження як форма і спосіб реалізації владних повноважень суб'єктами публічного адміністрування потребує законодавчого регулювання та встановлення обмежень і заборон. На прикладі законопроекту про адміністративну процедуру проілюстровано окремі аспекти реалізації дискреційних повноважень адміністративними органами і законодавцю варто пам'ятати, що чим більше адміністративний орган наділений дискреційними повноваженнями, тим більше виникає можливостей для обмеження прав, свобод та інтересів приватних осіб, і тим менше відносини публічного адміністрування відповідають людиноцентричній ідеології функціонування публічної влади.

Список використаних джерел:

1. Проект Закону України «Про адміністративну процедуру», реєстр. № 3475 // URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=

68834 (дата звернення 16.04.2021).

2. Муза О. Законодавчі ініціативи у сфері регулювання адміністративних процедур: нові виклики та проблеми // «Правові засади організації та здійснення публічної влади». Хмельницький, 2021. С. 373-374.

3. Рішення Конституційного Суду України у справі про скасування актів органів місцевого самоврядування від 16.04.2009 року, № 7-рп 2009 // URL : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-09#Text> (дата звернення 16.04.2021).

Шлоер Бернгард,

к.ю.н

*доцент кафедри медичного та службового права,
Київський національний університет ім. Тарас Шевченко*

ЗВУЖЕННЯ РОЗСУДУ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ВТРУЧАННЯ В ФУНДАМЕНТАЛЬНІ ПРАВА ТА СВОБОДИ ЛЮДИНИ

Тема «дискреційні повноваження» в'язаний з поняттю «адміністративний розсуд». Є думка, що розуміння обидвох понять не відрізняються, вони означають певну свободу адміністративного органу або посадової особи при прийнятті рішення, чи діяти або як діяти. Єдина різниця, яку можна пропонувати, є розуміння термін «дискреційні повноваження» як форму законодавчого регулювання і розсуд як практичний застосування цього повноваження [1, с. 398, 399].

Законодавиць користує законодавчу техніку дискреційного повноваження в двох принципових ситуаціях: Він не може точно враховувати всі конституційно-правові аспекти, які виникають при застосування правової норми, наприклад при застосування превентивні заходи поліцейського права. Або, коли адміністрації потрібна певна гнучкість, щоб вирішувати конкретну справу враховуючи особливостями цій справи, які мають правові значення. Такі конституційно-правові аспекти і особливості можуть бути прав і свобод, які захищає Конституція і ЄКПЛ.

При застосуванні дискреційними повноваженнями також діє ч. 2 ст. 19 Конституція України, тобто межі існують. Ці межі є внутрішніми і зовнішніми межами. До останніх належать ст. 3, прав і свобод 2-ого розділи Конституції і прав ЄКПЛ. Отже, поняття «вільний розсуд» в публічному праві не має право існувати, це завжди «розсуд згідно з службовими обов'язками» [1, с. 398]. Із цих обов'язків впливає, що застосування дискреційну повноваження вимагає певні кроки, наприклад, ретельно досліджувати обставини справи [1, с. 446, 447; 2, с. 192, 193]. Лише тоді, коли адміністративний орган або посадова особа має повну картину всіх аспектів справи, значення прав і свобод в конкретному вигляді помітний. Тому що адміністративний орган або посадова особа мають зважувати ці позиції проти мету адміністративного заходу – в рамках правомірного застосуванні розсуду – і вирішувати замість законодавця в ситуаціях, де законами не остаточно врегульовано розмір втручання прав і свобод. Приклад, для цього є поліцейський примус, де законодавець лише встановив певні рамки, але зобов'язує поліцію, вирішувати в конкретному випадку як діяти. При цьому треба враховувати конституційні права потенційних адресатів поліцейського заходу.

Вище було сказано, що застосування дискреційними повноваженнями вимагає певні кроки, наприклад перевірка пропорційності планованого заходу; питання про застосування розсуду вирішується при аналізі пропорційності і необхідності планованого заходу. Ці критерії є складова частина конституційного права [3, 4] і через ст. 8 і 19 Конституції, також для адміністративного права і мають бути застосовані незалежно чи існує законний припис, наприклад с. 29 Закону України «Про національну поліцію» [5] або ні.

Це процес оцінювання правових позиції може вести до звуження кола доступних, тобто правомірних дії, або до звуження до одної дії – або до заборони дії. Останні дві наслідки називаємо «звуження розсуду до нуля» [1, с. 450]. Це означає, що адміністративний орган або посадова особа має виконувати точно цю дію або відмовлятися від дії.

Наприклад, право на життя є найважливіше правова цінність, ст. 3 Конституція, тобто, інше рішення, як рятувати життя

особи було б неправомірно.

Якщо адміністративний орган або посадова особа не застосовують такі критерії, вони порушують вимоги правомірного застосування дискреційних повноважень і через їх неправильні дії або бездіяльність може привести до наслідків адміністративно-правових, цивільно-правових та кримінально-правових відповідальності.

Тема «дискреційні повноваження» і прав і свобод має ряд додаткових правових і правових-практичних аспектів: по-перше, застосування дискреційну повноваження вимагає, як було сказано раніше, більш широкий аналіз справи і її особливості. Розсуд не є простим виконанням нормативних наказів, а інтелектуальна юридична діяльність. Їдиться про знання певної галузі адміністративного права і зв'язний з цим конституційних прав і свобод і ЄКПЛ. Це означає, дуже вузька спеціалізація службовців є для адміністрації не оптимальний варіант. Далі виникає ще одне питання, яку підготовку потрібно, щоб посадова особа правильно застосовувала свій розсуд. Тому що він зобов'язаний правомірною діяти і враховувати норми Конституції та ЄКПЛ, ст. 8, 19 Конституція і ст. 19 закону України Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини [6]. Зрозуміло є паралелі до практики ЄСПЛ стосовно підготовки службовців, які виконують спеціальні повноваження, які можуть мати серйозні наслідки: Суд вимагає спеціальні тренування і знання службовців [7, № 97]. Звичайно, ці випадки зв'язні з діяльністю поліції, але Конституція і ЄКПЛ вимагають захист всіх прав і свобод, і не лише захист найважливіших прав як життя і здоров'я. Обґрунтувати принципову різницю трактування прав і свобод не можливо. Відповідальність на стороні держави: не лише юристи, а і кожен службовець бере участь у реалізації правової держави і правова держава є на першу чергу ця держава, де правомірна застосовується право.

Список використаних джерел:

1. Загальне адміністративне право, заг. ред. І.С. Гриценко, вид. Юрінком Інтер Київ 2015, 566 с.
2. Бребан Г. Французское административное право / пер. Д. И. Васильева, В. Д. Карповича. Москва: Прогресс, 1988. 488 с. С. 324.

3. Монтувальна частина 4.1 рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>. (дата звернення: 11.04.2021).

4. Абзац третій підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням правління Пенсійного фонду України щодо офіційного тлумачення положень статті 1, частин першої, другої, третьої статті 95, частини другої статті 96, пунктів 2, 3, 6 статті 116, частини другої статті 124, частини першої статті 129 Конституції України, пункту 5 частини першої статті 4 Бюджетного кодексу України, пункту 2 частини першої статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України в системному зв'язку з окремими положеннями Конституції України від 25 січня 2012 року № 3-рп/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-12#Text>. (дата звернення: 11.04.2021).

5. Закон України Про Національну поліцію (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2015, № 40-41, ст.379). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text>. (дата звернення: 11.04.2021).

6. Закон України Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text>. (дата звернення: 11.04.2021).

7. ЄСПЛ від 6.7.2005 *Nachova and others v. Bulgaria*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=001-69630>. (дата звернення: 11.11.2020).

Ольга Сушик

к.ю.н., докторантка

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ У СФЕРІ ЕКОЛОГІЧНОЇ ОЦІНКИ ДОВКІЛЛЯ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Обрання Україною європейського інтеграційного курсу визначило основні напрями модернізації та реформування усіх сфер життєдіяльності країни, в тому числі у сфері використання природних ресурсів, охорони навколишнього природного середовища і забезпечення екологічної безпеки. Правовою підставою для наближення норм українського законодавства до європейського права в сфері охорони навколишнього природного середовища є Розділ V Глави 6 Угоди про Асоціацію між Україною та ЄС [1]. На виконання зобов'язань, передбачених Угодою про асоціацію з ЄС, зокрема Директиви 2011/92 про оцінку впливу окремих державних і приватних проектів на довкілля[2], а також положень Директиви № 2003/4 про доступ до екологічної інформації [3] 8 грудня 2017 року набрав чинності Закон України «Про оцінку впливу на довкілля» від 23.05.17 р. (далі – Закон України «Про ОВД») [4], який запровадив в Україні європейську модель екологічної оцінки навколишнього природного середовища.

Оцінка впливу на довкілля спрямована на запобігання шкоді довкіллю, раціонального використання і відтворення природних ресурсів, у процесі прийняття рішень про провадження господарської діяльності, яка може мати значний вплив на довкілля, з урахуванням державних, громадських та приватних інтересів. Забороняється розпочинати провадження певної планованої діяльності без оцінки впливу на довкілля та отримання рішення про провадження планованої діяльності (ч.3.Ст 3 Закон України «Про ОВД»).

Європейська модель екологічної оцінки, що визначена Законом України «Про оцінку впливу на довкілля» передбачає дискреційні повноваження органу публічної влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері охорони на-

вколишнього природного середовища. Перш ніж перейти до детального аналізу безпосередніх дискреційних повноважень у сфері оцінки впливу на довкілля, необхідно, на нашу думку, розкрити сутність та основні риси самого поняття дискреційних повноважень.

У Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи № R (80) [5] визначено, що під дискреційними повноваженнями слід розуміти повноваження, які публічний орган, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду, тобто, коли такий орган може обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за даних обставин. Вітчизняне законодавче визначення міститься в діючій Методології проведення антикорупційної експертизи, затвердженій Наказом Міністерства юстиції України від 24.04.2017 р. [6], де дискреційні повноваження розуміють як сукупність прав та обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що надають можливість на власний розсуд визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке приймається, або можливість вибору на власний розсуд одного з декількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом, проектом нормативно-правового акту.

В доктрині вітчизняного права існує певна кількість визначень дискреційних повноважень, але найбільш вдало, на нашу думку, це поняття характеризує В.Б. Авер'янов [7], який визначав дискреційну владу як спосіб реалізації публічної (тобто з боку держави і місцевого самоврядування) влади, за яким відповідний суб'єкт влади (орган або посадова особа) застосовує надані йому в межах закону повноваження на власний розсуд, без необхідності узгодження у будь-якій формі своїх дій з іншими суб'єктами. Ці повноваження він називає дискреційними. Розглядаючи правову природу дискреційних повноважень органів публічної влади, автори виділяють їх ознаки, риси. Зокрема, Ханова Н. О. виокремлює такі риси поняття «дискреційні повноваження» [8], Грінь А. А. наводить сутнісні ознаки дискреційних повноважень органів виконавчої влади [9] тощо.

Верховний Суд України у 2018 році оприлюднив «Науковий

висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією» [10] де визначив, що дискреційне повноваження може полягати 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.

В правовій доктрині Республіки Польща робиться акцент на тому, що дискреційні повноваження можна розглядати у широкому та вузькому розумінні [11]. У широкому розумінні дискретність відноситься до кожної сфери діяльності, в якій публічному органу залишається певна свобода вибору. Свобода, в такому випадку, поширюється на процес затвердження конкретної правової норми, її викладу та інтерпретації, оцінки зібраних в справі матеріалів, правової кваліфікації фактів справи, а також вибору правових наслідків [12]. Натомість у вузькому розумінні, яку домінує у польській правовій доктрині, дискреція стосується виключно в такому випадку застосування права, коли визначаються уже правові наслідки, а також рішення процедурного характеру [13]. При цьому дискреційність органів публічної влади не є необмеженою – навіть коли норми права надають органу публічної влади певної свободи у вирішенні, відповідний орган, під час реалізації такої свободи, зобов'язаний керуватися в своїх діях загальнообов'язковими нормами права, принципами і цінностями, які є в цих нормах, в тому числі і тих, що визначені конституцією [14]. Саме такий вузький підхід ми будемо застосовувати при аналізі повноважень органу публічної влади що здійснює в Україні ОВД

Проаналізувавши Закон України «Про ОВД» приходимо до висновку, що Звіту з оцінки впливу на довкілля (детальний опис планованої діяльності, поточного стану довкілля та вплив на довкілля запланованої діяльності), на підставі якого згодом буде прийматися рішення про провадження планованої діяльності є найбільш вагомим елементом в оцінці впливу на довкілля. Уповноважений орган, після повідомлення про плановану діяльність, визначає зауваження та пропозицій з приводу планованої діяльності, обсяг досліджень та рівень деталізації інформації, що

підлягає включенню до звіту з оцінки впливу на довкілля (п.2 ч.4 ст. 5). Ст. 6 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» визначає лише досить казуїстичні елементи, який повинен містити будь -який звіт, до них відносяться 1) опис планованої діяльності, 2) опис виправданих альтернатив (наприклад, географічного та/або технологічного характеру) планованої діяльності, опис поточного стану довкілля, опис і оцінку можливого впливу на довкілля планованої діяльності, і тд. І залежно від виду діяльності, що планується здійснювати орган публічної влади на власний розсуд визначає, яку саме інформацію необхідно деталізувати.

Звіт є документом приватним, що готується суб'єктом господарювання), а суб'єкт владних повноважень зобов'язаний здійснити оцінку відомостей що містяться у Звіті і підготувати власний висновок. Якщо в органі публічної влади виникають труднощі щодо розуміння Звіту, в процесі підготовки Висновку з ОВД він може звернутись безпосередньо до експертів. Так, відповідно до ст. 10 Закону України «Про ОВД» з метою здійснення своїх повноважень, уповноважений центральний орган та уповноважений територіальний орган можуть утворювати експертні комісії з оцінки впливу на довкілля. Положення про експертну комісію з оцінки впливу на довкілля на сьогодні підготовлено Міністерством захисту довкілля та природних ресурсів України. Враховуючи вищевикладене, оцінка та перевірка відомостей, що містяться у Звіті з ОВД і приготування Висновку з ОВД є дискреційними повноваженнями уповноваженого органу публічної влади у сфері екології.

При вирішенні питання щодо видачі висновку з оцінки впливу на довкілля адміністративний суд приходить до висновку, що за конкретних умов і обставин суб'єкт владних повноважень позбавлений дискреції. Так, Волинський окружний адміністративний суд у справі № 140/6524/20 щодо обов'язковості надання висновку з ОВД [15] встановив (враховуючи вимоги ч.1 ст.9 Закону України «Про ОВД», відповідно до якої центральний уповноважений орган видає висновок з оцінки впливу на довкілля, де визначає допустимість чи обґрунтовує недопустимість провадження планованої діяльності та визначає екологічні умови її

провадження), що у випадку видання висновку з ОВД повноваження не є дискреційними, адже існує лише один правомірний та законно обґрунтований варіант поведінки суб'єкта владних повноважень – видати висновок. Тобто, у разі існування певних чітко визначених законодавством умов, суб'єкт владних повноважень зобов'язаний вчинити конкретні дії, а в разі, якщо він їх не вчиняє, його можна зобов'язати до цього в судовому порядку. Натомість, у судовій практиці є інша цікава справа – щодо будівництва вітрової електростанції на Полинині Боржава. Департамент екології та природних ресурсів Закарпатської ОДА видає висновок з ОВД щодо допустимості планованої діяльності, Закарпатський окружний адміністративний суд скасовує його, визнаючи плановану діяльність протиправною. Восьмий апеляційний суд міста Львова у справі № 260/1058/19 встановив, що суд першої інстанції скасував Висновок з ОВД, проігнорувавши дискреційні повноваження Департаменту екології та природних ресурсів Закарпатської ОДА, таким чином “порушив принцип розподілу влад, що ніяк не узгоджується з завданнями адміністративного судочинства”[16].

Замість висновку хочеться відмітити, що незважаючи на досить вагому теоретичну складову визначення поняття дискреційних повноважень, виокремлення їх основних рис та особливостей, законодавчого визначення та існування наукового роз'яснення ВСУ щодо вищевикладеного поняття, на практиці судові органи у справах щодо оцінки впливу на довкілля нажалі використовують це поняття не завжди доцільно.

Список використаних джерел

1. Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text;
2. Директива 2011/92 про оцінку впливу окремих державних і приватних проєктів на довкілля. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0092>;
3. Директива № 2003/4 про доступ до екологічної інформації. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32003L0004>;
4. Закон України «Про оцінку впливу на довкілля». URL:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2059-19#Text>;

5. Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (80) 2 OF THE COMMITTEE OF MINISTERS CONCERNING THE EXERCISE OF DISCRETIONARY POWERS BY ADMINISTRATIVE AUTHORITIES [Digital source]. URL: <https://rm.coe.int/16804f22ae>;

6. Наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1395323-17#Text>;

7. Юридична енциклопедія: в 6 т. / ред. кол.: Ю.С. Шемшученка (гол. редкол.). – К.: Українська енциклопедія, 1999. – Т.2. – С. 195;

8. Харитоновна Н. О. До питання визначення меж дискреційних повноважень контролюючих органів у сфері оподаткування. Науковий вісник публічного та приватного права. 2018. С. 162–167.

9. Грінь А. А. До питання про поняття "дискреційні повноваження органів виконавчої влади". Держава і право. Юридичні і політичні науки. 2014. Вип. 65. С. 101-107.

10. Науковий висновок ВСУ щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією». URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/naukovi_visnovki/nauk_snovok_01_03_2018;

11. Duniewska Z., Władza dyskrecjonalna administracji publicznej a sytuacja prawna jednostki – kilka refleksji. URL: https://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/79090/PDF/08_Duniewska-Z.pdf; Dziedziak W. O dyskrecjonalności administracji publicznej w procesach stosowania prawa, *Studia Iuridica Lublinensia* vol. XXVI, 3, 2017 DOI: 10.17951/sil.2017.26.3.25;

12. A. Błaś, Jednostka wobec dyskrecjonalnych uprawnień administracji publicznej, [w:] E. Ura (red.), *Jednostka wobec działań administracji publicznej*, Międzynarodowa Konferencja Naukowa Olszanica 21–23 maja 2001 r., Rzeszów 2001;

13. Wojciechowski B., *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Toruń 2004;

14. Jaśkowska M., *Uznanie administracyjne a inne formy władzy dyskrecjonalnej administracji publicznej*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego*, t. I, Instytucje prawa administracyjnego, Warszawa 2015;

15. Ухвала № 140/6524/20 (провадження: П/140/6566/20) (2020) Волинський окружний адміністративний суд. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91476880> 16. Ухвала № 260/1058/19 (провадження: А/857/3354/20) (2020) Восьмий апеляційний адміністративний суд. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89088225>

*Алла Мельник,
К.ю.н.,
асистент,*

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ: ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

У юриспруденції дискреційні повноваження визначаються як право голови держави, уряду, інших посадовців в органах державної влади у разі ухвалення рішення з питання, віднесеного до їх компетенції, діяти за певних умов на власний розсуд у рамках закону.

На сьогоднішній день серед науковців не існує єдиного уніфікованого визначення поняття дискреційних повноважень. Кожен наділяє їх своїм спектром характеристик і змістом, проте всі дефініції досить схожі між собою. При цьому, варто зауважити, що більшість науковців ототожнює поняття «дискреційні повноваження» і «дискреційна влада».

Так, С.О. Шатрава зазначає, що дискреційним правом або дискреційною владою є надана особі свобода діяти на свій розсуд, тобто, оцінюючи ситуацію, вибирати один із кількох варіантів дій (або утримуватися від дій) чи один із варіантів можливих рішень. Воно надає можливість посадовій особі диференціювати ситуації залежно від обставин, вичерпний перелік яких неможливо вказати в нормі права [1, с. 276-277]. Окрім того, науковець також акцентує увагу на тому, що, використовуючи такі повноваження, посадова особа зобов'язана передусім правильно оцінювати ситуацію, наявні у справі факти і застосовувати до встановлених фактів чинні правові норми, не допускаючи при цьому зловживання владою і покладення особистих корисливих інтересів в основу мотивації вибору. С.А. Резанов вказує, що застосування дискреційних прав – це дозволена законом інтелектуально-вольова діяльність компетентного суб'єкта, змістом якої є здійснення вибору одного з кількох варіантів рішення, встановленого правовою нормою, для забезпечення законності, справедливості, доцільності й ефективності регулювання з метою ухвалення оптимального рішення у справі, максимально повно за-

безпечуючи досягнення встановлених правом цілей. Вищевказана діяльність складається з низки розумових операцій, здійснюється вибір одного з кількох варіантів рішення, варіанти рішення встановлені правовою нормою, дискреційне право спрямоване на забезпечення законності, справедливості, доцільності й ефективності адміністративного регулювання, основна мета застосування дискреційних прав – ухвалення оптимального рішення у справі, максимально повно забезпечуючи досягнення встановлених правом цілей [2, с. 90]. Також, на думку вченого, до основних ознак дискреційних прав можна віднести юридичну дозволеність розсуду.

Варто також зауважити, що поняття «дискреційні повноваження» міститься не тільки в працях науковців. Так, мотивуючи свої рішення, адміністративні суди посилаються на Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийняті Комітетом Міністрів 11.03.1980 року, у відповідності до яких під дискреційними повноваженнями слід розуміти повноваження, які адміністративний орган, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду, тобто, коли такий орган може обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за даних обставин [3]. Згідно з пунктом 1.6. Методології проведення антикорупційної експертизи, затвердженої Наказом Міністерства юстиції України від 24.04.2017 р., № 1395/5, дискреційні повноваження – сукупність прав та обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що надають можливість на власний розсуд визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке приймається, або можливість вибору на власний розсуд одного з декількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом, проектом нормативно-правового акта [4]. Отже, доходимо висновку, що дискрецію не можна ототожнювати тільки з формалізованими повноваженнями – вона характеризується відсутністю однозначного нормативного регулювання дій суб'єкта. Він не може ухилитися від реалізації своєї компетенції, але і не має права виходити за її межі.

Список використаних джерел:

1. Шатрава С.О. Дискреційні повноваження працівників ОВС, як корупційний ризик в діяльності органів внутрішніх справ / С.О. Шатрава // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 2. – С. 276-277.
2. Резанов С.А. Дискреційні повноваження як корупційні ризики в діяльності органів державного управління / С.А. Резанов // Право і Безпека. – 2014. – № 3. – С. 88-91.
3. Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2, від 11 березня 1980 року стосовно здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.ptejteseknihovny.cz/dotazy/doporučenívyboru-ministru-rady-evropy-80-2-a-rezoluci-vyboru-ministru-rady-evropy-77-31/@@download/attachment1.
4. Методологія проведення антикорупційної експеризи: Наказ Міністерства юстиції України від 24 квітня 2017 року, № 1395/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v1395323-17/paran8#n8>.

Єфіменко Владислав
аспірант, Київський національний
університет імені Тараса Шевченка,

СПІВВІДНОШЕННЯ ПРИНЦИПУ СУБСИДІАРНОСТІ З ДИСКРЕЦІЙНИМИ ПОВНОВАЖЕННЯМИ ПОСАДОВИХ ОСІБ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ТА ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

Вступ. Євроінтеграційний шлях України та реформаторські зміни на ньому породжують нові виклики і проблеми, розв'язання яких має відбуватися, насамперед, у наукових колах. Однією із них є співвідношення принципу субсидіарності із засадами дискреційних повноважень органів адміністративної влади. Їх співвідношення має зриму актуальність у руслі адміністративної реформи, що передбачає, в тому числі, децентралізацію владних повноважень.

Виокремлення спільних та відмінних рис не буде можливим

без з'ясування сутності кожного із них. Так, відповідно до Рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2, ухвалених 11 березня 1980 року на 316-й нараді Комітету, дискреційними є повноваження «під час здійснення яких адміністративний орган залишає за собою певну міру свободи до обрання певного способу дії або прийняття конкретного рішення серед тих, які визначені законом» [1]. Не виходячи за межі своїх функцій, суб'єкт владних повноважень вправі самостійно вибрати найефективніший спосіб управління. Разом з тим, той варіант поведінки представників та посадових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування, який обирається ними в конкретній ситуації, має бути законно обґрунтованим. Означені Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи були враховані у науковому висновку Верховного Суду від 11 квітня 2018 року [2]. Документ гарантує свободу органам влади та їх представникам здійснювати свої повноваження без зовнішнього впливу.

Виклад основного матеріалу. У сучасній науковій літературі та приписах (стаття 5 Маастрихтського Договору, Висновок юрисконсульта до зустрічі Високих договірних сторін в Інтерлакені щодо майбутнього Європейського суду з прав людини тощо), під принципом субсидіарності вбачається модель організації та розподілу компетенції між суб'єктами владних повноважень по вертикалі чи горизонталі, відповідно до якої, конкретну проблему має вирішувати той орган, що в силу своїх повноважень, локації, ресурсів, знаходиться найближче до неї, тому має можливість оперативно, безпосередньо та ефективно її розв'язати. Владний суб'єкт вищого рівня повинен лише забезпечити та провадити підтримку виконавця. У разі неспроможності останнім вирішити проблему допускається втручання верхньої ланки [3, с. 61].

Державна стратегія регіонального розвитку, затверджена у руслі адміністративної реформи, передбачає, що принцип субсидіарності разом з принципом ефективності (ефективної моделі управління) та децентралізації, спрямовані на досягнення економічної міцності, взаємної інтегрованості та більшої самостійності органів влади різного рівня. Функціональні властивості означених принципів спрямовані на досягнення високих стандартів забез-

печення прав людини і громадянина, налагодження партнерських відносин між суспільством, державою та бізнесом [4].

Розглянувши визначення дискреційних повноважень та принципу субсидіарності, постає можливим простежити за спільними та відмінними рисами. Належність означених категорій до сфери публічних правовідносин є першим об'єднуючим фактором. Сторонами таких відносин виступають органи публічної влади як по відношенню одного публічного суб'єкта до другого, так і відносини між публічними суб'єктами та приватними суб'єктами (громадянами, приватними підприємствами, громадськими організаціями та іншими групами) при наданні останнім послуг, вирішенні локальних проблем або інших питань, які входять до їх компетенції. Спрямованість їх на захист та забезпечення прав людини і громадянина є другою спільною рисою. Дискреційні повноваження сприяють ефективному вирішенню проблем шляхом ухвалення представниками органів влади індивідуальних рішень з метою поновлення порушених, невизнаних або оспорюваних прав. Принцип субсидіарності забезпечує захист прав людини шляхом вирішення відповідної проблеми тим органом чи учасником правовідносин, який перебуває до неї найближче без прямої участі представників публічної влади.

Одним із найважливіших аспектів і принципу субсидіарності, і дискреційних повноважень є свобода прийняття рішень, яка є гарантом для суб'єктів, що користуються повноваженнями, або володіють визначеним переліком компетенцій [5, с. 11]. Означений аспект є третьою спільною рисою, яка характеризується багатогранністю. За твердженням Папи Римського Бенедикта XVI, принцип субсидіарності виражає не лише свободу в адмініструванні, а й свободу та гідність особистості, а відтак усі хто користуються даним принципом володіють відповідними демократичними благами [6, с. 458]. Ще одна спільна ознака полягає в тому, що обидві категорії зорієнтовані на ефективність результату дій. При виборі конкретного варіанту поведінки чи прийнятті рішення органом в його дискреційних повноваженнях, останній має обрати той варіант поведінки який буде максимально ефективним в конкретній ситуації. За своєю сутністю, ефективність принципу субсидіарності полягає в тому, що відповідне питання

вирішуватиме той орган або суб'єкт, який максимально наближений до певної проблематики і в силу своїх знань, зацікавленості, локації чи інших ознак забезпечує або знає як найкраще вирішити відповідне питання.

Висновок. Таким чином, варто констатувати що принцип субсидіарності та дискреційні повноваження уповноважених осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування є категоріями що знаходяться в різних площинах і співвідносяться між собою як загальне та часткове. Принцип субсидіарності є фундаментальною основоположною ідеєю, вимогою, орієнтиром, який характеризує як має здійснюватися розподіл компетенцій між різними рівнями або різними суб'єктами одного рівня, щоб врахувати інтереси усіх та ефективно самотійно, без зовнішнього втручання вирішити проблему, з метою забезпечення прав людини і громадянина, своєю чергою, є переліком самих дій, які можуть вчинити суб'єкти публічної влади, користуючись високим рівнем свободи у своєму виборі щодо конкретного варіанту поведінки. Вони також спрямовані на захист прав, свобод та інтересів людини і громадянина.

Разом з тим, здійснивши аналіз принципу субсидіарності та дискреційних повноважень представників та уповноважених осіб органів державної влади і органів місцевого самоврядування, нам вдалося виділити чотири основні спільні ознаки. Перша стосується сфери застосування, яка перебуває в межах публічних правовідносин. Друга полягає у їх цільовій спрямованості, що разом направлена на забезпечення прав людини і громадянина. Третя знаходиться в площині діяльності і передбачає свободу і самотійність у прийнятті рішень без свавільного втручання інших суб'єктів. Четверта спільна ознака стосується кінцевого результату, який спрямований на ефективне вирішення проблеми.

Отже, очевидним є зв'язок між дискреційними повноваженнями представників органів державної влади та принципом субсидіарності, нормативне запровадження і широке використання його в сфері адміністрування лише посилить ефективність забезпечення прав людини і громадянина на всіх рівнях управління.

Список використаних джерел:

1. Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2. Стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень. Комітет Міністрів Ради Європи. 11.03.1980. 316-а нарада.
2. Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією. Доручення Голови Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду Смоковича М.І. 13.04.2018.
3. Карабін. Т.О. Субсидіарність як вихідна ідея в розподілі повноважень публічної адміністрації. Науковий вісник ужгородського національного університету. Серія ПРАВО. 2014. № 29(2). С. 60-63.
4. Державна стратегія регіонального розвитку на період до 2020 року. Постанова КМУ. 6.08.2014. № 385.
5. Грицяк. І.А. Розвиток європейського управління в контексті впливу на державне управління в Україні. Автореферат дисертації. Нац. акад. держ. упр. при Презид. України. К. 2006. С. 1-30.
6. Бенедикт XVI. Caritas in Veritate. Енцикліка. Libreria Editrice Vaticana. 2009. С. 458.

*Андрій Лісніченко,
аспірант кафедри службового та медичного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,*

ПИТАННЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ МІСЬКИХ РАД ЩОДО ОРГАНІЗАЦІЇ УПРАВЛІННЯ РАЙОНАМИ В МІСТІ У КОНТЕКСТІ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД

Питання пов'язані зі здійсненням дискреційних повноважень суб'єктами публічної адміністрації є доволі дискусійними та жваво обговорюваними серед наукової спільноти, та досі не втрачають своєї актуальності у різних галузях права.

Не є виключенням і сфера місцевого самоврядування, яка в умовах проведення в Україні реформи децентралізації публічної влади поступово трансформується відповідно до стандартів цивілізованих країн світу та спрямована на активізацію участі міс-

цевого населення у вирішенні проблем та питань місцевого значення.

Відтак вважаємо слушним зупинитися на розгляді питання реалізації дискреційних повноважень міських рад щодо організації управління районами в містах та їх впливу на адміністративно-правовий статус первинних суб'єктів місцевого самоврядування – територіальних громад.

В адміністративно-правовій доктрині дискреційні повноваження вітчизняні науковці визначають як повноваження щодо реалізації адміністративного розсуду, коли вони не передбачають обов'язків органу публічного адміністрування, посадової або службової особи узгоджувати в будь-якій формі свої рішення з будь-яким іншим суб'єктом. Наділяючи орган публічного адміністрування, посадову або службову особу такими повноваженнями, законодавець уживає дієслово «може» [1, с. 188].

Відповідно до частини п'ятої статті 140 Основного Закону України питання організації управління районами в містах належить до компетенції міських рад [2], що розтлумачено Високим Судом України як повноваження міських рад приймати рішення щодо утворення чи неутворення в місті районних рад (пункт 2 резолютивної частини Рішення Конституційного Суду України від 13 липня 2001 року № 11-рп (справа про адміністративно-територіальний устрій) [3].

Більш конкретизований зміст наведеного вище конституційного положення з чітким дискреційним підтекстом можна знайти в частині другій статті 6 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», згідно з якою у містах з районним поділом за рішенням міської ради відповідно до цього Закону можуть утворюватися районні в місті ради [4].

Таким чином, за наявності в місті районного поділу та проживання в його районах громадян України, міська рада з урахуванням загальноміських інтересів, колективних потреб територіальної громади міста, керуючись принципами правової, організаційної та матеріально-фінансової самостійності, на власний розсуд реалізує надане їй дискреційне повноваження утворювати чи не утворювати районні у місті ради.

У разі не прийняття міською радою рішення про утворення

районних в місті рад, говорити про існування адміністративних правовідносин на рівні району міста між його жителями та представницьким органом місцевого самоврядування цього району не вбачається можливим.

Оскільки існування районних у містах рад, які б мали бути власним суб'єктом публічного адміністрування жителів районів у місті залежить від адміністративного розсуду міської ради, сучасна практика управління районами у містах пішла іншим шляхом та замість утворення районних у місті рад міські ради активно створюють свої виконавчі органи з назвою «районні в місті адміністрації» (наприклад, міста Харків, Одеса, Львів, Запоріжжя тощо).

За таких умов жителі районів міста можуть вступати в адміністративні правовідносини з міською радою або її виконавчими органами, які функціонують в районах міста, але у якості територіальної громади міста, а тому, на наше переконання, територіальні громади районів у містах не можуть розглядатися як суб'єкти адміністративного права та наділятися відповідним адміністративно-правовим статусом.

Оскільки територіальні громади міст є колективними суб'єктами адміністративного права, саме як неподільні суб'єкти вони потенційно здатні вступати в адміністративні правовідносини з суб'єктами публічної адміністрації з метою забезпечення реалізації свого публічного інтересу.

При цьому звертаємо увагу, що незалежно від наявності в міста районного поділу, уся сукупність або частина жителів, які належать до територіальної громади міста можуть здійснювати місцеве самоврядування на будь-якій ділянці адміністративно-територіального простору такого населеного пункту, що безумовно сприяє забезпеченню їх суб'єктивних прав в адміністративних правовідносинах з органами місцевого самоврядування.

Отже вважаємо, що міська рада безумовно повинна мати дискреційні повноваження щодо організації управління районами у містах, зокрема у частині матеріально-фінансового та організаційного забезпечення здійснення місцевого самоврядування в районах міста, визначення адміністративно-територіального устрою міста, однак існування районних у містах рад є сумнів-

ним та жодним чином не впливає на якість здійснення місцевого управління в межах міста.

В свою чергу, підвищити ефективність управління районами в містах допоможе удосконалення на законодавчому рівні форм участі територіальних громад у здійсненні місцевого самоврядування, що забезпечить якісно новий рівень співпраці територіальної громади з її представницькими органами та сприятиме більш дієвій імplementації Європейської хартії місцевого самоврядування у законодавство України.

Список використаних джерел:

1. Адміністративне право України. Повний курс: підручник. Галуцько В., Діхтієвський П., Кузьменко О., Стеценко С. та ін. Видання друге. Херсон: ОЛДІ-ПЛЮС, 2019. 520 с.;

2. Конституція України. Конституція від 28.06.1996р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення 13.05.2021);

3. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів «район» та «район у місті», які застосовуються в пункті 29 частини першої статті 85, частині п'ятій статті 140 Конституції України, і поняття «організація управління районами в містах», яке вживається в частині п'ятій статті 140 Конституції України та в частині першій статті 11 Закону України «Про столицю України – місто-герой Київ», а також щодо офіційного тлумачення положень пункту 13 частини першої статті 92 Конституції України, пункту 41 частини першої статті 26 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» стосовно повноваження міських рад самостійно вирішувати питання утворення і ліквідації районів у місті (справа про адміністративно-територіальний устрій). Рішення Конституційного Суду України від 13.07.2001 р. № 11-рп/2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-01#Text> (дата звернення: 13.05.2021);

4. Про місцеве самоврядування в Україні. Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-вр> (дата звернення: 13.05.2021).

Бабич Яна
аспірантка кафедри службового та медичного права
Інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЩОДО ВСТАНОВЛЕННЯ КАРАНТИННИХ ЗАХОДІВ

Тяжким випробуванням сьогодення як для державної влади, так і для всієї медичної системи виявилось розповсюдження гос-трої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2 (далі COVID-19). Більше того, обмежувальні карантинні заходи, пов'язані із стрімким поширенням пандемії, стали невід'ємною частиною повсякденного життя пересічного українця. Станом на 07 квітня 2021 р. серед Європейських країн Україна посідала перше місце за кількістю нових випадків захворюваності [1]. Невтішна вітчизняна та світова статистики вимагають прийняття відповідних рішень як на загальнодержавному, так і на місцевих рівнях. Практика останніх місяців продемонструвала, що лише своєчасне дискреційне реагування службовців на місцях стає перепорою для стрімкого збільшення числа нових інфікованих.

Разом с тим, варто констатувати, що в законодавстві України відсутня дефініція дискреційних повноважень. Лише Верховний Суд України своєю Постановою від 03 квітня 2018 р. у справі № 569/16681/16-а надав їй тлумачення. Так, дискреційними повноваженнями є можливість діяти за власним розсудом, в межах закону, можливість застосувати норми закону та вчинити конкретні дії (або дію) серед інших, кожні з яких окремо є відносно правильними (законними) [2]. Законодавча невизначеність та позитивний досвід іноземних країн у впровадженні означеного явища породжує широке коло наукових дискусій стосовно даної проблеми. Наприклад, О. А. Мілієнко доречно зазначає, що дискреційне повноваження може полягати у виборі діяти або бездіяти. Якщо діяти, то у виборі варіанта або рішення, що прямо або опосередковано закріплені в законі [3].

Питання дискреційних повноважень органів місцевого самоврядування щодо встановлення додаткових карантинних заходів має не лише важливе медичне, а й стратегічне та економічне значення. Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про встановлення карантину та запровадження обмежувальних протиепідемічних заходів з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2 від 09 грудня 2020 р. № 1236» зі змінами від 22 березня 2021 р., на території окремих територіальних громад у межах регіонів, на яких встановлено «помаранчевий» рівень епідемічної небезпеки, рішенням місцевих комісій з питань техногенно-екологічної безпеки та надзвичайних ситуацій встановлюються додаткові обмежувальні протиепідемічні заходи, які не передбачені пунктом 3 даної постанови [4]. Так, уряд надав владі на місцях на власний розсуд, проте в межах своєї компетенції посилювати або послаблювати карантин.

Виконавчий орган Київської міської ради Постійна комісія з питань техногенно-екологічної безпеки та надзвичайних ситуацій Протоколом № 20 від 18 березня 2021 р. посилили карантинні обмеження в Києві, який на той момент знаходився на «помаранчевому» рівні епідемічної небезпеки. Відтак, було заборонено роботу кінотеатрів, торговельно-розважальних центрів, закладів громадського харчування тощо [5]. Таке суттєве посилення карантину знайшло своїх прибічників не на всій території України. Зокрема, службовці Харківської обласної державної адміністрації на період аналогічного рівня епідемічної небезпеки практично не впровадили додаткових обмежень, окрім переведення закладів освіти на дистанційну форму навчання [6]. До того ж, потрапивши у «червону зону», Регіональна комісія з питань техногенно-екологічної безпеки та надзвичайних ситуацій на чолі із міським головою Харкова попри рекомендації Міністерства охорони здоров'я та Постанову Кабінету Міністрів України № 641 від 22 липня 2020 р., прийняли рішення не блокувати роботу громадського транспорту [7]. Питання щодо перевищення дискреційних повноважень місцевої влади у даному рішенні залишається доволі спірним.

Оскільки коронавірусна інфекція COVID-19 є загальною світовою проблемою, ми пропонуємо звернути увагу на позитивний міжнародний досвід у сфері дискреційних повноважень локальних органів влади щодо встановлення карантинних заходів. Восени 2020 року більша частина жителів Великобританії перебувала під місцевими локдаунами. З метою своєчасного забезпечення необхідних протиепідемічних заходів на місцях, уряд Англії встановив три рівні локальних обмежень: середній, високий і дуже високий. В останньому застосовуються суворі обмеження, які можуть бути посилені відповідно рішень місцевої влади. В жовтні 2020 року Уельс та Шотландія перебували під найвищим рівнем епідемічної небезпеки. Місцеві уряди, в свою чергу, застосували жорсткі територіальні обмеження, включаючи повний локдаун [8].

У США округи штату класифікуються за чотирма рівнями: мінімальний, помірний, значний та широко розповсюджений інфекційний ризик. Рішення про послаблення або посилення карантинного режиму приймає місцева влада стосовно кожного округу на основі фактичних показників захворюваності [9]. Як зазначається в *The New York Times*, осінню минулого року губернатор Нью-Йорка запровадив двотижневий карантин для округів (районів) міста із найбільшими числом захворівших. Такими стали Бруклін та Квінс [10].

Таким чином, варто констатувати, що наявність дискреційних повноважень у місцевої влади є надзвичайно важливим механізмом задля швидкої ліквідації територіальних спалахів COVID-19. Запровадження або скасування додаткових обмежень на певній території неодноразово доводило свою ефективність та доцільність не просто на словах, а й в офіційних показниках статистики. Даний диференційований територіальний підхід дозволяє уникнути величезних матеріальних витрат, які мали місце під час всеукраїнського карантину, одночасно вирішуючи ситуацію із спалахом захворюваності там, де вона виникла. Аналіз міжнародного досвіду свідчить, що в означеному питанні ми знаходимося на правильному шляху. Виключно ефективна координація між місцевою владою, органами охорони здоров'я та урядом може стати основоположним кроком для подолання COVID-19 в Україні.

Список використаної літератури

1. Reported Cases and Deaths by Country or Territory. URL: <https://www.worldometers.info/coronavirus/#countries>
2. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 03.04.2018 у справі № 569/16681/16-а. URL: <https://www.gov.uk/guidance/covid-19-coronavirus-restrictions-what-you-can-and-cannot-do>
3. Мілієнко О.А. Межі дискреційних повноважень у реалізації процедури прийняття адміністративних актів / Право та державне управління : збірник наукових праць // [за ред. О. В. Покатаєвої]. – Запоріжжя : КПУ, 2020. – № 1 том 1. – 270-273 с. URL: http://pdu-journal.kpu.zp.ua/archive/1_2020/tom_1/43.pdf
4. Постанова Кабінету Міністрів України від 09 грудня 2020 р. № 1236 «Про встановлення карантину та запровадження обмежувальних протиепідемічних заходів з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1236-2020-%D0%BF#Text>
5. Протокол Виконавчого органу Київської міської ради Постійної комісії з питань техногенно-екологічної безпеки та надзвичайних ситуацій від 18.03.2021 року №20. URL: <https://docs.google.com/viewer?embedded=true&url=https://kyivcity.gov.ua/img/item/general/6554.docx>
6. Протокол Регіональної комісії з питань техногенно-екологічної безпеки та надзвичайних ситуацій Харківської області від 17.03.2021 року №7. URL: https://kharkivoda.gov.ua/content/documents/1079/107855/Attaches/protokol_7_vid_17.03.2021_z_dodatkom.pdf
7. Протокол Регіональної комісії з питань техногенно-екологічної безпеки та надзвичайних ситуацій Харківської області від 02.03.2021 року №8. URL: https://kharkivoda.gov.ua/content/documents/1083/108238/Attaches/protokol_8_vid_02.04.2021.pdf
8. Guidance COVID-19 contain framework: a guide for local decision-makers. URL: <https://www.gov.uk/government/publications/containing-and-managing-local-coronavirus-covid-19-outbreaks/covid-19-contain-framework-a-guide-for-local-decision-makers>
9. Tracking California's coronavirus closures and reopenings. URL: <https://www.latimes.com/projects/california-coronavirus-cases-tracking-outbreak/reopening-across-counties/>
10. Cuomo Imposes Tight Virus Rules on Areas Hit by Spikes Across State. URL: <https://www.nytimes.com/2020/10/06/nyregion/cuomo-shutdown-coronavirus.html>

Алла Продан
аспірантка кафедри службового та медичного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка)

ЩОДО ЗМІСТУ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ НАЦІОНАЛЬНОГО АГЕНТСТВА З ПИТАНЬ ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЇ

Сучасне вітчизняне та зарубіжне законодавство досить неоднозначно визначає поняття та зміст дискреційних повноважень, здебільшого акцентуючи увагу на праві уповноваженої особи при ухваленні владно-управлінського рішення як у формі нормативного, так й адміністративного акта, діяти за певних умов та ситуації на власний розсуд. Причому така свобода управлінського рішення має відбуватися у межах, що визначені відповідним нормативно-правовим актом.

Як наголошують вітчизняні вчені та практики, при ухваленні органами виконавчої влади (їх посадовими особами) рішень слід оцінювати фактичні обставини, здійснювати у межах компетенції мотивований правомірний вибір певного варіанту поведінки щодо прийняття оптимального рішення чи вчинення відповідних дій. Вибір рішення повинен здійснюватися виключно в встановлених межах, які можуть носити кількісну або якісну характеристику. Окрім зазначеного, вченими наголошується, що розсуд має зобов'язально-дозвільний характер, проявляється через різновиди владного впливу, пов'язується з управлінням і регулюванням діяльності на основі і на виконання закону та має бути обмежений нормативно-правовими актами, що регламентують повноваження органів виконавчої влади (їх посадових осіб) [1].

Варто наголосити, що одним із основних напрямів у сфері запобігання корупції є виявлення корупційних ризиків, які можуть виникнути в діяльності публічних службовців, а також усунення умов та причин виникнення цих ризиків. При цьому зазначимо, що в переліку корупційних ризиків є наявність дискреційних повноважень, оскільки саме можливість діяти на власний розсуд створює умови для вчинення корупційних правопорушень. Державний службовець, як правило, приймає рішення у першу чергу на підставі власного досвіду, психологічного від-

ношення до виконуваної роботи, а також ґрунтуючись на особистих переконаннях, іноді, на соціально-матеріальному становищі.

Як уже нами наголошувалось, корупційні прояви в Україні як негативне соціальне явище за своїми масштабами та наслідками є одним із найбільш дестабілізуючих чинників у вітчизняному середовищі, оскільки має істотний вплив на усіх сфери суспільного життя. Саме тому розглянемо дискреційних повноважень посадових осіб Національного агентства з питань запобігання корупції через призму їх можливих зловживань.

Зазначимо, що перелік повноважень Національного агентства визначений нормами статті 11 Закону України «Про запобігання корупції» (далі – Закону). При цьому варто звернути увагу на те, що законодавцем наділено повноваженнями не посадових осіб, а власне Національне агентство, що не засвідчує високий рівень юридичної техніки та понятійного апарату. Разом з тим, можна вважати, що мова йде про повноваження посадових осіб Нацагентства, що врешті зазначено в ст. 12 Закону, а саме: Уповноваженими особами Національного агентства є Голова, заступник Голови Національного агентства, а також інші посадові особи, уповноважені Головою Національного агентства [2].

Що стосується переліку та змісту повноважень Нацагентства, то серед них зупинимося саме на тих, які викликають найбільшу стурбованість й відносяться до категорії дискреційних, які полягають у виборі діяти чи бездіяти, а якщо діяти, то у виборі варіанту рішення чи дії серед варіантів, що прямо або опосередковано закріплені у законі. Доречно наголосити, що важливою ознакою такого вибору є те, що він здійснюється без необхідності узгодження варіанту вибору із будь-ким.

Для виявлення дискреційних повноважень з переліку, що визначений законом, використовуються терміни, які якраз і розкривають зміст дискреції, як то: «може», «має право», «за власної ініціативи», «ініціює», «дбає», «забезпечує», «встановлює», «визначає», «на свій розсуд». Разом з тим, як наголошують вітчизняні вчені, наявність такого терміну у законі не свідчить автоматично про наявність у суб'єкта владних повноважень дискреційного повноваження.

Так зокрема, нормою статті 12 п. 5⁻⁷ Закону визначено, що Нацагентство у разі встановлення ним доказів того, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, набула необґрунтовані активи або що такі активи набула інша особа за її дорученням чи в інших передбачених статтею 290 Цивільного процесуального кодексу України випадках, – порушувати перед Спеціалізованою антикорупційною прокуратурою або у визначених законом випадках – перед Офісом Генерального прокурора питання щодо звернення до суду з позовом про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави [2].

Як бачимо, дискреційний зміст повноважень Нацагентства проявляється у його праві порушувати перед Спеціалізованою антикорупційною прокуратурою або у визначених законом випадках – перед Офісом Генерального прокурора питання щодо звернення до суду з позовом про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави. При цьому умовою для реалізації дискреційних повноважень є встановлення Нацагентством доказів того, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, набула необґрунтовані активи або що такі активи набула інша особа за її дорученням чи в інших передбачених статтею 290 Цивільного процесуального кодексу України випадках. У цьому випадку доречно зазначити, що обсяг дискреції нічим не обмежений, більше того, такі повноваження здійснюються за власним розсудом посадовця, а відтак може включати всі прояви «свободи волі» – «правильну» волю та/або «неправильну» волю особи [2].

Не меншої уваги заслуговує зміст дискреційних повноважень Нацагентства, що міститься в п. 11⁻¹ ст. 12 Закону, а саме праві ініціювати проведення службового розслідування, вжиття заходів щодо притягнення до відповідальності осіб, винних у вчиненні корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень, надсилати до інших спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції матеріали, що свідчать про факти таких правопорушень [2].

Розглядаючи зміст вказаної вище дискреції бачимо, що посадовці Нацагентства не мають чітких нормативів меж дискреції,

не визначена дискреція й актами, само тому він приймає рішення щодо ініціювання проведення службового розслідування, або ж вжиття заходів щодо притягнення до відповідальності, у першу чергу на підставі власного досвіду, психологічного відношення до виконуваної роботи, а також ґрунтуючись на особистих переконаннях, іноді, на соціально-матеріальному становищі.

Саме тому, на нашу думку, аби знизити ризик можливого зловживання обсягом дискреційних повноважень, що неодмінно призводить до можливого свавілля і суб'єктивізму, на нашу думку необхідно закріпити на законодавчому рівні при прийнятті управлінського рішення, вимогу обов'язкового обґрунтування доцільності та меж реалізації дискреційних повноважень.

Список використаних джерел:

1. Дискреційні повноваження <https://marad.gov.ua/storage/app/sites/1/antikor/%20%D0%BF%D0%BE%D0%B2%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D0%B6%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8F.pdf>
2. Про запобігання корупції : Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1700-VII (ВВР), 2014, № 49, ст.2056.

*Бабич Анна,
студентка 2 року навчання ОР «Магістр», Інститут права,
Київський національний університет ім. Тараса Шевченка*

ОПРИЛЮДНЕННЯ ПРОЄКТІВ РІШЕНЬ ОРГАНАМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ: ПРАКТИЧНИЙ АСПЕКТ

Оприлюднення проєктів рішень органами місцевого самоврядування є одним із інструментів втілення принципу прозорості діяльності місцевих рад, що дозволяє членам громади ознайомлюватися з проєктами актів, які рада має на меті розглянути, та, як наслідок, вплинути на результати їх розгляду, реалізуючи право брати участь у вирішенні питань місцевого значення.

За загальним правилом, згідно з частиною третьою статті 15 Закону України «Про доступ до публічної інформації» проєкти

рішень органів місцевого самоврядування мають оприлюднюватися за 10 робочих днів до їх розгляду [1].

Своєю чергою, пункт 4 частини третьої статті 50 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» визначає відповідальною особою за опублікування проєктів рішень секретаря ради [2].

Одночасно відповідальність за вказане правопорушення встановлена в частині першій статті 212³ Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП), згідно з якою неоприлюднення інформації, зокрема проєктів рішень органу місцевого самоврядування, тягне за собою накладення штрафу на посадових осіб від двадцяти п'яти до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (від 425 до 850 гривень) [3].

Проте в законі відсутня юридична відповідальність за порушення строків оприлюднення рішення, у зв'язку з чим цікаво дослідити це питання на практиці.

Так, відповідно до обставин справи № 405/1683/18 Ленінського районного суду м. Кіровограда низка проєктів рішень, розглянуті та прийняті радою 20.07.2017 року були оприлюднені на сайті ради з порушенням встановлених у законі на той час строків. Однак Суд зауважив, що станом на 27.08.2017 року проєкти рішень були оприлюднені на сайті ради, що підтверджується змістом Інтернет-сторінки міської ради. Тож Суд дійшов висновку, що подія правопорушення не мала місця, зважаючи на диспозицію частини першої статті 212³ КУпАП, яка встановлює відповідальність лише за неоприлюднення інформації [4].

Аналогічна позиція висловлена в Постанові Каховського міськрайонного суду Херсонської області від 05 серпня 2016 року у справі № 658/2474/16-п [5].

Таким чином, чинне законодавство дозволяє уникати відповідальності за оприлюднення проєктів рішень без дотримання строків, визначених у законі. Своєю чергою, це позбавляє громадян можливості бути ознайомленими з проєктами рішень (обмеження принципу прозорості), а відтак і впливати на прийняття тих чи інших рішень (обмеження принципу відкритості). Зважаючи на це, існує потреба доповнити диспозицію частини першої статті 212³ КУпАП, встановивши відповідальність за несвоєчас-

не оприлюднення інформації.

Варто зауважити, що у Верховній Раді України зареєстрований законопроект за № 4257, покликаний вирішити описану проблему. У ньому пропонується доповнити диспозицію згаданої статті КУпАП, зокрема, таким діянням, як несвоєчасне оприлюднення інформації [6].

Цікавою у цьому контексті є позиція, висловлена Краматорським міським судом Донецької області у справі № 234/2172/18. Відповідно до обставин справи проекти рішень, прийняті на одному з чергових засідань Краматорської міської ради, були оприлюднені напередодні їх розгляду з метою прийняття, а не за 20 робочих днів, як цього вимагало чинне на той час законодавство. Позивач просив притягнути до адміністративної відповідальності секретаря ради за частиною першої статті 212³ КУпАП (неоприлюднення відповідної інформації). Однак Суд зазначив, що секретар не є відповідальною особою за своєчасність оприлюднення рішень, посилаючись на положення Регламенту Краматорської міської Ради. Згідно з Регламентом відповідальність за своєчасне оприлюднення проектів рішень міської ради несе розробник проекту – відділ комунальних ресурсів та самоврядного контролю Краматорської міської ради. Таким чином, Суд закриття провадження у наведеній справі щодо секретаря ради за відсутністю в його діях складу адміністративного правопорушення [7].

Така ж позиція щодо відповідальності за невчасно оприлюднене рішення викладена у справі № 33/781/79/18 Апеляційного суду Кіровоградської області. Так, Суд підкреслив, що секретар ради, керуючись Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні», забезпечує оприлюднення проектів рішень, тобто не робить цього безпосередньо сам, а лише контролює та координує роботу відповідальних виконавців працівників апарату ради, які здійснюють безпосередньо оприлюднення [7].

Таким чином, суди застосовують розширювальне тлумачення, звертаючи увагу, що забезпечення оприлюднення проектів рішення секретарем ради може охоплювати контроль та координацію інших посадових осіб, визначених відповідальними на локальному рівні за підготовку проектів та безпосередньо за дове-

дення їх до відома громадян. Тож суди, встановлюючи відповідальну особу місцевої ради за неоприлюднення інформації, насамперед враховують норми локальних нормативно-правових актів органів місцевого самоврядування.

Окремо варто приділити увагу питанню, що стосується прогалини в законодавстві щодо можливості вносити зміни в проекти рішень, які вже оприлюднені на сайті.

Так, у справі № 824/913/18-а позивач К. звернулася з адміністративним позовом до Чернівецької міської ради, у якому просила скасувати частину третю рішення ради № 1380 від 08.08.2018 року. Обґрунтовуючи позовні вимоги, К. зазначила, що під час розгляду оскаржуваного рішення не дотримано процедури прийняття частини третьої вказаного рішення, яка за пропозицією одного з депутатів з'явилася безпосередньо перед голосуванням, тобто не була оприлюднена заздалегідь, як вимагає закон.

Зрештою, Верховний Суд підтримав правові позиції першої та апеляційної інстанцій та резюмував, що процедура прийняття рішення не порушена, оскільки сам проект рішення оприлюднений відповідно до вимог Закону України "Про доступ до публічної інформації" і Регламенту ради, а оскаржуваною частиною третьою його доповнено вже під час розгляду і обговорення на підставі, у межах повноважень, що визначені Законом України "Про місцеве самоврядування в Україні" та в порядку, передбаченому Регламентом Чернівецької міської ради [8].

Не заперечуючи справедливості висновків Верховного Суду, варто зазначити, що загалом внесення змін до проектів певного рішення місцевої ради може бути спрямоване як на виправлення деяких суперечностей, усунення корупціогенних факторів тощо, так і бути способом, щоб оминути норму про ознайомлення громадськості з повним проектом рішення. Для прикладу, останній може бути опублікований умисно без окремих його сумнівних аспектів, а саме рішення буде прийматися із відповідними змінами в день розгляду, що дозволить уникнути попереднього ознайомлення з рішенням членів громади, а отже, і висловлення ними позицій щодо змін перед прийняттям рішення.

У зв'язку з цим, на наш погляд, існує потреба встановити за-

побіжники на законодавчому рівні для мінімізації підстав, що дозволяють змінювати текст проєкту рішень у день його голосування та, відповідно, усувають перешкоди для громадян бути ознайомленими з повними проєктами рішень.

Отже, аналіз судової практики демонструє, що існує необхідність вдосконалити законодавство України, що стосується оприлюднення проєктів актів органів місцевого самоврядування, а саме:

- внести зміни до диспозиції частини першої статті 212³ КУпАП, встановивши відповідальність за несвоєчасне оприлюднення інформації;
- врегулювати прогалини в законодавстві щодо можливості вносити зміни в проєкти рішень, передбачивши запобіжники щодо необґрунтованої зміни тексту проєкту рішень у день його голосування та забезпечивши при цьому баланс між правом громадян на доступ до інформації та ефективним і оперативним здійсненням повноважень місцевими радами.

Список використаних джерел

1. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13.01.2011 р. № 2939-VI / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314.
2. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 24. Ст.170.
3. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. № 8073-X / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. Додаток до № 51. Ст. 1122.
4. Постанова Ленінського районного суду м. Кіровограда від 24 квітня 2018 року у справі № 405/1683/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73646493> (дата звернення: 20.03.2021).
5. Постанова Каховського міськрайонного суду Херсонської області від 05 серпня 2016 року у справі № 658/2474/16-п. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/59607695> (дата звернення: 18.03.2021).
6. Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо забезпечення прозорості та відкритості діяльності місцевих рад та інших суб'єктів владних повноважень» : проєкт Закону від 23.10.2020 року за реєстр. № 4257. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70238 (дата звернення: 20.03.2021).

7. Постанова Краматорського міського суду Донецької області від 23 березня 2018 року у справі № 234/2172/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73549133> (дата звернення: 18.03.2021).

8. Постанова Верховного Суду від 27 лютого 2020 року у справі № 824/913/18-а. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87868696> (дата звернення: 21.03.2021).

*Шевчук Уляна,
студентка Київського національного
університету імені Тараса Шевченка
Науковий керівник, кандидат юридичних наук, доцент кафедри
службового та медичного права Інституту права: Шлоер Бернгард*

ПІДХОДИ ДО КЛАСИФІКАЦІЇ ВИДІВ ПУБЛІЧНОЇ СЛУЖБИ В УКРАЇНІ

В Україні протягом останніх років, після проголошення в 2014 р. Євроінтеграційного курсу нашою державою розгорнулась масштабна реформа системи публічного управління. У контексті цього важливого значення набуває необхідність наближення публічної служби в Україні до європейських стандартів, в тому числі й в розмежуванні видів діяльності, які належать саме до публічної служби в нашій державі, для подальшого вдосконалення її правового регулювання.

Метою дослідження є аналіз підходів класифікації публічної служби в Україні на основі законодавства та теоретичних напрацювань.

Питання підходів до класифікації видів публічної служби в сучасній правовій науці активно цікавить науковців ними займаються Ботвінов Р., Карпа М.І., Коломоєць Т.О., Омелянович О.Т., Стрельченко О.Г., Цуркан М.І., Янюк Н.В.

Прийнято вважати, що основними складовими публічної служби є насамперед служба в органах державної влади та муніципальних органах. При цьому законодавець визначив різні види публічної служби, які відносяться до цієї системи, на противагу цьому науковці наголошують на недосконалості такого підходу

законодавця.

Відповідно до п. 15 ст. 3 КАС України, публічна служба – це діяльність на державних політичних посадах, професійна діяльність суддів, прокурорів, військова служба, альтернативна (невійськова) служба, дипломатична служба, інша державна служба, служба в органах влади АР Крим, органах місцевого самоврядування[1]. У науковій літературі таке визначення законодавця зазнає суттєвої критики серед фахівців у галузі адміністративного права. Омельянович О.Т. відзначає, що сумнівним є обраний законодавцем варіант роз'яснення сутності поняття «публічна служба» в нормах КАС України через перерахування її складових (видів служби)[4, с. 397]. Також дослідники звертають увагу та наголошують на тому, що законодавче визначення поняття «публічна служба» є недосконалим, оскільки не містить жодних чітких ознак публічної служби, які дозволили відмежувати публічну службу від інших видів служби в державі[4, с. 397].

На думку Ботвінова Р.Г., в науковій літературі на сьогодні існує велика кількість підходів до класифікації видів публічної служби, в яких критерієм для поділу береться належність до органу влади, особливості виконання функцій держави, наявність можливості застосування примусу, особливий порядок проходження служби та інші[2, с. 114]. Так дослідник Тимків В. аналізуючи наявні у законодавстві види публічної служби, виокремлює в межах «публічної служби» за функцією державної влади «державну службу» та за функцією недержавної влади – «місцеве самоврядування»[6, с. 70]. Також як зауважує Н. Янюк, «законодавець об'єднав різні за змістом види службової діяльності – політичну та професійну діяльність в одному правовому інституті» [8, с. 163].

Традиційно найбільш поширеним є поділ публічної служби на два види – державну службу та службу в органах місцевого самоврядування, однак на сьогодні така класифікація є вже застарілою. За іншим підходом публічна служба в суспільстві розподіляється відповідно до існування державних і недержавних організацій (громадських, корпоративних та самоврядних) на державну та недержавну[6, с. 71]. Існує також поділ публічної

служби в суспільстві на мілітаризовану та цивільну. До цивільної служби належить служба в державних організаціях й установах, громадських і політичних об'єднаннях. До мілітаризованої служби – служба в правоохоронних органах, збройних силах.

Стрельченко О.Г. аналізуючи класифікацію основних видів публічної служби виділяє наступні основні категорії: цивільна та мілітаризована публічні служби, при цьому до цивільної публічної служби він відносить загальну публічну службу та спеціалізовану публічну службу, а до мілітаризованої публічної служби відносить військову та правоохоронну службу [5, с. 108].

Мілітаризована служба є має характерне особливе призначення і завдання, законодавчо закріплений спеціальний порядок формування та проходження служби, спеціальні вимоги щодо професійної, фізичної психологічної підготовки, віку [5, с. 108]. Основними завданнями мілітаризованої служби є здійснення охоронної функції держави, що зокрема полягає в захисті та охороні законності й правопорядку, територіальної цілісності та безпеки держави, життя й здоров'я громадян. При цьому їй притаманні можливість застосування примусу (легальне застосування насильства). До її складу входить військова служба(професійна служба в збройних силах, підрозділах спеціального призначення). Також до мілітаризованої служби належить правоохоронна служба, зокрема це професійна діяльність в правоохоронних органах (поліції, служби безпеки, розвідки), державній прикордонній службі та інших структурах воєнізованих підрозділах. би[5, с. 108].

До цивільної публічної служби належать два види – загальна публічна служба та спеціалізована публічна служба. Стрельченко О.Г. відзначає, що чинне законодавство європейських держав визначає, що цивільна служба передбачає діяльність із задоволення потреб суспільства, до неї входять всі види публічної служби, окрім мілітаризованої служби[5, с. 108]. Загальна цивільна служба передбачає професійну діяльність осіб в структурах публічної адміністрації, тобто органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Основна функція загальної цивільної служби є сервісною, в першу чергу вона реалізується через надання адміністративних послуг громадянам, приватним комер-

ційним юридичним особам, обслуговування політичного керівництва держави[5, с. 109]. В У країні до загальної цивільної служби належить служба в Кабінеті Міністрів України, апаратів центральних органів влади, місцевих державних адміністраціях, органах місцевого самоврядування.

Натомість спеціалізована цивільна служба покликана забезпечувати діяльність держави в окремих, вузьких сферах діяльності. Як правило до спеціалізовані корпуси державної цивільної служби складають дипломатична служба та консульська служба, оскільки міжнародний характер їх діяльності має ряд особливостей, пов'язаних з організацією проходження служби та виконання своїх обов'язків.

Стрельченко О.Г. відзначає, що в Україні до спеціалізованої служби також науковці пропонують долучити службу в прокуратурі, зважаючи організаційно-правовий статус прокурорів, заступників і помічників прокурорів, слідчих прокуратури, а також через обмежені можливості переміщення з органів прокуратури до органів виконавчої влади встановлено Законом України «Про прокуратуру»[5, с. 110]. Водночас, слід наголосити, що правовий статус службовців, які працюють в апаратах органів прокуратури, визначається відповідно до Закону «Про державну службу». Також окремим видом спеціалізованої публічної служби, на думку Цуркан М.І., є суддівська служба, адже особливості правового статусу суддів, порядок їх призначення та виконання своїх обов'язків визначено окремим законом України «Про судоустрій та статус суддів»[7, с. 9].

Також Карпа М.І., Дудник А.І. відзначають, що в Україні та інших країнах пострадянського простору поширеною є позиція про необхідність долучення до корпусу спеціалізованої служби таких видів публічної діяльності службу в органах податковій адміністрації, митної служби та у органах юстиції[3].

У європейських державах також існує спеціалізована цивільна служба, однак розумні її сутності та види публічної служби, які до неї належать відрізняється від України. Наприклад, Стрельченко О.Г. відзначає, що за законодавством Латвії, цивільним службовцем спеціальної державної цивільної служби є особа, яка виконує функції у службі державних доходів, поліції, прико-

рдонній службі, у дипломатичній та консульській службі, пожежній, рятувальній та тюремній службах[5, с. 110].

Отже, підсумовуючи слід зазначити, що існують різні підходи до класифікації видів публічної служби, при тому серед науковців немає єдиного бачення як критеріїв так чіткого підходу до визначення в цьому питанні. Загалом правознавці виділяють дві основні групи видів публічної служби: мілітаризовану (військова та правоохоронна) та цивільну (загальну та спеціалізовану). Чинне законодавство потребує уточнення щодо видів публічної служби, що відповідало б сучасним реаліям.

Список використаних джерел та літератури:

1. Кодекс адміністративного судочинства України від 06 липня 2005 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>
2. Ботвінов Р. Підходи до класифікації видів державної служби / Р. Ботвінов // Державне управління та місцеве самоврядування. 2016. Вип. 3. С. 114-119
3. Карпа М. І. Дудник А.І. Публічна служба: основні тенденції розвитку/ Науковий вісник. 2009. Вип. 3. URL: http://www.lvivacademy.com/vidavnitstvo_1/visnik3/fail/+Karpa.pdf.
4. Омелянович О. Т. Публічна служба в Україні: поняття та зміст / О. Т. Омелянович // Часопис Київського університету права. 2016. № 2 С. 397-402.
5. Стрельченко О.Г. Доктринальна характеристика публічної служби в Україні: поняття та класифікація. Філософські та методологічні проблеми права 2019. № 1 (17). doi:<https://doi.org/10.33270/01191702.104>
6. Тимків В. Понятійні аспекти становлення публічної служби в Україні. Публічне управління: теорія і практика : зб. наук. праць. 2012. № 1. С. 70-73.
7. Цуркан М. І. Правове регулювання публічної служби в Україні. Особливості судового розгляду спорів : монографія. Харків :Право, 2010. 216 с.
8. Янюк Н. В. Актуальні проблеми формування публічної служби в Україні / Н. В. Янюк // Вісник Львівського університету. 2010. Вип. 51. С.161-16

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРАВІ

Смокович Михайло

*доктор юридичних наук, доцент, заслужений юрист України
суддя Верховного Суду, голова Касаційного адміністративного суду
у складі Верховного Суду*

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ОРГАНІВ СУДДІВСЬКОГО ВРЯДУВАННЯ

У правовій державі ефективність діяльності органів влади, в першу чергу, ґрунтується на дотриманні таких правових принципів, як верховенство права, належна якість та справедливість законодавства, правова визначеність тощо.

Наразі в Україні триває судова реформа, метою якої визначено забезпечення незалежності, безсторонності та неупередженості суддів, що включає, в тому числі, такі завдання: нормативне закріплення прозорих механізмів перегляду професійної придатності; перегляд порядку призначення суддів на посади та переведення суддів; запровадження інституту відряджень суддів до інших судів з метою регулювання навантаження на суддів; встановлення чіткого переліку підстав, неупередженої та прозорої процедури звільнення суддів з посади та припинення їх повноважень; зменшення зовнішнього втручання у здійснення правосуддя; оптимізація організаційних форм і діяльності органів суддівського врядування; підвищення вимог до членів органів, відповідальних за формування суддівського корпусу [1].

Варто акцентувати увагу на тому, що хоча поняття «дискреції» й зустрічається в численних нормативних актах, проте легальна дефініція цього поняття на сьогодні відсутня. Виключно у Наказі Міністерства юстиції України «Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи» №1380/5 від 23 червня 2010 року (Наказ втратив чинність на підставі Наказу Міністерства юстиції України від 24.04.2017 №1395/5) **дискреційні повноваження** визначаються, як сукупність прав та обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб уповноважених на виконання функцій держави або міс-

цевого самоврядування, що надають можливість на власний розсуд визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке приймається, або можливість вибору на власний розсуд одного з кількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом [2].

Разом з тим у Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийнятих Комітетом Міністрів 11.03.1980, дискреційні повноваження визначаються як повноваження, які адміністративний орган, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду, тобто, коли такий орган може обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за даних обставин. Особливістю дискреційних повноважень, яка випливає із рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2, є право адміністративного органу на власний розсуд прийняти одне з кількох можливих рішень, в залежності від певних обставин [3].

Конституційний Суд України у своїх рішеннях постійно вказує, що вимога правової визначеності, ясності і недвозначності правової норми впливає з конституційних принципів рівності і справедливості, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування в правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі [4].

Проте доцільно підкреслити, що принцип правової визначеності не виключає визнання за суб'єктом владних повноважень окремих дискреційних повноважень у прийнятті рішень, утім у такому випадку має існувати механізм запобігання зловживанню ними.

Такий механізм має забезпечувати, з одного боку, захист особи від свавільного втручання органів державної влади у її права і свободи, а з іншого – наявність змоги особи передбачати дії цих органів [5].

Таким чином, одним із оптимальних способів досягнення визначеності в умовах варіативності поведінки органів суддівськогорядування, які приймають рішення, є можливість здійснення певного вибору у процесі реалізації владних повноважень. Інакше кажучи, провідна роль відводиться належному виконанню

дискреційних повноважень у межах, встановлених законом.

Разом з тим законодавство та практика його застосування мають відділити межі здійснення дискреційних повноважень від проявів сваволі. У спеціальній літературі вказується, що можливість владної інституції у виборі певної моделі поведінки у процесі реалізації дискреційних повноважень не є абсолютно вільною за власним суб'єктивним сприйняттям свободою розсуду. Такий розсуд, безумовно, повинен мати певні межі застосування [6].

Дискреційні повноваження мають визначатися нормативно, при цьому в основу має закладатися загально визнані засади справедливості, такі як дотримання прав людини, гуманність, зрозумілість рішення, його обґрунтованість та мотивованість. Все це надає легітимності рішенню органу суддівського врядування, прийнятому в межах дискреції, а також гарантує законність остаточного вердикту.

Список використаних джерел

1. Рішення ВРП № 2356/0/15-19 від 5 вересня 2019 року URL: <http://www.vru.gov.ua> 2356_05.09_.2019_.docx.
2. Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи» Наказ міністерства юстиції України. № 1380/5 від 23 червня 2010 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1380323-10#Text>.
3. Committee of ministers. Recommendation no. R(80) 2. Of the committee of ministers. Concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities: URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId09000016804f22ae>.
4. Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 р. у справі N 1-17/2005. Абзац другий підпункту 5.4 пункту 5 мотивувальної частини. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KS05007.html.
5. Рішення Конституційного Суду України від 8 червня 2016 р. у справі № 1-2/2016. Абзац третій підпункту 2.4 пункту 2 мотивувальної частини. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KS16022.html.
6. Гуйван П. Д. Обґрунтованість застосування дискреційних повноважень у процесі організації правосуддя URL: http://apnl.dnu.in.ua/6_2019/7.pdf

Володимир Бевзенко
суддя Касаційного адміністративного суду Верховного Суду,
доктор юридичних наук, професор

СУТНІСТЬ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО РОЗСУДУ

Адміністративний суд для повноцінного захисту (визнання, відновлення) прав, свобод, інтересів, законного і обґрунтованого розгляду й вирішення адміністративної справи Кодексом адміністративного судочинства України наділений правом діяти на власний розсуд. Право адміністративного суду діяти на власний розсуд має назву «процесуальний розсуд». Суддівський розсуд – обрання суддею одного з кількох можливих варіантів тлумачення та застосування права або варіантів щодо оцінки доказів і встановлення фактів¹. Розсуд передбачає свободу вибору із декількох законних альтернатив². Тому, коли є лише один законний варіант, – розсуд відсутній. У такому разі від судді вимагається обрати цей варіант, і у нього відсутня свобода вибору. Ні про який розсуд не може бути мови, коли вибір має робитися між законним актом і незаконним актом. Суддя зобов'язаний вибрати законний акт і він не вправі вибрати акт незаконний. Розсуд передбачає відсутність обов'язку обрати одну певну можливість із декількох. Розсуд передбачає декілька варіантів, із яких суддя уповноважений вибрати один, найбільш відповідний. Таким чином, розсуд передбачає, швидше, зону можливостей, аніж просто одне рішення. Цей розсуд ґрунтується на існуванні сукупності варіантів, доступних судді, утворюється на існуванні дійсного розгалуження на шляху. Суддя перебуває там, змушений обрати, але від нього не вимагається обрати саме певний один чи інший шлях³.

¹ Мірошніченко А. М. Суддівський розсуд, судова помилка та суддівське свавілля (через призму юридичної відповідальності суддів) : наук.–практ. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 2020. С. 7.

² Див.: Rosenberg. Judicial Discretion of the Trial Court Viewed from Above // Syracuse L. Rev. 1971. № 22. Р. 635, 636: Якщо слово «розсуд» повідомляє умам юристів яку–небудь засадничу суть значення, то його основна ідея, яка понад усі інші, – це ідея вибору»: Llewellyn K. The Common Law Tradition : Deciding Appeals. 1960. Р. 219.

³ Барак Аарон. Судейское усмотрение. Перевод с английского. М. : Изда-

Сфера (зона) законних варіантів може бути вузькою, коли суддя вільний обирати лише між двома законними альтернативами. Або ж сфера законних варіантів може бути (значною), коли перед суддею багато законних альтернатив чи їх комбінацій. У цьому розумінні можливо розрізнити вузький і широкий розсуд⁴.

Суддівський розсуд передбачає наявність сфери (зони) законних можливостей, кожна із яких законна у контексті системи. Будь-який варіант, який знаходиться поза цією сферою, за визначенням незаконний, і суддя не має права на свій розсуд вирішувати, вибрати його чи ні. Від судді вимагається не звертатися до цієї незаконної можливості. Розсуд, отже, визначає формальну сферу законності, зону формальної законності. Ця сфера окреслена межею, імовірно неточною, між можливостями, за яких розсуд існує, і можливостями, за яких розсуду взагалі немає. Використання суддівського розсуду можливе лише у межах сфери. Подібна сфера існує для кожної влади, яка використовує розсуд, чи то законодавча влада (яка діє у межах конституції) або виконавча влада (яка діє в у межах конституції, у межах статутів і у межах постанов). Все ж судова гілка особливо чутлива до формальної законності своїх дій, оскільки на неї покладені влада і відповідальність для встановлення законності дій інших влад⁵.

Водночас першочергове формування необхідного масиву знань, які будуть обумовлювати вид і зміст процесуального розсуду адміністративного суду, ступінь його впливу на розсуд суб'єкта владних повноважень та визначатимуть зміст і спрямованість діяльності адміністративного суду у цілому, залежить від позивача, відповідача, їх процесуальних представників, їхнього уміння чітко та змістовно донести до відома адміністративного суду обставини (факти), аргументи на користь застосування певних норм права⁶.

тельство НОРМА, 1999. С. 14, 15.

⁴ Там само. С. 15.

⁵ Там само. С. 19.

⁶ Бевзенко В. М., Панова Г. В. Сутність та підстави втручання адміністративного суду у розсуд суб'єкта публічної адміністрації : монографія. За заг. ред. В. М. Бевзенка. К. : ВД «Дакор». 2018. С. 201.

Важливо зауважити, що, крім процесуального розсуду, адміністративний суд як орган державної влади (як суб'єкт владних повноважень⁷) наділений хоча й незначним, але певним обсягом адміністративних повноважень. Для прикладу: адміністративний суд є розпорядником публічної інформації. Надання такої інформації здійснюється на умовах можливості розпорядитися цією інформацією адміністративним судом на його розсуд.

Процесуальний розсуд (судовий розсуд) слід відрізнити від розсуду органу управління (адміністративний розсуд). Сутність процесуального розсуду пов'язана із повноваженнями судді керувати судовим процесом, наприклад, встановлювати строки у підготовчому провадженні, визначити «обов'язки сприяння» для сторін, вживати заходи попереднього правового захисту охоронюваних благ тощо. Усе ілюструє реалізацію принципу незалежності судді і навіть не може порівнюватися із розсудом адміністративним, застосування якого саме перевіряється адміністративним судом⁸.

Розсуд адміністративного суду щодо надання публічної інформації не є процесуальним і заснований на нормах адміністративного права. Тож, оцінюючи розсуд адміністративного суду, слід мати на увазі, що існують такі його **види**:

- адміністративний розсуд;
- процесуальний розсуд.

Хоча поняття «процесуальний розсуд» у Кодексі адміністративного судочинства України не закріплюється і не описується зовсім, але у статтях цього Кодексу містяться своєрідні «**маркери**» («вказівники»), які свідчать про його існування й можливість застосування:

- словосполучення «суд може», «суд має право», «за розсу-

⁷ Адміністративний суд визнається суб'єктом владних повноважень, оскільки цим суб'єктом п. 7 ст. 4 КАС України визнано – орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними публічно-владних управлінських функцій на основі законодавства, зокрема на виконання делегованих повноважень, або наданні адміністративних послуг.

⁸ Пуделька Й. Адміністративний розсуд : поняття та розмежування із судовим розсудом. Питання адміністративного права. Кн. 1. відп. за вип. Н. Б. Писаренко. Харків : Право, 2017. С. 195.

дом суду» (ст.ст. 9, 45, 214, 245 КАС України). Наприклад: «...суд має право зобов'язати суб'єкта владних повноважень прийняти новий нормативно-правовий акт...» (ч. 5 ст. 245 КАС України);

- оціночні поняття⁹, які досліджуються адміністративним судом чи якими він послуговується під час розгляду і вирішення адміністративної справи, наприклад: «публічно-правові відносини», «ефективний захист», «порушення суб'єкта владних повноважень», «суб'єкт владних повноважень», «розумний строк», «адміністративний договір», «негайно», «реальна небезпека», «загроза здоров'ю» (ст.ст. 2, 4, 82, 280 КАС України);
- «Суд оцінює докази ... за своїм внутрішнім переконанням», «Суд оцінює належність, допустимість, достовірність кожного доказу окремо, а також достатність і взаємний зв'язок доказів у їх сукупності» (ч.ч. 1, 2 ст. 90 КАС України);
- поміщений у статтю Кодексу адміністративного судочинства України перелік можливих видів поведінки, із якого адміністративний суд на власне переконання може обрати одну, найбільш відповідну поведінку. Наприклад, за результатами підготовчого засідання адміністративний суд постановляє ухвалу про: 1) залишення позовної заяви без розгляду; 2) закриття провадження у справі; 3) закінчення підготовчого провадження та призначення справи до судового розгляду по суті (ч. 2 ст. 183 КАС України);
- перелік суб'єктів і об'єктів (ст.ст. 293, 328 КАС України), оцінивши які, адміністративний суд на власний розсуд може прийняти одне з декількох рішень (ст.ст. 298, 299, 300, 332, 333, 334 КАС України). Наприклад, Касаційний адміністративний суд Верховного Суду, оцінивши касаційну скаргу на відповідність приписам ст. 328 КАС Укра-

⁹ Про оціночні поняття в адміністративному процесі див.: Мойсеєнко Г. В. Оціночні поняття в адміністративному судочинстві України: дисертація на здобуття наукового ступеня к.ю.н. за спеціальністю 12.00.07 адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Запорізький національний університет, Запоріжжя, 2017. 222 с.

їни, виявивши, що судове рішення не оскаржується, може постановити ухвалу про відмову у відкритті касаційного провадження (ст. 333 КАС України).

Тобто процесуальний розсуд адміністративного суду ґрунтується на приписах Кодексу адміністративного судочинства України, які дають адміністративному суду право вибору рішення із сукупності можливих. Діючи у межах процесуального розсуду, адміністративний суд має виконати важливе завдання, – оцінивши і врахувавши усі обставини (критерії), – обрати найбільш відповідне цим обставинам рішення.

Для якнайповнішого розкриття сутності процесуального розсуду слід вказати, що право вибору адміністративних судів поширюється на **два** види правовідносин, із якими вони мають справу:

1) матеріально–правові відносини (публічно–правові відносини), з приводу яких виник публічно–правовий спір і суб’єкт звернувся до адміністративного суду;

2) процесуально–правові відносини, які виникають і формулюються у зв’язку і під час розгляду й вирішення адміністративної справи.

Тому варто розрізняти два основних **види** процесуального розсуду адміністративних судів:

1) процесуальний розсуд адміністративних судів щодо вирішення адміністративної справи по суті. Це право адміністративного суду прийняти таке рішення:

- задовольнити позов повністю або частково чи відмовити в його задоволенні повністю або частково (ст. 245 КАС України);
- за наслідками розгляду апеляційної скарги на судові рішення суду першої інстанції прийняти постанову (ст. 315 КАС України);
- за наслідками розгляду касаційної скарги на рішення суду першої інстанції після апеляційного перегляду справи, на постанову суду апеляційної інстанції, на ухвали суду першої інстанції прийняти постанову (ст. 349 КАС України).

Стаття 245 КАС України

...

4. <...>, суд може зобов'язати відповідача – суб'єкта владних повноважень прийняти рішення на користь позивача, якщо для його прийняття виконано всі умови, визначені законом, і прийняття такого рішення не передбачає права суб'єкта владних повноважень діяти на власний розсуд.

У випадку, якщо прийняття рішення на користь позивача передбачає право суб'єкта владних повноважень діяти на власний розсуд, суд зобов'язує суб'єкта владних повноважень вирішити питання, щодо якого звернувся позивач, з урахуванням його правової оцінки, наданої судом у рішенні;

2) процесуальний розсуд адміністративних судів щодо організації розгляду і вирішення адміністративної справи, вчинення процесуальних дій, прийняття процесуальних рішень.

Стаття 344 КАС України

...

Головуючий може обмежити тривалість пояснень, встановивши для всіх учасників справи рівний проміжок часу, про що оголошується на початку судового засідання.

...

Ознаки процесуального розсуду адміністративного суду такі:

- зміст, обсяг та особливості процесуального розсуду адміністративного суду визначаються його інстанцією, завданнями відповідної судової інстанції, процесуальними повноваженнями та формою (проявом) адміністративних повноважень учасника адміністративно–правових відносин¹⁰;
- адміністративний суд наділений правом процесуального розсуду для найбільш точного, відповідного і якнайшвидшого реагування на фактичні обставини, процесуальні дії, бездіяльність учасників адміністративної справи, учасників адміністративного процесу;
- процесуальний розсуд – це можливість (право) адміністративного суду за своїм переконанням обирати одне із декількох можливих рішень;
- можливість (право) адміністративного суду обирати рі-

¹⁰ Бевзенко В. М., Панова Г. В. Сутність та підстави втручання адміністративного суду у розсуд суб'єкта публічної адміністрації : монографія. За заг. ред. В. М. Бевзенка. К. : ВД «Дакор», 2018. С. 56.

шення, передбачене нормами Кодексу адміністративного судочинства України. Отже, процесуальний розсуд обов'язково визначений і водночас обмежений принципом законності (ст.ст. 6, 19 Конституції України);

- процесуальний розсуд поширюється на матеріально–правові й процесуально–правові відносини;
- процесуальний розсуд залежить від фактичних обставин і приписів норм права;
- рішення, обране адміністративним судом у межах його процесуального розсуду, викладається у процесуальній формі, передбаченій Кодексом адміністративного судочинства України: 1) рішення; 2) ухвали; 3) постанови (ст. 241 КАС України). Ухали адміністративного суду можуть постановлятися як у письмовій, так і в усній формі (ст. 243 КАС України).

А. М. Мірошніченком зроблено такі висновки щодо сутності процесуального розсуду¹¹:

1) сфера допустимого суддівського розсуду поширюється на варіанти вибору, які не сприймаються юридичною спільнотою як очевидно незаконні (неправильні);

2) кожен суддя має обрати варіант, який він/вона вважає найкращим;

3) вибір не може бути довільним і вимагає пояснення.

Отже, процесуальний розсуд, – це:

- заснована на нормах адміністративного процесуального права свобода обрання адміністративним судом рішення чи дій у зв'язку із розглядом та вирішенням ним адміністративної справи;
- дозволена/передбачена нормами Кодексу адміністративного судочинства України свобода вибору рішення, дій адміністративного суду, яка (свобода) обумовлена і обмежена фактичними обставинами, нормами матеріального та/або процесуального права (обумовлена і обмежена формально–фактичними критеріями).

¹¹ Мірошніченко А. М. Суддівський розсуд, судова помилка та суддівське свавілля (через призму юридичної відповідальності суддів) : наук.–практ. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 2020. С. 46.

*Тетяна Коломоєць,
д.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрН України, Заслужений
юрист України, декан юридичного факультету, Запорізький*

ОЦІНОЧНІ ПОНЯТТЯ, ЇХ РОЛЬ І ЗНАЧЕННЯ У РЕАЛІЗАЦІЇ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ УКРАЇНИ (НОРМОТВОРЧИЙ ТА ПРАВОЗАСТОСОВЧИЙ АСПЕКТИ)

національний університет

В умовах активних реформаційних процесів, обумовлених інтеграційними правотворчими пріоритетами, в Україні істотно збільшилася кількість нормативно-правових актів, насамперед законодавчих, зорієнтованих на врегулювання тих суспільних відносин, які характеризуються абсолютною новизною, новаційністю. Як наслідок, законодавство України істотно «поповнилося» актами, безпосередньо орієнтованими на врегулювання суспільних відносин, що виникають у процесі здійснення адміністративних процедур, в т.ч. й надання адміністративних послуг, здійснення адміністративного судочинства, електронного управління, протидії корупційним правопорушенням у сфері службових відносин, із використанням ресурсів запобігання конфліктам інтересів, обмежень службової діяльності, активізації в управлінській діяльності ролі громадськості, із використанням всього розмаїття форм зовнішнього вираження останньої, тощо. Аналіз змістовного наповнення цих актів дозволяє із упевненістю стверджувати про наявність факту істотного «запозичення» вітчизняним законодавством багаточисленних європейських правових та міжнародно-правових принципів, окремих правових положень, що, безумовно, впливає як на змістовне наповнення українського законодавства, в даному випадку адміністративного, так і, що є цілком об'єктивним, і процесу його застосування. Безсумнівно, інтеграційні правотворчі та правозастосовні процеси пропонують як кількісні, так і якісні зміни національного законодавства, максимальне його наближення до загальноприйнятих правових стандартів, так і процесу його застосування, однак одночасно це не означає необхідності «тотального» запозичення

таких правових приписів, без урахування національних правотворчих і правозастосовних особливостей, т. зв. «механічного перенесення» відповідних правових приписів понять, в т. ч. й зі збереженням своєрідності їх найменування. Все це в результаті істотно впливає як на саме законодавство, в даному випадку адміністративне, у частині його визначеності, повноти, точності, доступності для розуміння (тим більше з огляду на специфіку і сфери адміністративно регулювання, і суб'єктивного складу адміністративних правовідносин), можна навіть вести мову про його «якість», так і на його застосування, знову ж з огляду на ту кількість та різноманіття суб'єктів застосування адміністративного законодавства, яке існує на сьогоднішній день, серед яких своє чільне місце посідають органи публічної адміністрації у процесі реалізації своїх повноважень, серед яких і дискреційні. Потрібно відзначити, що більшість (хоча і підзаконних також) нормативно-правових актів, прийнятих протягом останніх трьох років в Україні, орієнтованих на врегулювання відносин у сфері публічного адміністрування, адміністративного судочинства та адміністративної відповідальності із різними моделями дискреційних повноважень, максимально наближені до загальноприйнятих європейських правових аналогів, хоча і містять положення (переважно поняття), застосування яких передбачає їх тлумачення, враховуючи специфіку змісту, форми словесного закріплення, тобто мова йде про суттєве «збагаченні» сучасного адміністративного законодавства України оціночними поняттями. Їх особливість полягає у тому, що вони не визначені у законодавстві та їх застосування у кожному конкретному випадку пов'язане із процесом тлумачення (з'ясування і роз'яснення) конкретним суб'єктом, його розсудом, його оцінкою передумов застосування, а це у свою чергу обумовлює можливість застосування одного і того ж оціночного поняття різними суб'єктами при реалізації повноважень (а тим більше дискреційних моделей) по-різному. Слід зазначити, що проблематика оціночних понять для адміністративного права, адміністративного законодавства України і його застосування не є абсолютно новою, про свідчить поява наукових робіт вчених-адміністративістів, проте саме їх роль і значення при реалізації дискреційних повноважень органами публі-

чної адміністрації, із акцентом на нормотворчий та правозастосовний аспекти, поки що привертає увагу науковців фрагментарно, що й зумовлює прогалину у науковому підґрунті останніх. Оціночні поняття не є новаційними і для адміністративного законодавства. Можна знайти їх у достатній кількості і в Кодексі України про адміністративні правопорушення, і у законодавстві, прийнятому на початку ХХІ століття. Однак саме у сучасному адміністративному законодавстві (як і у проектах наявних консолидованих та кодифікованих актів) їх кількість істотно зросла (в т. ч. й за рахунок запозичення європейських, міжнародно-правових аналогів), що, у поєднанні з поліструктурністю, широким спектром відносин врегулювання, істотно модифікує характер предмета адміністративно-правового регулювання, ускладнює правозастосовчу діяльність. «Розумні терміни», «лояльність», «загальноприйнятні уявлення про гостинність», «консультативно-дорадчі функції», «ввічливо», «поважна причина», «творчість у роботі», «належні умови служби», «ділові якості особи», «виняткові випадки», «доцільно», «хворобливий стан», «інші обставини», «спокій осіб», «свої внутрішні переконання», «у невідкладних випадках», «сумлінно», «закони логіки», «здоровий глузд», «найменші витрати часу і коштів», «адекватні», «необхідні знання», «загальне і повне дослідження», «вчинення дій, необхідних для розгляду справ» – ось далеко не вичерпний перелік оціночних понять, які можна знайти в сучасному адміністративному законодавстві України. Безсумнівно, використання оціночних понять у будь-якому галузевому законодавстві має бути, оскільки дозволяє надати суб'єктам правовідносин певну ступінь свободи «впливати на процеси, що відбуваються у житті», сприяє «гнучкості» правових норм, забезпечує «законодавчу» економію, облік конкретних ситуаційних чинників, диференціацію та індивідуалізацію правового регулювання, надання та реалізацію дискреційних повноважень. Проте, з іншого боку, застосування «оціночних понять» (які фактично припускають «оцінювання понять») передбачає максимально суб'єктивний підхід до інтерпретації цих понять, рівень правової культури особи, її правосвідомості, облік передумов та підстав для оцінювання, сприйняття самого предмета оцінювання, критерії оціню-

вання (якщо вони, звичайно ж, існують). Аналіз правозастосовчої практики в адміністративно-правовій сфері (в сфері діяльності суб'єктів публічного адміністрування, в адміністративно-деліктній сфері, в адміністративному судочинстві) в Україні свідчить, на жаль, про існування непоодиноких випадків неоднакового оцінювання таких понять, їх помилкового тлумачення, що визнати виправданим можна. Особливо коли мова йде про реалізацію дискреційних повноважень. Причини такого стану справ криються у специфіці самого адміністративного законодавства і широкої сфери його дії; в особливостях (перш за все, множинності і різноманітті) суб'єктного складу оцінювання цих понять з урахуванням сфери діяльності цих суб'єктів; відсутності критеріїв для такого оцінювання, які б сприяли суб'єктам у їх діяльності, пов'язаній із тлумаченням оціночних понять; відсутності уніфікації у використанні одних і тих самих оціночних понять у законодавстві різної галузевої приналежності (або хоча б у галузях публічного і приватного правового регулювання) тощо. Вирішення цих проблемних питань застосування оціночних понять в цілому і в адміністративно-правовій сфері регулювання суспільних відносин зокрема сприяли б певні стандарти правового оцінювання понять, які б суттєво спрощували б діяльність як судових, так і несудових суб'єктів адміністративного право творення та правозастосування, були б «єдиною відправною платформою» для їх діяльності (особливо стосовно різних моделей дискреційних повноважень), сприяючи уніфікації такої діяльності, усуненню різноманіття проблемних питань і варіантів їх вирішення. В умовах інтеграційних правотворчих процесів цілком доцільним видається нормативне закріплення критеріїв оцінювання понять шляхом перерахування їх основних ознак, типових зовнішніх форм вираження (т. зв. спосіб «конкретизації» оціночних понять), які дозволяють суб'єкту правозастосування усвідомити для себе і роз'яснити для інших це поняття, із дотриманням всіх принципів оцінювання, без зміни значення цього поняття і без створення нового поняття (процес тлумачення оціночного поняття не має породжувати нове оціночне поняття, як і не може змінювати зміст предмета оцінювання). Бажано мінімізувати закріплення в адміністративному законодавстві «оціночних

понять з нульовим ступенем конкретизації» і водночас сприяти використанню ресурсу «оціночних понять із нормативними критеріями (ознаками, рисами) конкретизації», «з нормативно-закріпленими прикладами їх форм, типів, видів», що є досить поширеним у законодавстві зарубіжних (переважно європейських) країн, позитивно себе зарекомендувало у правотворчості і застосування в Україні в умовах інтеграційних процесів. Існування так званих «стандартів оцінювання понять» сприятиме спрощенню процесу ознайомлення із змістом адміністративного законодавства всіх його суб'єктів, уніфікації процесу оцінювання відповідних понять (оскільки є «форми», «образи», «моделі», «базові варіанти» для співставлення нормативно закріпленого поняття і факту реальної дійсності) всіма суб'єктами правозастосовчої діяльності в адміністративно-правовій сфері, здійсненню контролю за її здійсненням з боку будь-яких суб'єктів, в тому числі і громадськості, посиленню ступеня реалізації захисту прав особи в адміністративно-правовій сфері регулювання суспільних відносин.

Губська Олена

доктор юридичних наук, доцент, суддя Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ СУБ'ЄКТІВ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ТА ПОВНОВАЖЕННЯ СУДУ ПІД ЧАС ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ КАСУ

Упродовж багатьох десятиків років проблема визначення дискреції, її видів та меж привертає увагу вітчизняних і зарубіжних учених, юристів і практиків, які розробили різні доктрини та визначення.

В Україні вперше ідея нормативного визначення дискреції та її критеріїв була закріплена у Наказі Міністерства юстиції України «Про затвердження Методології проведення антикорупцій-

ної експертизи» №1380/5 від 23 червня 2010 року, де зазначалось, що дискреційні повноваження – сукупність прав та обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що надають можливість на власний розсуд визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке приймається, або можливість вибору на власний розсуд одного з кількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом [1].

Основною проблемою поняття і застосування адміністративного розсуду виступає визначення його меж, встановлення ступеню свободи органів державної влади у ході здійснення владних повноважень.

Відповідно до Конституції України органи державної влади (їх посадові особи) у ході застосування розсуду не можуть **порушувати норми законодавства, права та свободи людини і громадянина**, які є найвищою соціальною цінністю, визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

Крім того, адміністративний орган, приймаючи конкретне рішення, має прагнути досягнення **мети**, задля якої його наділено відповідними повноваженнями; дотримуватися принципу об'єктивності й безсторонності, враховуючи лише ті фактори, які мають відношення до цієї конкретної справи; дотримуватися принципу рівності перед законом, не допускати несправедливої дискримінації; забезпечувати належну рівновагу (**пропорційність**) між метою рішення та його негативними наслідками для прав, свобод чи інтересів осіб; приймати рішення в межах розумного строку з урахуванням характеру справи; послідовно та узгоджено застосовувати загальні адміністративні приписи, **враховуючи конкретні обставини кожної справи**. На нашу думку, реалізація дискреції покладає на адміністративний орган також обов'язок дотримуватися процедурних норм. Якщо орган влади не дотримується цих вимог, він діє протиправно.

11.04.2018 Верховним Судом було оприлюднено «Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією» [2].

В ньому резюмується, що дискреційне повноваження може

полягати у виборі діяти чи бездіяти. Якщо діяти — у виборі варіанта рішення чи дії серед варіантів, що прямо або опосередковано закріплені в законі. Важливою ознакою такого вибору є те, що він здійснюється без необхідності узгодження з кимось обраного варіанта.

Межі застосування дискреції адміністративними органами можуть контролюватися судами. Чітких меж втручання суду у розсуд суб'єкта публічної адміністрації закон не установлює і ці межі визначаються судом самостійно з урахуванням певних чинників. Зокрема, суд має зважати на засади судочинства, приписи норм матеріального і процесуального права; обставини справи; позовні вимоги та обґрунтування позову, адміністративно-правовий статус відповідача і його повноваження, позицію відповідача, моральні принципи та інші чинники. Суд має керуватися принципом верховенства права.

Під час визначення меж дискреції суди керуються як нормами національного законодавства, так і міжнародними стандартами обмеження дискреційних повноважень, передбаченими рекомендаціями Комітету Міністрів Ради Європи, документами Венеціанської комісії, рішеннями Європейського суду з прав людини.

Якщо говорити про міжнародні стандарти, серед основних рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи, які повинен застосовувати суд, можна зупинитися на таких документах:

1. Резолюція (77)31 про захист особи стосовно актів адміністративних органів влади. В ній розкриваються процедурні гарантії для особи на доступ до публічної інформації, право бути вислуханою; можливість здійснення представництва та повідомлення про способи оскарження [3].

2. Рекомендація R(80)2 щодо здійснення адміністративними органами дискреційних повноважень. В зазначеному документі не тільки надано визначення дискреції, але й закріплено основні принципи дій адміністративних органів: дотримання мети, задля якої орган наділено повноваженнями, об'єктивність і безсторонність, рівність перед законом, рівновага між несприятливими наслідками та переслідуваною метою, дотримання строків, врахування конкретних обставин кожної справи [4].

3. Рекомендація R(87)16 стосовно адміністративних процедур, які зачіпають права великої кількості осіб. В документі наголошується, що адміністративний акт підлягає контролю з боку суду або іншого незалежного органу та має бути доведений до відома громадян, особи можуть отримати доступ до всієї необхідної інформації, мають право навести факти, аргументи та докази [5].

4. Рекомендація (2007)7 про належну адміністрацію, у якій додатково конкретизовані принципи законності, рівності, безсторонності, пропорційності, юридичної визначеності, поваги до приватності, прозорості, які повинні дотримуватися у своїй діяльності суб'єкти владних повноважень [6].

Важливе значення має застосування практики Європейського Суду з прав людини, яка є обов'язковою для застосування на всій території України.

Найчастіше ЄСПЛ аналізує втручання органів влади в права людини під кутом зору такого тесту: Чи було передбачене таке втручання законом? Чи переслідувало воно легітимну мету? Чи було необхідним у демократичному суспільстві?

Так, наприклад, рішення ЄС з прав людини у справах «Волохи проти України» [7] та «Гасан і Чауш проти Болгарії» [8]. Із рішень вбачається, що в національному праві має бути передбачено засіб правового захисту від довільних втручань органів державної влади в права, гарантовані Конвенцією. Законом повинно з достатньою чіткістю бути визначено межі та порядок здійснення розсуду, з урахуванням легітимної мети певного заходу, аби убезпечити особі адекватний захист від довільного втручання в здійснення її діяльності.

Адміністративний суд, перевіряючи рішення, дію чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень на відповідність, закріплені частиною 2 статті 2 КАС України критеріям, перевіряє, чи прийняті (вчинені) вони: 1) на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами України; 2) з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано; 3) обґрунтовано; 4) безсторонньо (неупереджено); 5) добросовісно; 6) розсудливо; 7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації; 8) про-

порційно; 9) з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення; 10) своєчасно, тобто протягом розумного строку [9].

Крім того, частиною четвертою статті 245 КАС України визначено, що у випадку, визначеному пунктом 4 частини другої цієї статті, суд може зобов'язати відповідача – суб'єкта владних повноважень прийняти рішення на користь позивача, якщо для його прийняття виконано всі умови, визначені законом, і прийняття такого рішення не передбачає права суб'єкта владних повноважень діяти на власний розсуд.

У випадку, якщо прийняття рішення на користь позивача передбачає право суб'єкта владних повноважень діяти на власний розсуд, суд зобов'язує суб'єкта владних повноважень вирішити питання, щодо якого звернувся позивач, з урахуванням його правової оцінки, наданої судом у рішенні.

Таким чином, якщо за певних умов, СВП має лише один законний спосіб дії, такі повноваження не є дискреційними, а особа, якої стосується це рішення СВП (чи, найчастіше – бездіяльність) має право просити суд прямо зобов'язати СВП вчинити конкретну дію чи прийняти рішення.

Отже, погоджуємося з думкою українських вчених, що під час прийняття рішення суду щодо меж дискреції суб'єкта владних повноважень, необхідно врахувати такі питання:

1. Чи діяв суб'єкт владних повноважень відповідно до ч.2 ст.2 КАСУ, забезпечуючи якість прийнятого рішення (обгрунтовано, добросовістно, розсудливо, безсторонньо, пропорційно).

2. Чи діяв суб'єкт владних повноважень відповідно до ч.2 ст.2 КАСУ, забезпечуючи дотримання процедурних гарантій (з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення, своєчасно, тобто протягом розумного строку тощо).

3. Чи діяв адміністративний орган з легітимною метою.

4. Чи були наявні у суб'єкта владних повноважень дискреційні повноваження під час прийняття рішення. Чи не було це дискреційне повноваження абсолютним (з урахуванням ст.245 КАСУ) [10].

Таким чином, спосіб відновлення порушеного права має бути ефективним та таким, який виключає подальші протиправні рі-

шення, дії чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень, а у випадку невиконання, або неналежного виконання рішення не виникала б необхідність повторного звернення до суду, а здійснювалося примусове виконання рішення.

Список використаних джерел:

1. Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи. Наказ Міністерства юстиції України № 1380/5 від 23 червня 2010 року. Електронний ресурс. Режим доступу : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1380323-10#Text>

2. 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

3. Resolution (77) 31 on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities Режим доступу: // <https://rm.coe.int/16804dec56>.

4. Recommendation No R (80) 2 concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities Режим доступу: // <https://rm.coe.int/16804f22ae>.

5. Recommendation No R (87) 16 on administrative procedures affecting a large number of persons Режим доступу: // <https://rm.coe.int/16804eaa5c>.

6. Recommendation CM/Rec(2007)7 on good administration Режим доступу: // <https://rm.coe.int/16807096b9>.

7. Справа Європейського суду з прав людини "Волохи проти України" (Заява N 23543/02) Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_138#Text

8. Справа Європейського суду з прав людини «Гасан і Чауш проти Болгарії» Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2374.htm

9. Кодекс адміністративного судочинства України. Електронний ресурс. Код доступу : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>

10. Едіт Целлер, Роман Куйбіда, Роман Мельник /Дискреція адміністративних органів і судовий контроль за її реалізацією. Вересень,- 2020.- 54 с.

*Олена Драган,
д.ю.н., доцент, проректор з наукової роботи, Заслужений юрист
України, Університет державної фіскальної служби України*

МЕХАНІЗМ ФОРМУВАННЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ПРОКУРОРА

Дискреційні повноваження органів державної влади прийнято розуміти як можливість суб'єкта владних повноважень діяти з певною свободою розсуду. Про дискреційні повноваження посадових осіб дискутують не один рік поспіль як наукова спільнота, так і практичні працівники. У контексті реформування органів прокуратури в Україні проблематика гнучкості та варіативності діяльності прокурора є доволі актуальною.

Прокуратура України, відповідно до ст. 1 Закону України «Про прокуратуру», є єдиною системою, яка в порядку, передбаченому цим Законом, здійснює встановлені Конституцією України функції з метою захисту прав і свобод людини, загальних інтересів суспільства та держави [1].

У ст. 131¹ Конституції України закріплено функції органів прокуратури, серед яких:

- 1) підтримання публічного обвинувачення в суді;
- 2) організація та процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішення згідно із законом інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними й іншими слідчими та розшуковими діями органів правопорядку;
- 3) представництво інтересів держави в суді у виняткових випадках і в порядку, визначених законом [2].

Беручи до уваги специфіку діяльності вказаного суб'єкту владних повноважень, вважаємо за необхідне встановити наявність або відсутність дискреції у повноваженнях прокурора, а також окреслити можливі її межі.

Звернемося до правової доктрини. Як зазначає А. Барак, дискреційним повноваженням (розсудом) є повноваження, надане особі, яка наділена владою вибирати між двома і більш альтернативами, коли кожна альтернатива є законною [3, с. 13]. Сутність дискреційних повноважень прокурора, на думку С. Кахновесця, полягає у можливості здійснення волі законодав-

ця з урахуванням найменших деталей кримінального процесу для забезпечення верховенства права та захисту прав і законних інтересів учасників кримінального провадження у кожному конкретному випадку [4, с. 160]. Своєю чергою розсуд прокурора, як вважає О. Торбас, маючи загальні ознаки розсуду, наділений певними особливостями. Зокрема, він має відповідати його функціональній спрямованості та може різнитися залежно від завдань, які ним виконуються; на розсуд прокурора істотно впливає його безпосереднє керівництво з огляду на той факт, що система органів прокуратури побудована з урахуванням особливостей чіткого підпорядкування [5, с. 111].

Аналіз наукової літератури дає підстави констатувати, що зміст понять «дискреція» та «розсуд» або «власний розсуд» має відмінності, хоча вони і тісно переплітаються у повсякденному вживанні. Поділяємо думку А. Гріня про те, що вказані терміни співвідносяться як частина та ціле (мова йде про те, що дискреція є таким розсудом, який здійснюється у межах компетенції суб'єкта владних повноважень (органу чи особи), погоджуємося з тим, що ця можливість фактично передбачена та обмежена законом. Саме такий сенс вкладено у цей термін правовою доктриною, на якій базується право країн Європейського Союзу, у зв'язку з чим особливо актуальною є проблема його узгодження з українською правовою доктриною [6, с. 22].

В Україні правозастосовні органи активно використовують Рекомендацію Комітету міністрів Ради Європи № R (80) 2 щодо здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийняту 11.03.1980 на 316-й нараді [7], відповідно до якої під дискреційними повноваженнями необхідно розуміти повноваження, які адміністративний орган, ухвалюючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду, тобто є можливість обрати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за певних обставин. Теоретики також не залишають її поза увагою – на сторінках багатьох публікацій із доктринального погляду трактуються її положення, тому наразі оминаємо звернення до цього тексту.

Специфіка дискреційних повноважень прокурора пов'язана з його процесуальним статусом у кримінальному, адміністратив-

ному, господарському та цивільному процесі. І якщо теоретичні та практичні аспекти застосування розсуду у кримінальному провадженні аналізувалися значною кількістю дослідників, то поза кримінальною сферою спостерігаються лише поодинокі випадки зацікавлення цим питанням.

Відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону України «Про прокуратуру» однією з функцій прокуратури є представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених цим Законом та гл. 12 розд. III Цивільного процесуального кодексу України.

Щодо випадків, встановлених цим законом, то звернемося до ст. 23 у якій міститься таке:

«... 3. Прокурор здійснює представництво в суді законних інтересів держави у разі порушення або загрози порушення інтересів держави, якщо захист цих інтересів не здійснює або неналежащим чином здійснює орган державної влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт владних повноважень, до компетенції якого віднесені відповідні повноваження, а також у разі відсутності такого органу.

Наявність таких обставин обґрунтовується прокурором у порядку, передбаченому частиною четвертою цієї статті, крім випадку, визначеного абзацом четвертим цієї частини...

4. Прокурор здійснює представництво інтересів громадянина або держави в суді виключно після підтвердження судом підстав для представництва. Прокурор зобов'язаний попередньо, до звернення до суду, повідомити про це громадянина та його законного представника або відповідного суб'єкта владних повноважень. У разі підтвердження судом наявності підстав для представництва прокурор користується процесуальними повноваженнями відповідної сторони процесу. Наявність підстав для представництва може бути оскаржена громадянином чи її законним представником або суб'єктом владних повноважень...» [1].

Саме тут вбачаємо дискреційні повноваження прокурора при здійсненні представництва інтересів держави в суді та на практиці маємо труднощі з їхньою реалізацією. Підтвердженням цього є різна судова практика розгляду спорів у апеляційному та касаційному порядку та, як наслідок, ухвалене Великою Палатою

Верховного Суду рішення у справі 912/2385/18 від 26.05.2020. Вирішуючи виняткову правову проблему щодо наявності підстав для представництва інтересів держави органами прокуратури, Верховна Палата дійшла таких правових висновків щодо застосування положень ст. 23 Закону України «Про прокуратуру»:

1. Прокурор, звертаючись до суду в інтересах держави, повинен обов'язково дотриматися порядку, встановленого абз. 3 ч. 4 ст. 23 Закону України «Про прокуратуру», а саме: надіслати попередньо, до звернення до суду, до відповідного суб'єкта владних повноважень лист про намір звернутися до суду, дочекатися протягом розумного строку реакції або відсутності реакції відповідного органу на отриманий лист прокурора і вже тільки потім подати відповідний позов до суду через бездіяльність компетентного органу.

2. Бездіяльністю компетентного органу є те, що компетентний орган знав або повинен був знати про порушення інтересів держави, мав повноваження для захисту, але не вжив жодних заходів у розумний строк.

3. Розумність строку визначається судом з урахуванням того, чи потребували інтереси держави невідкладного захисту (зокрема, через закінчення перебігу позовної давності чи можливість подальшого відчуження майна, яке незаконно вибуло зі власності держави), а також таких чинників, як значущість порушення інтересів держави, можливість настання невідворотних негативних наслідків через бездіяльність компетентного органу, наявність об'єктивних причин, що перешкоджали такому зверненню, тощо.

4. Якщо суд установить відсутність підстав для представництва прокурором інтересів держави вже після відкриття провадження у справі, то позовну заяву прокурора потрібно вважати такою, що підписана особою, яка не має права її підписувати [8].

Кодекс адміністративного судочинства України також визначає межі представництва інтересів держави в суді. Зокрема, у п. 7 ч. 4 ст. 169 зазначається, що позовна заява повертається позивачеві у разі відсутності підстав для звернення прокурора до суду в інтересах держави або для звернення до суду особи, якій законом надано право звертатися до суду в інтересах іншої осо-

би [9]. Такі приклади обмежень можна знайти і в інших статтях Кодексу, а також положеннях галузевого законодавства України.

Отже, дискреційні повноваження прокурора є особливою складовою владних повноважень органів прокуратури, які здійснюють встановлені Конституцією України функції для захисту прав і свобод людини, загальних інтересів суспільства та держави. Змістом дискреційних повноважень прокурора є система нормативно закріплених дискреційних прав та обов'язків щодо здійснення правомірного вибору варіанта поведінки. Їхньою особливістю є і те, що застосовуються вони на підставі та в межах закону і не передбачають обов'язку узгоджувати свій вибір з будь-яким іншим суб'єктом.

Список використаних джерел

1. Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 № 1697-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text> (дата звернення: 19.04.2021).
2. Конституція України від 28.06.1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254> (дата звернення: 19.04.2021).
3. Барак А. Судейское усмотрение / пер. с англ. Москва: Норма, 1999. 376 с.
4. Кахновець С. О. Поняття, суть та значення угляду прокурора в кримінальному провадженні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2016. Вип. 41. Т. 2. С. 158–161.
5. Торбас О. О. Ознаки розсуду прокурора в кримінальному процесі України. *Право та державне управління*. 2020. № 2. С. 107–111.
6. Грінь А. А. Дискреційні повноваження органів виконавчої влади України та їх реалізація: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2019. 246 с.
7. Стосовно реалізації адміністративними органами влади дискреційних повноважень: Рекомендація № R (80) 2 державам-членам, прийнята Комітетом міністрів Ради Європи 11.03.1980. URL: <https://rm.coe.int/16804f222ae> (дата звернення: 19.04.2021).
8. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 26.05.2020 у справі № 912/2385/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90458902> (дата звернення: 15.05.2021).
9. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (дата звернення: 15.05.2021).

Ярмакі Христофор
д. ю. н., професор, Одеський
державний університет внутрішніх справ

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ ПУБЛІЧНОГО АДМІНІСТРУВАННЯ

Діяльність суб'єктів публічної адміністрації охоплює широкий сегмент суспільних відносин у різноманітних сферах життєдіяльності нашого суспільства. Під час здійснення суб'єктами публічної адміністрації управлінських функцій має бути дотримано принцип верховенства права, який, крім іншого, детермінується через заборону зловживання дискреційними повноваженнями.

На законодавчому рівні не надано визначення «дискреційні повноваження», однак у Методології проведення антикорупційної експертизи затвердженої Наказом Міністерства юстиції України від 23.06.2016 р. було надано тлумачення поняття «дискреційні повноваження», яке є тісно пов'язаним із поняттям «адміністративний розсуд у діяльності публічної адміністрації», тому що за допомогою адміністративного розсуду відображається одне й теж саме, що і в дискреційних повноваженнях – спосіб реалізації компетенції суб'єктів публічної адміністрації.

У великому тлумачному словнику сучасної української мови розсуд визначається як «Рішення, висновок на свій, власний розсуд» [1. С.75]. У зарубіжних країнах існують різноманітні погляди на правову природу розсуду та його значення в публічному адмініструванні. Деякі дослідники вважають дискреційні повноваження суб'єктів публічної адміністрації порушенням принципу верховенства права, інші вважають, що названі повноваження є необхідними в силу сутності та правової природи публічного адміністрування. Так, на думку британського професора А.В. Дійсеу, влада, яка заснована на свободі розсуду, буде приводити до свавілля[2. С. 59]. Крім того вчений вказує, що ніхто не може бути покараний інакше ніж за порушення закону, і при цьому сам закон повинен бути визначеним та орієнтованим на майбутнє. Лорд Томас Бінгхем, навпроти, вважає, що при здійсненні публічних повноважень необхідна визначена свобода роз-

суду з боку державних посадових осіб, однак такий розсуд обов'язково повинен бути підконтрольним [3. С.93]. Авторський колектив підручника Адміністративне право України (повний курс) 2019 р. Галуцько В., Діхтієвський П., Кузьменко О. та ін. визначають адміністративний розсуд як визначені нормами адміністративного права межі щодо можливої адміністративної діяльності суб'єкта публічної адміністрації під час забезпечення прав, свобод і законних інтересів приватних осіб та публічного інтересу суспільства [4. С.188]. Враховуючи викладене можна вважати, що адміністративний розсуд – це визначений нормою права певний ступінь свободи органу публічної адміністрації, його посадової чи службової особи у вирішенні підвідомчої йому справи або питання, який надається з метою прийняття раціонального, оптимального та законного рішення у справі, в межах його компетенції та конкретної адміністративно-правової норми з урахуванням публічного та приватного інтересів завдяки чому реалізуються надані йому дискреційні повноваження. При застосуванні адміністративного розсуду суб'єкти публічного адміністрування на перше місце повинні ставити не приватний, а публічний інтерес. Відповідно всі управлінські рішення, що приймаються за розсудом, повинні бути доцільними і підконтрольними як державним органам і органам місцевого самоврядування, так і громадськості. Однак посадові та службові особи, які приймають управлінські рішення, мають різний рівень компетенції, правосвідомості і правової культури у зв'язку з цим рішення, що приймаються по різному інтерпретуються і мають свою аргументацію. На розсуд посадових та службових осіб здійснюють вплив наступні фактори: традиції що склалися, менталітет, рівень правосвідомості, наявність особистих життєвих принципів. Так, чиновник, що має високий рівень освіти, досвід роботи в органах публічної адміністрації, однак в нього відсутні морально – етичні принципи, управлінське рішення приймає не на користь суспільства, а спрямовує це рішення на власний інтерес або інтерес наближених до нього осіб. Дефіцит правосвідомості і моральності у владних суб'єктів відбивається на якості управлінських рішень, що приймаються та негативно впливають на стан забезпечення захисту прав і законних інтересів приватних осіб, реаліза-

ції гарантій щодо захисту публічних інтересів [5.С.140].

Адміністративний розсуд повинен застосовуватись тільки в межах закону, оскільки законодавство визначає підстави та мету його здійснення, інакше діяльність суб'єктів публічної адміністрації переростає у свавілля. Адміністративний розсуд тісно пов'язаний з межами компетенції органів публічної адміністрації, чим більший обсяг компетенції, тим ширше межі адміністративного розсуду. Так, міністерства не тільки реалізують виконавчо-розпорядчі повноваження, ай здійснюють нормативно-правове регулювання у відповідних сферах суспільного життя. Разом з тим повноваження суб'єктів публічної адміністрації щодо застосування адміністративного розсуду обмежуються адміністративними процедурами. Адміністративний розсуд спрямований на забезпечення гнучкого реагування на конкретні ситуації і є механізмом інтелектуально-вольової поведінки правозастосувача, у структуру якого включаються наступні елементи: 1) правильно зрозумілий публічний інтерес і співвідношення з ним можливих дій і рішень у межах особистих повноважень; 2) розробка установки і формування відповідної мотивації; 3) оцінка альтернативи юридичних дій і рішень та обґрунтування їх вибору; 4) здійснення юридичних дій або їх не вчинення(якщо вони обумовлені рівнем компетентності), прийняття рішень; 5) прийняття по справі рішення на основі норм права, що відносять його прийняття до розсуду відповідного органу публічної адміністрації чи посадової особи. Адміністративний розсуд спрямований на оптимальне рішення управлінських функцій з урахуванням публічного інтересу, законності і доцільності. При повній відсутності розсуду реалізація управлінських дій буде мати шаблонний характер. Як свідчить практика, завищені межі адміністративного розсуду є джерелом корупції у різних сферах життєдіяльності нашого суспільства. Межі адміністративного розсуду – це визначення меж вільних дій органів і посадових осіб публічної адміністрації, в рамках яких приймаються оптимальні рішення. Великий обсяг дискреційних повноважень має місце у внутрішньо організаційній діяльності органів публічної адміністрації, до якої відноситься кадрова робота, матеріально-технічна, фінансова, діловодство. Зазначена діяльність містить

забезпечувальний характер та реалізується безпосередньо внутрішньо організаційними процедурами, які врегульовані підзаконними актами, містять допоміжний характер та мають спрощену процесуальну структуру. Адміністративний розсуд у внутрішньо організаційних відносинах потребує значного наукового та законодавчого опрацювання у зв'язку із динамічністю і відсутністю законодавства, що регулює ці відносини. Адміністративний розсуд дозволяє оперативно з урахуванням ситуації яка склалася і на основах чинного законодавства приймати управлінські рішення, спрямовані на захист публічних інтересів. Надмірне розширення меж адміністративного розсуду тягне за собою підвищення рівня корупції, приводить до зловживань чиновників, підриває авторитет органів публічної адміністрації та негативно відбивається на реалізації конституційних гарантій прав приватних осіб.

Проаналізувавши теоретичні та правові основи застосування адміністративного розсуду у публічному адмініструванні приходимо до висновку, що дискреційні повноваження – це певна сукупність правообов'язків суб'єкта публічної адміністрації, що дають йому можливість на власний розсуд, у межах закону, обрати один із кількох варіантів прийняття рішення по адміністративній справі.

Література

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови. / Т.В.Бусел. К.; Перун. Ірпінь: 2002. с. 1065
2. Dicey A.V. Introdution to the Studo of the law of the Constitution. London? 1885.
3. Bingham T. The Rule o Law. London. 2010.
4. Адміністративне право України, повний курс: підручник, друге видання / Галуцько В., Діхтієвський П., Кузьменко О. та ін.: Херсон Олді Плюс. 2019., С. 188 .
5. Ярмакі Х.П. Адміністративний розсуд, як інструмент публічного адміністрування: Матеріали XII Міжнародної науково-практичної інтернет-конференції 26 березня 2020 року. С. 140

Кузьменко Оксана Володимирівна
доктор юридичних наук, професор
заслужений діяч науки і техніки
завідувач кафедри адміністративного та фінансового права
Київського національного економічного університету
імені Вадима Гетьмана

ДЕСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ В ПУБЛІЧНОМУ АДМІНІСТРУВАННІ: ДЕМОКРАТІЯ ПРАВА ЧИ СВАВІЛЛЯ

Загальновідомий припис, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України встановлює повну регламентацію їх діяльності матеріальними та процесуальними нормами. Разом з тим, існує багато випадків, коли органи мають право обирати один з декількох варіантів поведінки, на свій розсуд. Тобто законодавцем передбачена можливість приймати адміністративним органом з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за певних обставин. Тобто він не перевищує межі власних повноважень, діє відповідно до встановленої компетенції. Такі повноваження мають назву дискреційні (слово французького походження уперше використане у 1705 р.) – це можливість діяти за власним розсудом, в межах закону, можливість застосувати норми закону та вчинити конкретні дії (або дію) серед інших, кожен з яких окремо є відносно правильними (законними).

В даному визначенні підкреслено особливу ознаку: «в межах закону органи публічної влади можуть приймати рішення». Тобто посадова особа може вибирати рішення у передбачених для конкретних ситуацій нормативно-правових актах або схожих документах. А в Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи вказано, що адміністративний орган може здійснювати «дискреційні повноваження», користуючись певною свободою розсуду у разі ухвалення будь-якого рішення[].

Разом з тим необхідно врахувати, що дискреція передбачає одночасне поєднання двох елементів: «вольову, яка включає в себе вільний розсуд, і інтелектуальну (морально-правову), яка

означає використання дискреційних повноважень «за здоровим глуздом» [, с. 51]. При цьому під «здоровим глуздом» розуміється не стільки логічний порядок дій, скільки розумну усталеність правопорядку. З практики Європейського Союзу передбачено, що межами владної дискреції є історичні конституційні традиції та правові звичаї. Саме правове регулювання на рівні моралі та суспільних традицій може бути «розумним обмеженням», яке не дозволяє «посадовій особі при реалізації дискреційних повноважень спиратись виключно на внутрішню мотивацію» [3, с. 52]. Втім не можна забувати вислів Ф. фон Гаєка, що «дискреція – це шпарина, через яку може втекти свобода кожної людини» [, с. 218]. Саме тому необхідно погодитися з В. Темченко, що «якщо розсуд у правовій сфері, дарований виконавчій владі, втілювався б у необмежені повноваження, то це суперечило б принципу верховенства права. Отже, закон у всіх випадках повинен указувати межі свободи розсуду» [, с. 17]. Як зауважує Європейський суд з прав людини, «... і закон має з достатньою чіткістю визначати межі такої дискреції, наданої компетентним органам, і порядок її здійснення, з урахуванням законної мети даного заходу, щоб забезпечити особі належний захист від свавільного втручання» [].

Сьогодні за певних життєвих обставин дискреційні повноваження перетворюються саме в елемент свавілля. Коли публічний орган приймає рішення на свій розсуд, навіть не пояснюючи підстави свого вчинку. При чому прийняте рішення може порушувати права і свободи громадян. Такий випадок передбачено Конституцією України згідно 55 статті. Тут йдеться про те, що кожен громадянин має право оскаржити рішення представника влади і довести його не правоту.

Дієвою перешкодою для суб'єктивізму і свавілля з боку органів виконавчої влади та їх посадових осіб у їх взаємостосунках з фізичними і юридичними особами, можуть і повинні виступати адміністративні процедури, покликані забезпечити необхідну послідовність у реалізації першими – владних повноважень, а останніми – своїх прав і свобод та можливість оскарження таких рішень [, с. 151]. Законами України прописані зобов'язання судів перед народом України, а також їх призначення і завдання. Най-

важливіше завдання суду – протекція простих громадян України, як юридичних осіб, так і фізичних осіб, від посягань представників органів влади. Також до завдань судочинства входить урегулювання публічно-правових взаємовідносин між суб'єктами та об'єктами права, причому головним чином концентрується увага на поведінці інституту влади, їхніх представників і виконавців. Важливо не допустити перевищення своїх дискреційних повноважень владою, оскільки це неминуче буде вести до підвищення недовіри громадян країни. Що може перерости в безлади і критичну ситуацію в країні (яка вже й так в кроці від цього)[].

В той же час, сучасна судова практика досить обмежено дозволяє втручатися судам в дискреційні повноваження, що обмежує захист прав громадян від перевищення повноважень публічної адміністрації. Так, Верховний Суд зазначає, що у разі наявності у суб'єкта владних повноважень законодавчо закріпленого права адміністративного розсуду при вчиненні дій/прийнятті рішення та встановлення у судовому порядку факту протиправної поведінки відповідача, зобов'язання судом суб'єкта прийняти рішення конкретного змісту є втручанням у дискреційні повноваження[2].

Відповідно на сьогодні, такий розвиток подій вкрай фізичних та юридичних осіб ефективного способу відновити свої порушені права, навіть у випадках, коли суд одночасно встановлює факт порушення таких прав.

Саме тому, необхідно підкреслити, що лише держава має визначати межі дискреційних повноважень публічної адміністрації в умовах дотримання принципу верховенства права.

Відповідно чим суворіше режим законності, тим менше випадків вирішення правових питань «за розсудом» органів виконавчої влади (їх посадових осіб). Чим частіше вони застосовують розсуд у ході реалізації владних повноважень, тим нижче рівень законності в діяльності органів держави. Визнається факт, що недосконалість законодавчої техніки (недостатня визначеність окремих правових норм, відсутність вказівок про те, як їх потрібно розуміти тощо) істотно ускладнює процес реалізації владних повноважень, що призводить до необхідності вибору варіантів поведінки органами виконавчої влади (їх посадовими

особами). Тому поєднання у правовому регулюванні застосування розсуду і законності є тимчасовою необхідністю, яка існує до того часу, допоки право не наповнить своїм змістом всі суспільні відносини[, с. 31].

Вироблення чітких меж застосування дискреційних повноважень є обов'язком законодавця, які будуть сприяти конкретизації відповідальності посадових осіб публічної адміністрації та викорінять такі негативні явища як зловживання посадовими обов'язками та корупцію.

Список використаних джерел:

1. Верховний Суд про дискреційні повноваження URL:<https://yefimov-partners.com>
2. Барабаш Ю. Г. Дискреційні повноваження вищих органів влади: правова природа та умови ефективного застосування // Університетські наукові записки. 2007. № 4 (24). С. 49–54.
- 3 . Гаєк Ф. А. Конституція свободи / Ф. А. Гаєк; [пер. з англ. М. Олійника, А. Королишина]. Львів : Літопис, 2002. 290 с.
4. Темченко В.І. Верховенство права у практиці Євросуду та Конституційного Суду України // Наукові записки НаУКМА. К., 2007. Т. 64. Юридичні науки. С. 15–20
5. Справа Європейського суду з прав людини «Волохи проти України» (Заява № 23543/02).
6. Виконавча влада і адміністративне право / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. Київ: Видавничий Дім «Ін-Юре», 2002. 668 с.
- 7 . Дискреційні повноваження органу державної влади URL:https://protocol.ua/ru/diskreitsiyni_povnovagennya_organu_derjavnoi_vladi/
- 8 . Грінь А. А. Дискреційні повноваження органів виконавчої влади України та їх реалізація. 12.00.07. К. 2019. 256с.

*Емілія Дмитренко,
д.ю.н., професор,
Київський національний економічний університет
імені Вадима Гетьмана*

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ОРГАНІВ, ЯКІ ЗДІЙСНЮЮТЬ ПУБЛІЧНУ ФІНАНСОВУ ДІЯЛЬНІСТЬ

За сучасних умов в Україні змінюються функції та повноваження органів публічної влади, в тому числі й у сфері публічної фінансової діяльності. Зазначені органи (Міністерство фінансів України, Національний банк України, Фонд гарантування вкладів фізичних осіб тощо) мають здійснювати владні повноваження, у тому числі дискреційні, відповідно до визначеної у відповідних нормативно-правових актах їх компетенції, але із дотриманням принципу верховенства права. Зазначена проблема є надзвичайно актуальною та потребує значних зусиль як наукової спільноти, так і більш активної участі суду [1].

У Рекомендаціях № R (80) 2 Комітету Міністрів Ради Європи визначено, що дискреційними повноваженнями є повноваження, які адміністративний орган, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду, тобто, коли такий орган може обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за даних обставин [2].

Обсяг дискреційних повноважень органів, які здійснюють публічну фінансову діяльність, визначається через їх правовий статус і компетенцію (права, обов'язки, обмеження, відповідальність). Серед суттєвих ознак правового статусу цих органів можна назвати їх організаційну та функціональну структуру, володіння спеціальними функціями, реалізація яких спрямована на задоволення публічних інтересів. Окрім того, такі суб'єкти зазвичай наділені державно-владними повноваженнями щодо видання нормативних чи індивідуальних актів, здійснення контролю, застосування державного примусу тощо. Зазначу також, що обсяг їх дискреційних повноважень обумовлений насамперед сферою публічної фінансової діяльності, де ці повноваження реалізуються.

Саме тому обсяг дискреційних повноважень органів, які здійснюють публічну фінансову діяльність, та процедура їх реалізації мають бути чітко визначені законодавством. Про це було зазначено у рішеннях Європейського суду, зокрема у справі «Волохи проти України» (Заява № 23543/02), а саме: конкретна норма закону повинна містити досить чіткі положення про рамки і характер здійснення відповідних дискреційних повноважень, наданих органам державної влади [3].

Оскільки зазначені суб'єкти наділені великим обсягом повноважень у сфері публічної фінансової діяльності, то їх рішення інколи можуть призводити до порушення прав юридичних та фізичних осіб. Щоб унеможливити такі порушення межі їх дискреційних повноважень мають також бути чітко визначено як об'єктивними (системою права), так і суб'єктивними джерелами (принципи права та критерії справедливості; концепція праворозуміння; загальний зміст законодавства щодо певного питання, його суть та спрямованість; ступінь обґрунтованості кожного з можливих варіантів рішення [4, с. 46]).

Таким чином, правова норма щодо дискреційних повноважень органів, які здійснюють публічну фінансову діяльність, має встановлювати зміст їх прав та обов'язків, але водночас надавати право діяти на власний розсуд при вирішенні окремих питань. Ці процеси мають супроводжуватися контролем за здійсненням дискреційних повноважень та передбачати відповідальність у випадку виявлених порушень.

Якщо мову вести про принципи реалізації дискреційних повноважень зазначеними органами, то їх визначено у Рекомендаціях № R (80) 2 Комітету Міністрів Ради Європи, а саме: не використовувати такі повноваження заради досягнення будь-якої іншої мети, ніж тої, для якої вони були ними наділені; об'єктивність та безсторонність (брати до уваги лише фактори, що мають стосунок до справи); рівність, не допускаючи дискримінації; принцип підтримання балансу між можливими негативними ефектами для прав, свобод чи інтересів осіб та метою рішення; прийняття рішення в розумні строки, враховуючи обставини конкретної справи [2].

У зв'язку із зазначеним показовим є рішення Конституційно-

го Суду України № бр(ІІ)/2020, яким визнано окремі положення частини 1 статті 79 Закону України «Про банки і банківську діяльність» такими, що не відповідають Конституції України. Це рішення є важливим для реалізації особою, права або інтереси якої порушені діями та рішеннями Національного банку України (НБУ), можливості оскаржити такі дії та рішення в судовому порядку [5].

Також важливим є прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення механізмів регулювання банківської діяльності» від 13.06.2020 р. № 590-ІХ, який змінив процедуру оскарження рішень НБУ, Міністерства фінансів України, Фонду гарантування вкладів фізичних осіб у процесі виведення банків з ринку. У нормах цього Закону зазначено, що суди не повинні перебирати на себе функції регуляторів, а мають розглядати рішення на відповідність законодавству, однак не повинні піддавати сумніву розрахунки, оцінки та висновки регуляторів, зроблені в межах їх дискреційних повноважень, та їх технічні судження [6].

Отже, можна зробити висновок, що дискреційні повноваження органів, які здійснюють публічну фінансову діяльність – це повноваження, які ці органи, приймаючи рішення, можуть здійснювати з певною свободою розсуду, тобто, обирати з кількох юридично допустимих рішень ті, які вони вважають найкращими за даних обставин. А тому їх обсяг та процедура реалізації мають бути чітко визначені законодавством, що відповідатиме європейським стандартам.

Список використаних джерел:

1. Звернення щодо дискреційних повноважень суду: позиція правників. URL: <http://uba.ua/ukr/news/3776/> (дата звернення: 15.04.2021).
2. Стосовно реалізації адміністративними органами влади дискреційних повноважень: Рекомендація № R (80) 2 Комітету Міністрів Ради Європи від 11.03.1980 р. URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId09000016804f22ae> (дата звернення: 15.04.2021).
3. Справа Європейського суду з прав людини «Волохи проти України» (Заява №23543/02). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_138 (дата звернення: 15.04.2021).
4. Мельник Г. П. Судовий розсуд (дискреція) як явище правової сис-

теми Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. 2009. Т. 90. С. 44-47.

5. Рішення Конституційного Суду України від 24.06.2020 р. № 6р(П)/2020. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/6_p2_2020.pdf (дата звернення: 16.04.2021).

6. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення механізмів регулювання банківської діяльності: Закон України від 13.06.2020 р. № 590-IX. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/590-20#Text> (дата звернення: 16.04.2021).

Марія Пожидаєва,

*д.ю.н., доцент, Київський національний економічний
університет імені Вадима Гетьмана*

МЕЖІ ДОПУСТИМОСТІ ДИСКРЕЦІЇ У ПОВНОВАЖЕННЯХ НАЦІОНАЛЬНОГО БАНКУ УКРАЇНИ ЩОДО РЕГУЛЮВАННЯ РОЗРАХУНКІВ

Дискреційна складова повноважень Національного банку України (далі – НБУ) у сфері регулювання розрахунків у рамках правозастосовної та підзаконної нормативної діяльності центрального банку нашої держави встановлена законом. Так, згідно з п. 6, п. 7 ст. 7, п. 1 ч. 1 ст. 15, ст. 40 Закону України «Про Національний банк України» від 20.05.1999, ст. 41, ст. 42 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» від 05.04.2001 державне регулювання у сфері розрахунків в Україні здійснюється НБУ шляхом реалізації владних повноважень, а саме:

- визначення порядку і форм платежів, у тому числі між банками, а також напрямів розвитку сучасних електронних банківських технологій;
- здійснення контролю за створенням платіжних інструментів, систем автоматизації банківської діяльності та засобів захисту банківської інформації;
- прийняття рішень щодо функціонування платіжних систем та організації розрахунків;

- установлення правил, форм, стандартів розрахунків банків та інших юридичних і фізичних осіб в економічному обігу України із застосуванням паперових та електронних документів, платіжних інструментів, готівки;
- координація організації розрахунків, надання дозволів на здійснення клірингових операцій та розрахунків;
- забезпечення здійснення міжбанківських розрахунків через установи НБУ (наприклад, національну систему міжбанківських розрахунків – систему електронних платежів НБУ (далі – СЕП), надання дозволу на проведення міжбанківських розрахунків через прямі кореспондентські відносини банків та через їх власні розрахункові системи;
- визначення порядку обміну інформаційними повідомленнями та клірингу за операціями, здійсненими в межах України;
- виконання нагляду (оверсайту) платіжних систем та систем розрахунків з метою забезпечення їх безперервного, надійного та ефективного функціонування;
- здійснення контролю за проведенням переказу коштів.

Маючи спеціальний статус особливого центрального органу державного управління щодо забезпечення стабільності національної грошової одиниці, НБУ зобов'язаний видавати у межах питань, віднесених до його повноважень, нормативно-правові акти у формі постанов Правління НБУ та розпорядчі акти організаційно характеру або індивідуальної дії, які не є нормативно-правовими актами (див. ст. 56 Закону України «Про Національний банк України»). Так, за власним компетентним розсудом, у межах закону та з метою правового регулювання відносин у сфері розрахунків НБУ приймає відповідні постанови, якими затверджуються обов'язкові для всіх суб'єктів правила, положення, інструкції, розпорядчі акти з питань організації розрахунків через СЕП, акти індивідуальної дії (дозволи, ліцензії, рішення про застосування заходу впливу тощо). При цьому наявність у НБУ можливості діяти на власний розсуд (дискреції) має забезпечувати ефективну реалізацію повноважень центрального банку під час регулювання розрахунків, не створюючи ризиків порушення прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб як учасників правовідносин у цій сфері.

Наприклад, згідно з нормами глави 8 розділу II Інструкції про міжбанківський переказ коштів в Україні в національній валюті, затвердженої постановою НБУ від 16.08.2006 № 320 із змінами, для роботи в СЕП за відповідною моделлю обслуговування консолідованого кореспондентського рахунку банк повинен одержати на це дозвіл НБУ. НБУ протягом одного місяця із дня отримання від банку документів, що мають відповідати вимогам пунктів 2–5 глави 8 розділу II цієї Інструкції, приймає рішення про надання дозволу такому банку на роботу в СЕП або про відмову в його наданні в разі невідповідності документів вимогам цієї глави (див. п. 6 глави 8 розділу II Інструкції). У даному випадку слід звернути увагу на дискреційні повноваження НБУ щодо самостійного встановлення підстав для відмови в наданні дозволу на роботу в СЕП за відповідною моделлю. НБУ письмово повідомляє про це банк із зазначенням підстав як невідповідності правил здійснення банком і його філіями переказу коштів вимогам п. 3 глави 8 розділу II Інструкції та іншим нормативно-правовим актам, розпорядчим актам НБУ і технологічній документації з питань здійснення міжбанківського переказу коштів через СЕП, а також про потребу доопрацювання цих правил згідно із наданими НБУ зауваженнями, що надалі передбачає повторне звернення банку з доопрацьованими правилами для одержання дозволу НБУ на перехід в СЕП за відповідною моделлю. Через відсутність закріплених на рівні закону вичерпного переліку підстав відмови в наданні дозволу на роботу в СЕП та порядку її можливого подолання НБУ, користуючись розширеною дискрецією, має можливість встановлювати та змінювати такі підстави за допомогою власних підзаконних нормативно-правових актів.

Хоча, з одного боку, згідно з ч. 5 ст. 11 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» НБУ як платіжна організація СЕП самостійно визначає порядок її функціонування через затверджені рішенням Ради НБУ правила СЕП [1], прийняття і виключення з цієї системи учасників, проведення переказу коштів за її допомогою. А, з іншого боку, задля задоволення публічного інтересу відповідно до ч. 2 ст. 40 Закону України «Про Національний банк України» НБУ зобов'язаний забезпечувати

здійснення міжбанківських розрахунків через установи НБУ та надавати дозвіл на проведення міжбанківських розрахунків через прямі кореспондентські відносини банків та через їх власні розрахункові системи. Таким чином, погоджуючись з правовою позицією І. А. Лоюк щодо важливого недоліку закону – коли межі дискреції встановлюються органом держави для себе самостійно через його підзаконні акти [2, с. 118], варто зазначити, що така негативна тенденція може погіршувати як захист прав та законних інтересів банків та їх клієнтів, так і відновлення порушених прав осіб у разі визнання відмови НБУ протиправною.

Виходячи з викладеного вище та враховуючи науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією, який було надано за дорученням голови Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду М. І. Смоковича [3], можна зробити узагальнюючий підсумок, що при застосуванні дискреції НБУ під час прийняття рішення або вибору одного з можливих варіантів рішення відповідно до закону та мети, з якою таке дискреційне повноваження надано, зобов'язаний поважати основоположні права особи та дотримуватися: конституційних принципів; принципів реалізації відповідної владної управлінської функції; принципів здійснення дискреційних повноважень; змісту публічного інтересу; положень власної компетенції; процедурних вимог; обґрунтованості викладення у дискреційному рішенні доводів, мотивів його прийняття.

Список використаних джерел:

1. Про затвердження Правил системи електронних платежів Національного банку України: рішення Ради Платіжної організації системи електронних платежів Національного банку України, протокол від 13.07.2017 № 1 із змінами та доповненнями. URL: https://bank.gov.ua/ua/legislation/Rules_13072017_1_SEP (дата звернення: 14.05.2021).

2. Лоюк І.А. Особливості реалізації дискреційних повноважень Національним банком України при створенні банків. *Часопис Київського університету права*. 2016. № 2. С. 115-120.

3. Перепелюк В.Г. Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/naukovi_visnovki/nauk_visnovok_01_03_2018 (дата звернення: 14.05.2021).

Наталія Новицька,
д.ю.н., с.н.с., завідувач кафедри фінансового права,
Університет ДФС України
Андрій Новицький,
д.ю.н., професор, професор кафедри цивільного права та процесу,
Університет ДФС України

ДИСКРЕЦІЯ МЕЖІ ДОЗВОЛЕНОГО ЧИ ЗЛОВЖИВАННЯ ДОЗВОЛЕНИМ

У юриспруденції дискреційні повноваження визначаються як право голови держави, уряду, інших посадовців в органах державної влади у разі ухвалення рішення з питання, віднесеного до їх компетенції, діяти за певних умов на власний розсуд у рамках закону. Дискреційні повноваження є динамічною категорією, яка зазнає змін не лише у зв'язку із розвитком соціальної, політичної та правової сфери життя суспільства та держави, але й залежно від рівня дотримання базових принципів права суб'єктами таких повноважень, а також громадянами, яких вони стосуються. Одним із визначальних для цієї правової категорії принципів є принцип верховенства права. Верховенство права, демократія та права людини це ті три кити на яких ґрунтується демократична правова держава. Вони закріплені як у низці міжнародних документів так і в нормативно правових актах нашої держави. Як складова верховенства права вони вимагають насамперед, щоб діяльність органів державної влади, включаючи парламент, було підпорядковано утвердженню й забезпеченню прав і свобод людини. Органи державної влади, органи місцевого самоврядування та їх посадові особи зобов'язані діяти, як зазначалося, лише на підставі та в спосіб, що передбачені статтею 19 Конституції та законами України, тобто за принципом «що не дозволено – заборонено». Відповідно при реалізації дискреційних повноважень посилення на те, що закон такі заборони не передбачає, не може бути взято до уваги, оскільки це безпосередньо суперечить принципу верховенства права.

Сьогодні, як на теоретичному рівні так і у практиці вироблено ряд вимог щодо здійснення дискреційних повноважень, основні з яких наступні: вимога до суб'єкта владних повноважень використовувати дискреційні повноваження з тією метою, з

якою воно було надано, ураховуючи принципи об'єктивності, неупередженості, дотримання потрібного балансу між несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи та цілями, на досягнення яких ухвалюється відповідне рішення, розсудливості, своєчасності (тобто протягом розумного строку), відповідно до меж і характеру здійснення відповідних дискреційних повноважень, що їх надано органам державної влади; рівності перед законом; відповідності характеру контролю та повноважень контрольних органів; відкритості інформації.

Необхідно звернути увагу, що теорія права передбачила можливість для маневру в межах імперативних норм. Дискреційні повноваження передбачають наявність маневру при прийнятті, одного з можливих визначених законом, рішення. Так, наприклад у законі є норма «надається право» і вона не є імперативною нормою, а лише дискреційною яка дає право вибору. Крім того існують такі юридичні конструкції правових норм в яких застосовується сполучник «або», що автоматично дозволяє прийняти того чи іншого рішення, але в межах визначених імперативною нормою. Одним із елементів реалізації дискреційних повноважень може стати зловживання дискреційними повноваженнями. Взагалі, необхідно відмітити, що зловживання це не є правопорушенням чи протиправною поведінкою. Зловживання правом це дії особи всупереч призначенню суб'єктивного права, а не порушення норми права. Зловживання правом виражається в дозволенних конкретних діях, які завдають шкоди іншій особі або загрожують чужому праву.

Так, наприклад суб'єкт владних повноважень в межах своєї компетенції приймає рішення в угоду певному суб'єкту відносин. Якщо рішення прийняте в межах повноважень і не суперечить чинному законодавству але є таким, що надає певні преференції для одного суб'єкта тим самим створюючи перешкоди для іншого суб'єкта, то такі дії можна назвати зловживанням дискреційними повноваженнями. Разом з тим, такі дії суб'єкта владних повноважень не є правопорушенням за яке може настати відповідальність. Тому говорити про встановлення відповідальності за зловживання дискреційними повноваженнями, як за зловживання службовим становищем є не зовсім правильним.

Зловживання дискреційними повноваженнями це правомірна дія в межах визначених законом. Зловживання владою або службовим становищем, тобто умисне, з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб[1]. Отже відповідальність за правопорушення настає тоді коли дії виходять за межі закону, а зловживання дискреційними повноваженнями не виходять за межі закону. Тобто у зловживанні дискреційними повноваженнями відсутня протиправна винна дія чи бездіяльність. Виходячи з вищевикладеного можемо констатувати, що необхідно чітко розмежовувати поняття «зловживання дискреційними повноваженнями», які не можуть бути предметом відповідальності і зловживання службовим становищем яке є складом злочину.

Список використаних джерел.

1. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 року № 2341-III Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25-26, ст.131.
2. Кривецький О. Дискреція – межі дозволеного або свавілля без меж? URL: http://www.nbuviap.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=1776:diskretyiya-mezhi-dozvolenogo-abo-svavillya-bez-mezh&catid=8&Itemid=350
3. Шаблистий В.В., Макотченко Л.М. Запобігання зловживанню або перевищенню влади чи службовими повноваженнями в сучасних умовах. URL: <http://er.dduvs.in.ua/xmlui/handle/123456789/440>
4. Мірило верховенства права (правовладдя) національного рівня: практика України (Rule of law Checklist at national level: case of Ukraine) / за заг. ред. М. Козюбри, упорядники та автори коментарів: В. Венгер, А. Заєць, Є. Зверев, М. Козюбра, Ю. Матвеева, О. Цельєв; Центр дослідження проблем верховенства права та його втілення в національну практику України Національного університету «Києво-Могилянська академія». – Київ, 2020. – 144с.

Марія Кармаліта,

д.ю.н.,

доцент,

Університет державної фіскальної служби України

ЗАКОННІ ІНТЕРЕСИ ПЛАТНИКІВ ПОДАТКІВ ТА МЕЖІ ГНУЧКОСТІ (ДИСКРЕЦІЙНОСТІ) СУБ'ЄКТІВ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ: ЩОДО БАЛАНСУ ПРИВАТНОГО ТА ПУБЛІЧНОГО ІНТЕРЕСУ В ОПОДАТКУВАННІ

Ефективне правове регулювання податкових відносин, вибір для цього правових засобів вимагають від законодавця та суб'єкта правозастосування обізнаності у законних прагненнях платників податків та межах гнучкості реалізації повноважень суб'єктами владних повноважень. Податкова політика держави допускає дискреційність повноважень податкових органів, що полягає у певній свободі їх вибору в прийнятті того чи іншого рішення. При цьому у відносинах між платником податків та контролюючим органом діє презумпція правомірності рішень платника податку в разі, якщо норма закону чи підзаконного акта припускають неоднозначне трактування прав та обов'язків суб'єктів податкових правовідносин, внаслідок чого є можливість прийняти рішення на користь кожної з сторін. Розсуд у податково-правовому регулюванні – це доволі нове явище, поява якого зумовлена багатьма факторами серед яких і необхідність забезпечення балансу приватного та публічного інтересу у сфері оподаткування [1, с. 303].

Законний інтерес платника податків пов'язаний із дотриманням контролюючим органом передбачених законом обмежень та заборон у процесі виконання ним своїх функцій. Платник податків не наділений можливістю впливати на діяльність податкового відомства якщо вони відбуваються, не порушуючи встановлені обмеження та заборони, однак розраховує, що посадові особи не відступлять від нормативних приписів та діятимуть в межах закону. Інакше можна стверджувати, що законні очікування платника податків не виправдалися. Платник податків, вважаючи, що дії (бездіяльність) податкового органу є прогнозованими, ві-

дповідують меті правового регулювання та відбуваються в межах закону, спрямовані на панування правопорядку, свою діяльність планували відповідним чином. Неможливість реалізувати свої наміри спричиняє порушення законних інтересів платника податків.

Забороняючі норми відносяться до спеціальних засобів, що закріплюють гарантії забезпечення стабільності правового статусу платника податків та захист від свавілля посадових осіб податкового відомства. Якщо нормами Податкового кодексу України (далі – ПК України) [2] не дозволено контролюючому органу здійснювати такі заходи, то логічним є визнання того, що вони є неприпустимими для платника податків. Відповідно у платника податків є інтерес в тому, щоб контролюючий орган не діяв таким чином. Заборони під час реалізації функцій та здійснення повноважень спрямовані на стримування податкового відомства.

Згідно з положеннями ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю; вона обмежується інтересом окремої людини та інтересом усього народу [3]. Так волю держави «контролює» законний інтерес платника податків, стримуючи тим самим неправову законотворчу діяльність. Реалізація повноважень органів державної влади відбувається в межах визначеного типу правового регулювання – заборонено все, крім того, що прямо дозволено нормами права – та відповідно до правових принципів (основоположних, загальних, галузевих, матеріальних та процесуальних), або встановлених кордонів для їх дискреційних повноважень. Але у багатьох випадках функціонування органів державної влади та місцевого самоврядування унормоване не повною мірою.

І орган законодавчої влади, і орган місцевого самоврядування відповідно до п. 4.4 ст. 4 ПК України устанавлюють і скасовують податки та збори, а також пільги їх платникам. Щодо встановлення податків та зборів, то це – одностороння дія уповноваженого суб'єкта, що є вторгненням в сферу інтересів платника податків та породжує для нього податкові зобов'язання. Однак представницька влада не є абсолютною, оскільки вважаємо, що в обов'язкових правилах поведінки у сфері оподаткування скон-

центрований інтерес самого народу, більшою частиною якого і є платники податків. Встановлюючи обов'язкові правила поведінки, держава здійснює вплив на волю суб'єкта права, підкорює її, а тому держава виступає в ролі уповноваженого суб'єкта, а усі інші суб'єкти – як податкове відомство, так і платники податків – виступають в ролі зобов'язального суб'єкта, оскільки усі є рівними перед законом та зобов'язані йому підкорюватися. Відповідно до ст. 5 Конституції України носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування.

Враховуючи те, що усі варіанти можливої поведінки суб'єкта владних повноважень у конкретних правовідносинах передбачити складно, діяти необхідно, виходячи із загальних принципів права, і у першу чергу – верховенства права та законності; у процесі податкового правозастосування – належну увагу приділяти системному аналізу норм податкового права та обґрунтованості ухвалених рішень. Принципи права є основоположними ідеями, на яких будується система суспільних відносин, що охоплюються правовим регулюванням. Прикладний характер принципів проявляється під час тлумачення норм податкового права, у процесі оцінювання їхньої конституційності, для посилення юридичної аргументації у справі, у разі обмеження дискреційної волі суб'єктів, відмежування випадків кваліфікованого «мовчання» закону від прогалін у законодавстві, подолання колізій у процесі застосування норм податкового права [4, с. 15].

Щодо гарантій реалізації дискреційних повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування, то погоджуємося із виокремленням таких: нормативне закріплення їх компетенції, принципи права, процедурно-процесуальна регламентація підготовки та прийняття нормативних актів та актів індивідуальної дії, контроль за реалізацією дискреційних повноважень [5, с. 4].

Щодо дискреційності повноважень контролюючих органів у сфері оподаткування, то справедливо зауважують С. Федчук та П. Заруба те, що забезпечення їх реалізації є надзвичайно важливим напрямом трансформаційних перетворень в Україні, зокрема у контексті набуття членства в Раді Європи [6, с. 77]. Автори

приходять до висновку, що дискреційні повноваження, з одного боку, дозволяють посадовим особам фіскальних органів у законний спосіб та ефективно забезпечувати виконання своїх завдань і функцій, дозволяючи обирати з кількох нормативно закріплених варіантів можливих дій той, що є оптимальним у конкретній ситуації, а з іншого – визначаються фахівцями як джерело потенційних корупційних ризиків, юридичних конфліктів та такі, що становлять перешкоду на шляху до побудови партнерських відносин із платниками податків та дотримання балансу приватного і публічного інтересу у сфері оподаткування.

У доктрині права багато аспектів питання дискреційності повноважень суб'єктів владних повноважень залишаються неоднозначно вирішеними. І якщо, на думку західних науковців, така дискреційність як діяльність на власний розсуд і за власним переконанням неможлива за відсутності правового контексту (тобто реалізація повноважень виключно у межах, визначених законом), то у працях вітчизняних дослідників пропонується розмежовувати поняття «розсуд» та «дискреція». Ураховуючи зазначені підходи під дискреційними повноваженнями необхідно розуміти можливість посадових осіб органів влади діяти на власний розсуд, однак з декількох можливих варіантів поведінки обрати той, що законодавчо визначений як правомірний. Про наявність дискреції у конкретній ситуації вказують такі слова та словосполучення як «може», «має право», а не «зобов'язаний» або «повинен».

Вважаємо, що важливими завданнями удосконалення правового забезпечення реалізації приватного і публічного інтересу в оподаткуванні є: підвищити обізнаність у законних прагненнях платників податків та межах гнучкості (дискреційності) суб'єктів владних повноважень; забезпечити дієвість норм Податкового кодексу України та його відносну стабільність; виробити сталий підхід до податкового правозастосування з дотриманням принципів рівності та недопущення будь-яких проявів податкової дискримінації; сприяти попередженню та здійснювати профілактику допущення помилок у процесі застосування норм податкового законодавства; створити ефективно діючу й високопрофесійну податкову службу та забезпечити навчання

персоналу з метою однакового та уніфікованого застосування норм податкового законодавства тощо.

Список використаних джерел:

1. Кармаліта М. В. Правове забезпечення приватного та публічного інтересу в оподаткуванні: дис. ... д-ра юрид. наук. Ірпінь, 2020. 495 с.
2. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2755-17> (дата звернення: 10.04.2021).
3. Конституція України від 28.06.1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show> (дата звернення: 12.04.2021).
4. Демин А. В. Неопределенность в налоговом праве и правовые средства ее преодоления: дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2014. 452 с.
5. Грінь А. А. Дискреційні повноваження органів виконавчої влади України та їх реалізація: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2019. 20 с.
6. Федчук С. І., Заруба П. І. Деякі питання дискреційних повноважень органів державної фіскальної служби України. *Фінансове право*. 2017. № 1 (36). С. 76–82.

Фукс Наталія,
*к.е.н, доцент, доцент кафедри фінансового права
Київського національного економічного
університету імені Вадима Гетьмана*

ВИЗНАЧЕННЯ ВИДІВ СПЕЦІАЛІЗОВАНИХ БАНКІВ ЯК ДИСКРЕЦІЙНЕ ПОВНОВАЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОГО БАНКУ УКРАЇНИ

Національний банк України (далі – НБУ) – центральний банк держави, особливий центральний орган державного управління, основною функцією якого відповідно до ст. 99 Конституції України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР [1] є забезпечення стабільності національної грошової одиниці – гривні. Для досягнення цієї вагомий для розвитку економіки, суспільства і держави мети НБУ наділений широким колом повноважень, які визначають його компетенцію у сфері формування та реалізації грошово-кредитної політики, державного регулювання та нагляду на рин-

ках банківських та небанківських послуг, забезпечення стабільності банківської системи, що загалом має сприяти фінансовій стабільності. Аналіз змісту Законів України «Про Національний банк України» від 20.05.1999 р. № 679-XIV [2] та «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III [3] вказує на те, що центральний банк України наділений достатньо широким колом дискреційних повноважень, що має сприяти ефективній реалізації НБУ основної та інших функції, задовольняючи таким чином публічні інтереси – держави, суспільства, територіальних громад та статистично значущих верств населення.

Загалом варто зазначити, що НБУ, як й інші суб'єкти владних повноважень, зобов'язаний Конституцією України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР (ч. 2 ст. 6, ч. 2 ст. 19) діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачений нею та іншими законами України, здійснювати свої повноваження у межах, встановлених Конституцією, відповідно до законів України. Водночас доводиться констатувати, що законодавство України не визначає поняття «дискреційні повноваження», однак його можна віднайти в інших джерелах. Так, згідно з п. 1.6 Методології проведення антикорупційної експертизи, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 24.04.2017 р. № 1395/5 [4], дискреційні повноваження – це сукупність прав та обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що надають можливість на власний розсуд визначати повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке приймається, або можливість вибору на власний розсуд одного з декількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом, проектом нормативно-правового акта, а відповідно до п. 7 ст. 2 проекту закону про адміністративну процедуру від 14.05.2020 р. реєстр. № 3475 [5] дискреційне повноваження – це повноваження, надане адміністративному органу законом, обирати один із можливих варіантів рішення відповідно до закону та мети, з якою таке повноваження надано.

Наділення НБУ як суб'єкта управлінської діяльності дискреційними повноваженнями має на меті створення умов для прийняття центральним банком держави зважених, обґрунтованих та

ефективних рішень, спрямованих не лише на забезпечення стабільності банківської та (або) фінансової системи, але й на їх розвиток. В контексті зазначеного вважаємо за доцільне привернути увагу до повноваження НБУ, яке з'явилося у ст. 4 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. із набуттям чинності Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо регулювання діяльності банків» від 15.02.2011 р. № 3024-VI [6]. Відтоді зі ст. 4 вилучено вичерпний перелік видів спеціалізованих банків – ощадні, інвестиційні, іпотечні, розрахункові (клірингові), однак він залишився в ч. 3 ст. 334 Господарського кодексу України від 16.01.2003 р. № 436-IV [7], та базовий оцінювальний підхід щодо їх визначення, натомість НБУ отримав повноваження щодо визначення видів спеціалізованих банків. Таким чином, з нашого погляду, НБУ отримав дискреційне повноваження на визначення нових видів спеціалізованих банків, враховуючи інтереси банківської системи та економіки загалом шляхом прийняття відповідного рішення на рівні власних підзаконних нормативно-правових актів. Однак вважаємо, що НБУ мав зберегти вилучені зі ст. 4 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. види спеціалізацій банків, оскільки вони залишилися в ч. 3 ст. 334 Господарського кодексу України від 16.01.2003 р. Проте результатом вищевказаних змін у законодавстві стало вилучення НБУ у 2012 р. з Розділу VIII Інструкції про порядок регулювання діяльності банків в Україні, затвердженої Постановою Правління НБУ від 28.08.2001 р. № 368 [8] таких видів спеціалізованих банків, як інвестиційні, іпотечні та розрахункові (клірингові) та введення до нього нового різновиду – банк довірчого управління.

Таким чином, НБУ на підставі наданого повноваження на свій розсуд, керуючись ймовірно інтересами банківської системи, унеможливив на невизначене майбутнє створення в Україні банків за трьома вищезазначеними спеціалізаціями, не зважаючи на їх перспективність з точки зору розвитку ринків фінансових послуг, зокрема, фондового ринку, ефективного функціонування якого відіграє важливу роль в розвитку економіки. Як стало зрозумілим згодом, прийняте НБУ рішення не узгоджується з перманентними дискусіями щодо необхідності створення в Україні

інвестиційних банків, а також залишає відкритим питання щодо визначення за критерієм «універсальний – спеціалізований» виду банку, який має назву ПАТ «Розрахунковий центр з обслуговування договорів на фінансових ринках». Зазначимо, що його особливий статус та функціональне призначення визначені в ст. 15 Закону України «Про депозитарну систему України» від 06.07.2012 р. № 5178-VI [9]. Так, у ч. 2 ст. 15 зазначається, що ПАТ «Розрахунковий центр з обслуговування договорів на фінансових ринках» є банком, отже, він здійснює діяльність згідно із Законом України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р., однак з урахуванням особливостей, визначених Законом України «Про депозитарну систему України» від 06.07.2012 р. Ці особливості полягають у тому, що ПАТ «Розрахунковий центр з обслуговування договорів на фінансових ринках» має забезпечувати здійснення грошових розрахунків за правочинами щодо цінних паперів, укладеними на фондових біржах та поза ними, якщо здійснення розрахунків передбачається за принципом «поставка цінних паперів проти оплати». З наведеного виходить, що ПАТ «Розрахунковий центр з обслуговування договорів на фінансових ринках» є фінансовою установою, що поєднує в собі ознаки банку та клірингової установи, тобто може бути віднесена до спеціалізованих розрахункових (клірингових) банків.

На основі наведеного доходимо висновку, що повноваження НБУ щодо визначення видів спеціалізованих банків має ознаки дискреційного повноваження, оскільки центральний банк у даному випадку діє на власний розсуд в межах, визначених законом. Однак вважаємо, що для його успішної реалізації, з урахуванням перспективного зростання ринку банківських послуг, фондового ринку та економіки загалом в законі необхідно конкретизувати умови, які НБУ має брати до уваги, приймаючи відповідне рішення, зробивши акцент на потребах розвитку банківської системи та економіки.

Прикладом розв'язання подібної ситуації може слугувати врегулювання питання щодо визначення НБУ системно важливих банків. Так, у ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. від набуття ним чинності до сере-

дини 2014 р. визначалося поняття «системоутворюючий банк» як «банк, зобов'язання якого становлять не менше 10 % від загальних зобов'язань банківської системи». Однак із прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання негативному впливу на стабільність банківської системи» від 04.07.2014 р. № 1586-VII [10] змінився термін, якими позначаються такі банки, на «системно важливі банки», формулювання дефініції даного поняття та підхід до визначення критеріїв їх ідентифікації. Відтепер вживається термін «системно важливий банк» в значенні банку, «що відповідає критеріям НБУ, діяльність якого впливає на стабільність банківської системи» (ст. 2), а в ст. 4 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. зазначається, що НБУ визначає системно важливі банки за такими критеріями: розмір банку, ступінь фінансових взаємозв'язків та напрями діяльності. Безпосереднє ж застосування названих критеріїв на основі самостійно розроблених індикаторів НБУ запровадив із затвердженням Постановою Правління НБУ від 25.12.2014 р. № 863 [11] Положення про порядок визначення системно важливих банків.

Список використаних джерел:

Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР.
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#top>

Про Національний банк України: Закон України від 20.05.1999 р. № 679-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14#Text>

Про банки і банківську діяльність: Закон України від 07.12.2000 р. № 2121-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#top>

Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи: наказ Міністерства юстиції України від 24.04.2017 р. № 1395/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1395323-17#Text>

Про адміністративну процедуру: проект закону реєстр. № 3475 від 14.05.2020 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68834

Про внесення змін до деяких законів України щодо регулювання діяльності банків: Закон України від 15.02.2011 р. № 3024-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3024-17#Text>

Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>

Про затвердження Інструкції про порядок регулювання діяльності ба-

нків в Україні: Постанова Правління НБУ від 28.08.2001 р. № 368. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0841-01#Text>

Про депозитарну систему України: Закон України від 06.07.2012 р. № 5178-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5178-17#Text>

Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання негативному впливу на стабільність банківської системи: Закон України від 04.07.2014 р. № 1586-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1586-18#Text>

Про затвердження Положення про порядок визначення системно важливих банків: Постанова Правління НБУ від 25.12.2014 р. № 863. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0863500-14#top>

*Мироненко Ігор,
д.ю.н., доцент кафедри цивільного права
ННЮІ Прикарпатського національного
університету ім. В. Стефаника
Член ВГО «Асоціація українських правників»*

МЕЖІ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ У СФЕРІ ЗЕМЕЛЬНИХ СУСІДСЬКИХ ВІДНОСИН

Положення глави 17 ЗК України, що спрямовані на регламентацію відносин власників та землекористувачів сусідніх земельних ділянок, складають основу такого інституту як право сусідства (добросусідства). Подібне правове регулювання відоме уже з часів римського права і у сучасних правопорядках застосовується під найменуванням «право сусідства», «сусідське право», *Nachbarrecht* та ін. На сьогодні сусідські відносини регулюються цивільними кодексами (уложеннями) більшості країн Європи [1, с. 402]. При цьому відповідний правовий інститут прийнято вважати складовою цивільного права, а самі сусідські відносини (відносини добросусідства) розглядаються як приватноправові.

Однак у наш час сусідське право включає у себе також значну публічноправову складову у вигляді будівельних, санітарних та інших нормативів. Їхня поява обумовлена як загальним розширенням участі держави у регулюванні приватних за своїм характером відносин, так і розвитком сусідських відносин, які де-

далі складніше регламентувати за допомогою підходів, характерних для цивільного права. Так, «праобраз» сучасних містобудівельних правил сформувався уже в римському приватному праві: зокрема Законами XII таблиць приписувалося при будівництві стіни відступати від сусідньої ділянки на 1 фут, а при зведенні будинку – на 2 фути; рівчак чи яма повинні були знаходитися на відстані своєї глибини від сусідньої земельної ділянки та ін. [2, с. 103-104]). В подальшому роль публічноправового регулювання сусідських відносин лише зростала, іноді витісняючи навіть традиційне цивільно-правове регулювання [3, с. 212-215].

В зв'язку із цим в літературі іноді навіть пропонується окремо виділяти публічне сусідське право і приватне сусідське право [4, с. 77-78]. На нашу думку, подібні погляди слід розглядати як певне перебільшення, оскільки в сучасних умовах відокремлено ні земельні, ні цивільні, ні адміністративні норми не можуть забезпечити повного врегулювання відповідних відносин. Тут більш коректно вести мову про поєднання приватноправового та публічноправового регулювання з даного питання, а також об'єктивну необхідність у застосуванні адміністративно-правових механізмів для врегулювання сусідських спорів.

Водночас виникає питання про межі втручання органів публічної влади у сферу земельних сусідських відносин. Адже на практиці достатньо часто власники земельних ділянок (землекористувачі) як учасники сусідських конфліктів прагнуть «залучити на свою сторону» відповідні державні органи чи органи місцевого самоврядування.

Насамперед, тут слід чітко розуміти правову природу даних відносин і особливості застосування різного роду нормативів, що складають т.з. «публічне сусідське право». За своєю правовою природою земельні сусідські відносини є приватноправовими, тобто такими, що ґрунтуються на засадах юридичної рівності, майнової самостійності та вільного волевиявлення сусідів – власників та землекористувачів сусідніх земельних ділянок. Вказане не виключає зацікавленості держави у впорядкуванні цих відносин, для чого і запроваджується відповідна система нормативів. Однак при цьому вони мають «подвійну» дію, оскільки частина із них має на меті також забезпечення громадського по-

рядку та безпеки, а тому їх дотримання – це обов’язок усіх власників та землекористувачів. Тому відносини щодо притягнення відповідних порушників до відповідальності є публічноправовими.

Таким чином, втручання органів публічної влади у власне «земельні сусідські відносини» повинно бути зведено до мінімуму, оскільки це порушує принцип рівності їх учасників. За таких умов вони, у межах своїх повноважень, можуть виступати лише «арбітрами» при врегулюванні сусідських спорів, а також забезпечувати усунення порушень нормативів, що поширюються на сферу земельних сусідських відносин. При цьому проведення ними перевірок щодо дотримання таких нормативів повинно здійснюватися виключно у встановлених законодавством випадках та порядку.

Як зазначається у літературі, сучасні правові системи використовують подвійний набір інституційних механізмів щодо регулювання сусідських відносин. На першому місці (як історично, так і структурно) знаходиться децентралізоване регулювання, що передбачає використання системи спостереження «в своєму інтересі», яке здійснює кожен власник (землекористувач) щодо такого використання землі «сусідами», яке може негативно позначитися на його інтересах. І вже у тому випадку, якщо децентралізований контроль в рамках приватноправового регулювання сусідських відносин виявляється неефективним, застосовується контроль публічноправовий [4, 216-217]. Так, суміжні власники (землекористувачі) можуть укладати між собою угоди, не беручи до уваги загальносуспільні інтереси (як приклад, один сусід може підкупити іншого, щоб той допускав екологічне забруднення чи порушення вимог пожежної безпеки) або ж не реагувати на незначні, з їх точки зору, порушення відповідних нормативів. Тому публічноправовий контроль за сферою сусідських відносин допустимий у встановлених законом випадках, якщо це пов’язано із забезпечення громадського порядку та безпеки.

При цьому відповідні органи повинні діяти виключно у межах своєї компетенції. Так, ст. 158 ЗК України передбачено, що органи місцевого самоврядування вирішують земельні спори у межах населених пунктів щодо меж земельних ділянок та доде-

ржання громадянами правил добросусідства, а центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері земельних відносин, – вирішує земельні спори щодо меж земельних ділянок за межами населених пунктів. Однак на практиці є непоодинокі випадки, коли такі органи, посилаючись на положення ст. 158 ЗК України, намагаються врегулювати і інші земельні спори, зокрема щодо встановлення земельних сервітутів, що є незаконним і недопустимим.

На сьогодні у нашій державі існує система містобудівних, санітарних та інших нормативів, що застосовуються при регулюванні земельних сусідських відносин, оскільки регламентують облаштування огорож земельних ділянок, допустимі відстані від суміжних меж для облаштування будівель та споруд, висаджування рослин тощо. Їх закріплюють Закони України «Про благоустрій населених пунктів», «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення», «Про пожежну безпеку», а також численні підзаконні акти (в т.ч. ДБН Б.2.2-12:2018 «Планування і забудова територій», ДБН Б.2.2-5:2011 «Планування і забудова міст, селищ і функціональних територій. Благоустрій територій» тощо). Відповідно, достатньо ефективним способом врегулювання сусідських конфліктів є застосування адміністративно-правових механізмів впливу на порушника, оскільки очевидні недотримання правових приписів (включаючи відповідні санітарні, будівельні, пожежні та інші нормативи) можна ефективно усувати у позасудовому порядку шляхом звернення із скаргами до компетентних органів.

Однак при цьому необхідно відзначити ряд негативних моментів щодо правового закріплення таких нормативів, оскільки вони переважно містяться у розрізних підзаконних нормативно-правових актах, що породжує ряд проблемних моментів. Так, подібні нормативи по своїй суті є обмеженнями щодо здійснення прав на землю і їх закріплення не у законі, а в підзаконних актах породжує питання про юридичну силу відповідних положень. Крім того, такі нормативи не завжди мають системний характер і належно узгоджені між собою. В контексті вказаного позитивним видається досвід зарубіжних держав, які закріпили відповідні положення у систематизованому законодавчому акті. Як

приклад можна вказати «Містобудівний і будівельний кодекс Азербайджанської Республіки» від 29.06.2012 року № 392-IVQ, що містить окрему главу 13 «Відстань між об'єктами будівництва і право сусідства» [6].

Список використаних джерел

1. Емелькина И. А. Проблемы формирования института соседского права в гражданском праве. *Учен. зап. Казан. ун-та. Сер. Гуманит. науки.* 2016. № 2. С. 399-414.

2. Лобов О. А. *Добросусідство в земельному праві України: історико-правовий аспект. Проблеми законності.* 2011. Вип. 116. С. 102-108.

3. Сериков Р. И. Правовое регулирование соседских отношений в до-революционной России и в советский период. *Территория науки.* 2014. № 1. С. 208-215.

4. Королев С. В. Право земельных участков и соседское право в Германии. *Имущественные отношения.* 2011. № 2. С. 76-80.

5. Маттеи У., Суханов Е. А. Основные положения права собственности. М.: Юристъ, 1999. 384 с.

6. Градостроительный и строительный кодекс Азербайджанской Республики: Закон Азербайджанской Республики от 29 июня 2012 года. URL: <http://architecture.az/pdf/kodex.pdf>

Олена Заєць

к.ю.н, доцент,

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ТА ЗАХИСТ ЗЕМЕЛЬНИХ ПРАВ

Земельні права справедливо належать до фундаментальних прав людини, адже відповідно до ст. 13 Конституції України земля разом з іншими природними ресурсами є об'єктами права власності Українського народу. Від імені Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених цією Конституцією. Кожний громадянин має право користуватися природними об'єктами права власності народу відповідно до закону. Ст. 14

Основного закону передбачає, що земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Право власності на землю гарантується. Це право набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону.

Саме право набути земельну ділянку на певному юридичному титулі, яке конкретизується, зокрема, у праві на отримання дозволу на розробку проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки та праві на затвердження цього проекту землеустрою і отриманні земельної ділянки у власність чи користування є такими, що найчастіше захищаються у судовому порядку. І здебільшого через такі способи захисту як визнання протиправним (незаконним, недійсним) та скасування рішення органу публічної влади, визнання бездіяльності суб'єкта владних повноважень протиправною та зобов'язання вчинити певні дії (ст. 152 ЗКУ, ст. 16, 21 ЦКУ, ст. 5 КАСУ). Тому в таких судових справах органи публічної влади, виступаючи відповідачами, відстоюють свою правову позицію виходячи із концепції дискреційних повноважень органу публічної влади. Розглянемо для прикладу два типові судові рішення, які ілюструють подібну практику.

У справі № 480/4554/18 [] позивачка просить адміністративний суд визнати протиправною відмову Головного управління Держгеокадастру, викладену в листі, у наданні їй дозволу на розроблення проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки у власність орієнтовною площею 2,0 га для ведення особистого селянського господарства за рахунок земель сільськогосподарського призначення за межами населених пунктів, та зобов'язати відповідача надати дозвіл на розроблення проекту землеустрою. Свої вимоги мотивує тим, що відповідач безпідставно відмовив їй в наданні дозволу на розробку проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки у власність. Ч. 7 ст. 118 ЗКУ передбачено вичерпний перелік підстав для відмови в наданні дозволу на розроблення проекту землеустрою. При зверненні з клопотанням позивачка подала погодження землекористувача, оскільки бажана земельна ділянка перебуває в оренді ТОВ. Це, на її думку, не перешкоджає у наданні їй зазначеного дозволу.

Відповідач у письмовому відзиві на позов зазначив, що Головне управління Держгеокадастру листом повідомило позивачку про неможливість задоволення її клопотання у зв'язку з тим, що землі, за рахунок яких планується відведення земельної ділянки у власність перебувають у користуванні на умовах оренди в іншої особи. Відповідно до ч. 5 ст. 116 ЗКУ передача земельних ділянок, які перебувають у користуванні фізичних або юридичних осіб у власність чи користування за рішенням органів виконавчої влади відбувається лише після припинення права власності чи користування в порядку, встановленому законом. Вилучення земельних ділянок може бути здійснено виключно щодо ділянок, які перебувають у постійному користуванні. Право оренди на земельні ділянки ТОВ не припинено, тому відсутні підстави для позитивного вирішення питання, порушеного в клопотанні. Також представник відповідача зазначив, що зобов'язання надати дозвіл на розроблення проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки у власність є *втручанням в дискреційні повноваження відповідача та виходить за межі адміністративного судочинства*.

Суд задовольнив позов. І земельно-правове обґрунтування такого задоволення є доволі типовим для такої категорії справ. З приводу втручання в здійснення дискреційних повноважень суд зазначив, що обрана судом форма захисту порушених прав у даному випадку не є втручанням у дискреційні повноваження відповідача. Втручанням у дискреційні повноваження суб'єкта владних повноважень може бути прийняття судом рішень не про зобов'язання вчинити дії, а саме прийняття ним рішень за заявами заявників замість суб'єкта владних повноважень. Аналогічна позиція впливає зі змісту ухвали Вищого адміністративного суду України від 24.03.2016 у справі № 826/17109/13-а.

Суд застосував (як і в більшості справ такого типу) Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийнятої Комітетом Міністрів 11.03.1980 р. на 316-й нараді, під дискреційними повноваженнями слід розуміти повноваження, які адміністративний орган, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду, тобто, коли та-

кий орган може обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за даних обставин. Тобто, дискреційними є повноваження суб'єкта владних повноважень обирати у конкретній ситуації між альтернативами, кожна з яких є правомірною. Прикладом таких повноважень є повноваження, які закріплені у законодавстві із застосуванням слова "може".

Натомість, у цій справі відповідач помилково вважає свої повноваження дискреційними. Відповідач не наділений повноваженнями за конкретних фактичних обставин діяти не за законом, а на власний розсуд, зокрема, прийняти відмову або надати дозвіл. Безперечно, правомірним у даному випадку є лише один варіант поведінки, залежно від фактичних обставин. При цьому, слід зазначити, якщо відмова відповідного органу визнана судом протиправною, а іншого варіанту поведінки у суб'єкта владних повноважень за законом не існує, то суд має право зобов'язати такий орган влади вчинити конкретні дії, які б гарантували захист прав і свобод позивача. *Отже, застосування судами зазначеного способу захисту права не можливо вважати втручанням у дискреційні повноваження такого суб'єкта владних повноважень.*

Цікавим у рішенні за даною справою є те, що суд, обґрунтувавши відсутність у Головного управління Держгеокадастру дискреційних повноважень при вирішенні питання надання дозволу, в той же час продовжує називати їх дискреційними. Так, суд зазначає, що відповідач у спірних відносинах вже реалізував свої дискреційні владні повноваження, відмовивши позивачці в наданні такого дозволу. Оскільки відповідач відмовив в наданні дозволу протиправно, а визначених законом підстав для такої відмови під час розгляду справи встановлено не було, суд вважає, що відновлення порушеного права позивача можливе не інакше, як шляхом зобов'язання відповідача вчинити певні дії, зокрема зобов'язання Головного управління Держгеокадастру надати такий дозвіл. Крім того, отримання дозволу на розробку проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки не означає позитивного рішення про надання її у власність чи користування.

У наступній справі № 1640/2594/18 [2] позивачка звернулася до суду з позовом до Головного управління Держгеокадастру, у

якому просила зобов'язати останнього затвердити проект землеустрою щодо відведення земельної ділянки на її ім'я площею 2,00 га. Отримавши дозвіл на розробку проекту землеустрою, позивачка чотири рази подавала розроблений і погоджений проект на затвердження відповідачу. І у всіх випадках отримувала лист з вимогою здійснити певні доопрацювання. Дві попередні інстанції позов не задовольнити, тому позивачка звернулася з касаційною скаргою.

Відповідач наголошував, що зобов'язання його затвердити проект землеустрою є втручанням суду у його дискреційні повноваження. На це Верховний Суд навів аргументацію, аналогічну до вищеописаної справи. Зокрема, дискреційне повноваження може полягати у виборі діяти, чи не 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 будь-ким.

Оскільки протиправна бездіяльність відповідача полягає у неприйнятті ним жодного з тих рішень, які передбачені ст. 118 ЗКУ, належним способом захисту прав позивача є зобов'язання Головного управління Держгеокадастру у Полтавській області прийняти відповідне рішення, тобто рішення про затвердження або відмову у затвердженні проекту землеустрою щодо відведення у власність земельної ділянки. І в той же час суд приймає остаточне рішення з формулюванням зобов'язати Головне управління Держгеокадастру затвердити поданий позивачною проєкт землеустрою щодо відведення земельної ділянки.

На перший погляд, позиція суду щодо дискреційних повноважень органів публічної влади при наданні земельних ділянок зрозуміла: дискреційні повноваження законодавством у цих випадках не передбачені. І все ж, на нашу думку, питання з'ясоване не до кінця. Дійсно, ст. 118 ЗКУ містить доволі обмежений перелік випадків відмови органів публічної влади у прийнятті позитивних рішень. І правові наслідки відмови доволі детально описані у юридичній літературі [3] і судовій практиці [4].

Проте, зазначені органи, крім всього іншого, діють як представники публічного власника (державного чи комунального).

Відчувається, що їм для відмови не завжди вистачає підстав, які містяться у ст.118 та інших подібних статтях ЗКУ. Адже при перерозподілі земель вони мають враховувати перспективні публічні (в тому числі екологічні) інтереси територіальних громад та держави. Тому за формальної відсутності підстав для відмови органи публічної влади можуть бачити інші перспективи у використанні земель публічної власності, ніж передати їх по 2 га у приватну власність для ведення особистого селянського господарства, як, наприклад, у другій з розглянутих справ об'єктом відведення стали землі пасовищ.

Але, на нашу думку, вихід із ситуації скоріше лежить в площині вдосконалення процесуальних процедур надання земельних ділянок, хоча свої позиції міг би скоригувати і суд, застосовуючи доктрини належного урядування, пропорційності, правої визначеності тощо.

Список використаних джерел:

1. Рішення Сумського окружного адміністративного суду від 22 січня 2019 р. у справі № 480/4554/18 // <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79308559#> — дата звернення 17.04.2021 р.

2. Постанова Верховного Суду від 6 березня 2019 року у справі № 1640/2594/18 // <https://verdictum.ligazakon.net/document/80269161> — дата звернення 17.04.2021 р.

3. Мірошниченко А.М. Науковий висновок щодо подання кількома особами клопотання про надання дозволу на розробку проекту землеустрою щодо відведення у власність однієї і тієї ж земельної ділянки. // <https://www.academia.edu/42183034/> — дата звернення 17.04.2021 р.

4. Постанова Верховного Суду від 29 вересня 2020 року у справі № 688/2908/16-ц // <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=92137264&red=100003771bb1e6b6b1432b40f569cfc05d56c&d=5> — дата звернення 17.04.2021 р.

Іван Паламарчук,

к.ю.н.,

Міністерство юстиції України

ЩОДО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПУБЛІЧНОГО ПРАВОНАСТУПНИЦТВА

Пунктом 7 частини першої статті 4 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України), визначено, що суб'єкт владних повноважень – це орган державної влади (у тому числі без статусу юридичної особи), орган місцевого самоврядування, їх посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними публічно-владних управлінських функцій на підставі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень, або наданні адміністративних послуг [1].

Таким чином, у розумінні КАС України органи державної влади або місцевого самоврядування, їх посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними публічно-владних управлінських функцій на підставі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень є різновидом суб'єктів владних повноважень, які діють із урахуванням основоположних істин: щодо невідворотності та повноцінної відповідальності держави за свою діяльність, яка реалізується через делегованих суб'єктів владних повноважень, в контексті статті 3 Конституції України «... Держава відповідає перед людиною за свою діяльність» [2].

Натомість, доречно зазначити, що процедуру передання (набуття) адміністративної (управлінської) компетенції від одного суб'єкта владних повноважень до іншого в теорії адміністративного права визначено як публічне (позапроцесуальне, адміністративне по своїй природі) правонаступництво [3].

Враховуючи те, що публічне правонаступництво можливе щодо усіх без винятку суб'єктів владних повноважень, то, відповідно доцільно розглянути складову виду такого правонаступництва, яким володіє теорія адміністративного права, як «за суб'єктом», зокрема, правонаступництво після суб'єктів владних повноважень – юридичних осіб – правонаступництво після органів державної влади, органів місцевого самоврядування,

суб'єктів публічних повноважень з особливим статусом, юридичних осіб публічного права, які не мають статусу органу публічної влади, фондів публічного права, державних, комунальних підприємств, установ, організацій тощо [3].

Слід зазначити, що поміж проблем сучасної теорії адміністративного права й законодавства, які виявляються при вирішенні питань пов'язаних із правонаступництвом у судовому та процедурному порядках, доцільно погодитись із вітчизняними вченими [3] про цілковиту відсутність теоретичного обґрунтування й законодавчого врегулювання процедури набуття адміністративної компетенції одним суб'єктом владних повноважень після іншого.

Так, у чинному законодавстві України фактично не регламентується питання публічного правонаступництва (Питання публічного правонаступництва нині врегульовано лише для центральних органів виконавчої влади постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку здійснення заходів, пов'язаних з утворенням, реорганізацією або ліквідацією міністерств, інших центральних органів виконавчої влади» від 29.10.2011 № 1074), яке істотно відрізняється від інституту правонаступництва суб'єктів приватного права. Адже інститут правонаступництва органів виконавчої влади є більш широким за змістом та включає правонаступництво в завданнях, функціях та повноваженнях як складових категорії компетенції органу виконавчої влади, а також щодо конкретних управлінських (організаційних) прав та обов'язків, які складають зміст відповідних правовідносин – тобто, публічне правонаступництво, під час якого відбувається перехід владних прав та функцій органу, що реорганізується, до органу, що створюється, та правонаступництво в майнових приватних правовідносинах, у яких орган влади виступає як юридична особа приватного права [4].

При цьому, слід зазначити, що процес ліквідації або реорганізації суб'єктів владних повноважень при якому здійснюється перехід майна, прав та обов'язків до правонаступника регламентовано Цивільним кодексом України (далі – ЦК України) [5].

Так, згідно частини першої статті 104, частин третьої, четвертої статті 105 ЦК України, зокрема:

- юридична особа припиняється в результаті реорганізації

(злиття, приєднання, поділу, перетворення) або ліквідації. У разі реорганізації юридичних осіб майно, права та обов'язки переходять до правонаступників;

- учасники юридичної особи, суд або орган, що прийняв рішення про припинення юридичної особи, відповідно до ЦК України призначають комісію з припинення юридичної особи (комісію з реорганізації, ліквідаційну комісію), голову комісії або ліквідатора та встановлюють порядок і строк заявлення кредиторами своїх вимог до юридичної особи, що припиняється. Виконання функцій комісії з припинення юридичної особи (комісії з реорганізації, ліквідаційної комісії) може бути покладено на орган управління юридичної особи;
- до комісії з припинення юридичної особи (комісії з реорганізації, ліквідаційної комісії) або ліквідатора з моменту призначення переходять повноваження щодо управління справами юридичної особи. Голова комісії, її члени або ліквідатор юридичної особи представляють її у відносинах з третіми особами та виступають у суді від імені юридичної особи, яка припиняється [5].

Таким чином, питання щодо «проміжного суб'єкта владних повноважень» який буде забезпечувати правонаступництво прав і обов'язків по суті врегульовано.

Однак, слід зазначити, що у разі припинення суб'єкта владних повноважень питання подальшої належності майна при реорганізації по суті визначено: у разі реорганізації майно такої юридичної особи переходить до правонаступників (частина перша статті 104 ЦК України) [5]. Проте така аналогія, у вирішенні питання щодо подальшої долі майна юридичної особи при ліквідації, відсутня.

Таким чином, у разі ліквідації суб'єкта владних повноважень подальша доля його майна залежить від розсуду «проміжного суб'єкта владних повноважень» (ліквідатора або комісії з ліквідації).

Тому, задля уникнення зловживання деструктивними повноваженням зазначеними «проміжними суб'єктами владних повноважень», набуває необхідності питання усунення зазначеної

прогалини шляхом викладення другого речення частини першої статті 104 ЦК України в такій редакції: «При реорганізації юридичних осіб майно, права та обов'язки переходять до правонаступників, а у разі ліквідації юридичних осіб майно переходить до правонаступників їхніх прав та обов'язків.».

Таким чином, буде не допущено, фактів, як приклад, коли деякі види майна, яке на сьогодні використовується поліцією, перебуває у власності іншого центрального органу виконавчої влади – Міністерства внутрішніх справ України, як правонаступника ліквідованої міліції [8, с. 65].

Список використаних джерел:

1. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. 09 верес. (№ 35). С. 1358.
2. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. С. 141.
3. Бевзенко В.М. Публічне правонаступництво: сутність, процедура та особливості / В.М. Бевзенко // *Право і суспільство*. – 2013. – № 6. – С. 140–149. URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2013/6_2013/32.pdf (дата звернення: 24.04.2021).
4. Висновок Головного науково-експертного управління 09.07.2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69133 (дата звернення: 24.04.2021).
5. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. 03 жовт. (№ 40). С. 356.
6. Бевзенко В.М., Паламарчук І.В. Публічне майно як засіб здійснення повноважень поліції : монографія / за заг. ред. В.М. Бевзенка / КНУ ім. Тараса Шевченка. – К.: Дакор, 2018. – 308 с.

*Олександр Кривенко,
к.ю.н.к, доцент, заслужений юрист України, доцент кафедри правового забезпечення Національного університету оборони України імені Івана Черняхівського, генерал-лейтенант у відставці*

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ОРГАНІВ ВІЙСЬКОВОГО УПРАВЛІННЯ

Продовження бойових дії на Сході України в Донецькій та Луганській областях, анексія Автономної Республіки Крим, концентрація військ Російської Федерації на кордонах України обумовлюють необхідність належного правового забезпечення національної безпеки держави. Прийняття змін в Конституцію України щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та Організації Північноатлантичного договору [1] сприяло впровадженню нових базових нормативних документів до яких слід віднести Закон України «Про національну безпеку України» [2], Указ Президента України від «Про Стратегію національної безпеки України» [3]. Розробка інших нормативних документів в сфері національної безпеки і оборони наразі триває.

Органи військового управління займають особливе місце в системі органів державної влади, в своїй сукупності, разом з підпорядкованими силами і засобами (військовими частинами і підрозділами) вони складають Сили оборони. Сили оборони – Збройні Сили України, а також інші утворені відповідно до законів України військові формування, правоохоронні та розвідувальні органи, органи спеціального призначення з правоохоронними функціями, на які Конституцією та законами України покладено функції із забезпечення оборони держав [2, ч.18 п.1 ст.1]. Основним принципом, що визначає порядок формування державної політики у сферах національної безпеки і оборони, є верховенство права, підзвітність, законність, прозорість та дотримання засад демократичного цивільного контролю за функціонуванням сектору безпеки і оборони та застосуванням сили [2, п.2 ст.3].

Актуальним постає питання розробки базових нормативних документів, які формують правову культуру керівного складу

Сил оборони держави. Для Сил оборони такими базовими нормативними документами є Статут внутрішньої служби Збройних Сил України [4] (далі – Статут внутрішньої служби) та Дисциплінарний статут Збройних Сил України [5] (далі – Дисциплінарний статут). Статутом внутрішньої служби [4,ст.28] визначено одним із принципів будівництва і керівництва Збройними Силами України– принцип єдиноначальності, який полягає в: наділенні командира (начальника) всією повнотою розпорядчої влади стосовно підлеглих і покладенні на нього персональної відповідальності перед державою за всі сторони життя та діяльності військової частини, підрозділу і кожного військовослужбовця; наданні командирові (начальникові) права одноособово приймати рішення, віддавати накази; забезпеченні виконання зазначених рішень (наказів), виходячи із всебічної оцінки обстановки та керуючись вимогами законів і статутів Збройних Сил України.

Оскільки *дискреційна влада* (від франц. *discretionnaire* – залежний від власного розсуду) – спосіб реалізації публічної влади, за яким відповідний суб'єкт влади (орган чи посадова особа) застосовує надані йому в межах закону повноваження на власний розсуд, без необхідності узгодження у будь – якій формі своїх дій з іншими суб'єктами [6, стр.195]. З вищезазначеного можливо зробити висновок що законами України командирам усіх рівнів надано певний обсяг дискреційних повноважень.

В той же час при виконанні бойових завдань керівні документи нижчого рівня (Бойові статути) зобов'язують керівників затверджувати свої рішення у старшого начальника.

Можливо констатувати, що законодавчо залишається не врегульованим питання встановлення ступеню свободи керівників органів військового управління, командирів військових частин і підрозділів у ході здійснення своїх владних повноважень.

Слід зазначити, що діючі Статути [4,5], які були прийняті у 1999 році, відображають пострадянську модель керівництва військовими формуваннями, військовими частинами і підрозділами і сформульовані за принципом «ні кроку без дозволу командира». Сучасні збройні протистояння характеризуються великою мобільністю, різкою зміною обстановки, раптовою появою нових загроз і головний акцент в досягненні успіху робиться на макси-

мальній ініціативі командирів всіх рівнів. Часом при веденні бойових дій у командира військової частини чи підрозділу просто відсутній час на доповідь старшому начальнику і отримання його дозволу на певні дії. Керівні документи передових армій світу, в першу чергу країн-членів Організації Північноатлантичного договору (НАТО), Ізраїлю, будуються за принципом «максимум ініціативи командирів усіх рівнів». В реаліях існуючих загроз гібридної війни існує нагальна потреба вдосконалення Статутів та приведення їх до вимог сьогодення, здійснення нормативного закріплення «золотої середини» між контролем за діями командирів та надання їм можливості проявляти ініціативу.

Значення вирішення даного питання для керівників органів військового управління наглядно ілюструється прикладом генерал-майора Назарова В.М., який за прийняте рішення, в межах наданих йому повноважень при проведенні АТО, які привели до збиття військового транспортного літака і загибелі військовослужбовців, засуджений до 7 років позбавлення волі. Даний випадок вкрай негативно вплинув на бажання командирів проявляти ініціативу і своєчасно реагувати на загострення обстановки та викликав активні протести військових експертів та дипломатів наших західних партнерів. «Ані Сполучені Штати, ані інші західні країни, які надають Україні військову підтримку, ніколи б не дозволили поводитися зі своїми командирами так, як поводитися з генералом Назаровим», – стверджують експерт міністра оборони США, президента The Potomac Foundation доктор Філіпп Карбер і генерал-лейтенанта у відставці, екскомандувач американської армії в Європі Бен Годжес.

На наш погляд питання визначення меж дискреційних повноважень керівників органів військового управління, командирів військових частин і підрозділів слід закріпити в базових, основоположних нормативних документах. Таким первинним документом має бути Статут внутрішньої служби. Безумовно розробці його базових положень має передувати широке дискусійне обговорення основних напрямків вдосконалення в тому числі і меж дискреційних повноважень. Прикладом такого дискусійного обговорення є публікація: Науково-практичні підходи до проєкту Закону України „Про Статут внутрішньої служби (Про Військовий статут)

Збройних Сил України, [7]. Безумовно проведення дисертаційних досліджень на дану тематику можуть тільки вітатись.

Висновки:

1. Законами України керівникам органів військового управління, командирам військових підрозділів і частин надано певний обсяг дискреційних повноважень, але часто при виконанні бойових завдань ці повноваження значно обмежуються старшими командирами.

2. Виникла нагальна потреба розроблення нових військових Статутів, які б чітко визначили межі дискреційних повноважень керівників органів військового управління, командирів військових частин і підрозділів відповідно до вимог сьогодення.

3. Доцільне наукове розроблення проблематики дискреційних повноважень керівників органів військового управління, командирів військових частин і підрозділів в тому числі шляхом проведення дисертаційних досліджень.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору): Закон України від 7 лютого 2019 р. №2680-VII Відомості Верховної Ради (ВВР), 2019, № 9, ст.50

2. Про національну безпеку України: Закон України від 21 червня 2018 р. №2469-VIII Відомості Верховної Ради України, 2018, № 31, Ст. 241.

3. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 14 вересня 2020 року „Про Стратегію національної безпеки України„, Указ Президента України № 392/2020 від 14 вересня 2020 р. Урядовий кур'єр. 2020. № 179.

4. Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України: Закон України від 24 березня 1999 р №548-XIV; ВВР,1999 №22-23, ст.194

5. Про Дисциплінарний статут Збройних Сил України. Закон України № 551-XIV від 24 березня 1999 року. Відомості Верховної Ради України. 1999. № 22-23. Ст. 197.

6. Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: «Укр. Енцикл.», 1998., т.2

7. М.В. Забродський, О.В. Кривенко, Л.В. Кримець Науково-практичні підходи до проекту Закону України „Про Статут внутрішньої служби (Про Військовий статут) Збройних Сил України, // К.: Наука і оборона №4 -2019 с.3-6

*Охотнікова Олена,
к.ю.н., доцент, ДВНЗ «Київський національний економічний
університет імені Вадима Гетьмана»,
Корпачова Світлана,
здобувач вищої освіти, ДВНЗ «Київський національний економічний
університет імені Вадима Гетьмана»,*

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ТА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ У СФЕРІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ ГРОМАДЯН: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА

Право власності громадян на землю, безумовно, є одним із найважливіших. Основний закон держави, гарантує це право [1], а Земельний кодекс (далі – ЗК України) зі свого боку закріплює норми про реалізацію та захист даного права [2]. Натомість, проаналізувавши судову практику, можна констатувати той факт, що питання забезпечення права власності громадян на землю та захисту прав у сфері земельних правовідносин є доволі актуальним, важливим питанням для України та таким що потребує подальшого вивчення та удосконалення.

Теоретичним підґрунтям для дослідження даного питання є праці провідних науковців, а саме: М. Баймуратова, О. Боярськ, В. М. Венгер, Я. Грель, З. Іванцової, О. Ільницького, Л. Козловської, В. Корольової, М. О. Стефанчук, Т. М. Фуфалько.

Варто зазначити, що доволі поширеним явищем в українському суспільстві є бездіяльність та протиправні дії суб'єктів владних повноважень щодо реалізації даного конституційного права громадян. Головним аргументом під час судового захисту державних органів на заперечення позову про оскарження їхніх дій (бездіяльності) є те, що вони були прийняті в межах дискреційних повноважень.

Щодо цього В. В. Корольова [3] зазначає, що органи місцевого самоврядування, керуючись положеннями ст. 71 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», вважають, що можуть діяти на власний розсуд, та бачать «дискрецію» там, де її немає [4].

Для прикладу візьмімо постанову Верховного Суду № 819/570/18 від 11 вересня 2019 року. У даній справі Острівська сільська рада відмовила видати дозвіл на розробку проєкту щодо відведення земельної ділянки у власність, діючи, за її словами, в межах дискреційних повноважень. Однак, ч. 6 ст. 118 ЗК України чітко регламентує сферу повноважень цих органів щодо надання дозволу на розробку проєкту землеустрою чи надання мотивовано відмови у його наданні. Це, без сумніву, зумовлює наступний висновок Верховного Суду: зазначені повноваження сільської ради не є дискреційними, адже відповідно до закону вони передбачають лише один вид правомірної поведінки – надати дозвіл або не надати (відмовити). До такого висновку прийшов Верховний Суд і у справі № 816/318/18 від 11 вересня 2018 року проти Держгеокадастру.

Окрім того, доцільно розглянути Рішення Європейського суду з прав людини У справі «Релігійна громада Свідків Єгови Тернівського району міста Кривого Рогу проти України» від 3 вересня 2019 року. Ця справа є яскравим свідченням використання поняття дискреційних повноважень для беззаконня та свавілля з боку державних органів, що зумовило порушення не лише конституційного права громадян власності на землю, а й ряд конвенційних прав, зокрема, права особи на свободу думки, совісті та релігії, захист власності та право на справедливий суд [5].

Отже, відповідно до Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 дискреційними повноваженнями вважаються повноваження, які адміністративний орган, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду. Тобто, коли такий орган може обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за цих обставин.

Не можемо не погодитись з О. Ільницьким, який у своїх працях вказав, що дискреційні повноваження можуть закріплюватися в нормативно-правових актах за допомогою оцінюючих понять, а саме: «за наявності поважних причин орган вправі надати...», використання слова «може» та дихотомії «задоволити-відмовити», що, на нашу думку призводить до зловживання органами державної влади та місцевого самоврядування своїми правами та призводить до корупційних вчинків [6].

Для того, щоб цьому запобігти у провідних європейських країнах судам надаються додаткові повноваження. Так, у Німеччині судова гілка влади перевіряє обставини, які виникають при виконанні публічною адміністрацією владних управлінських функцій, а саме перевищення меж вільного розсуду, його помилкове застосування чи незастосування та порушення основних прав і загальних конституційних принципів при прийнятті акту, зокрема у межах розсуду.

Отже, проаналізувавши практику Верховного Суду, можемо стверджувати про заборону використання дискреційних повноважень органами державної влади та місцевого самоврядування у сфері забезпечення права власності громадян на землю. Адже положення ст. ст. 118, 121, 122 ЗК України чітко регламентують повноваження зазначених вище органів та не дають їм можливості обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке вони вважають найкращим за цих обставин.

Тому з метою забезпечення права власності на землю громадян, та з метою уникнення корупційних ризиків, беззаконня та свавілля з боку державних органів та місцевого самоврядування ми пропонуємо наступне:

- по-перше, необхідно надати та закріпити у правовому полі чітке визначення поняття дискреційних повноважень, зокрема у Законі України «Про центральні органи виконавчої влади»;
- по-друге, ми вважаємо, що слід викреслити можливість діяти Державного земельного кадастру у межах дискреційних повноважень щодо забезпечення права власності громадян на землю. А також позбавити цей орган повноважень щодо здійснення державного контролю за охороною та використанням земель. Адже, як показала практика та дослідження Національного агентства з питань запобігання корупції, надмірна концентрація повноважень та наявність низки дискреційних повноважень у цього органу є фактором, який призводить до поширення корупційних практик. У зв'язку з чим пропонуємо доповнити ч. 4 ст. 122 ЗК України та викласти її у такій редакції: *«Центральний орган виконавчої влади з питань земельних ресурсів у галузі земельних відносин та його територіальні органи передають земельні діля-*

нки сільськогосподарського призначення державної власності, крім випадків, визначених частиною восьмою цієї статті, у власність або у користування для всіх потреб, виключаючи дискреційність своїх повноважень у цій сфері. Контроль за цією діяльністю покладається на Міністерство аграрної політики та продовольства України»;

- по-третє, потрібно внести доповнення до ч. 1 ст. 71 Закону України «Про органи місцевого самоврядування» та викласти її у такій редакції: «Територіальні громади, органи та посадові особи місцевого самоврядування у сфері права власності на землю не мають дискреційних повноважень»;
- по-четверте, ми переконані, що потрібно запроваджувати позитивний міжнародний досвід щодо можливості здійснення контролю судовими органами у зазначеній сфері за діяльністю органів державної влади та місцевого самоврядування.

Висновки

Отже, варто розуміти, що реалізація права власності на землю неможлива без ефективної, прозорої та ґрунтованій на принципі верховенства права діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування. Окрім того вагомим є те, що законом має бути виключена будь-яка дискреційність повноважень цих органів у зазначеній сфері.

Список використаних джерел

1. Конституція України: Закон України від 28. 06. 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Земельний кодекс України: Кодекс України від 25. 10. 2001 р. № 2768-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3. Ст. 27.
3. Корольова В. В., Григоренко А. О. Удосконалення регулювання дискреційних повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування при здійсненні владних функцій у сфері земельних відносин. *Правничий вісник Університету «КРОК»*. 2018. № 33. С. 116-122.
4. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон від 21. 05. 1997 р. № 280/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 24. Ст. 170.
5. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Конвенція від 04. 11. 1950 р. *Голос України*. 2010. № 215.
6. Ільницький О. Обрання способу судового захисту у справах із використанням дискреційних повноважень суб'єктами публічної адміністрації. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 4. С. 108-113.

Світлана Федчук,
к.ю.н., с.н.с., завідувач відділу,
Університет державної фіскальної служби України

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ КОНТРОЛЮЮЧИХ ОРГАНІВ ПРИ ДОВЕДЕННІ ВИНИ ПЛАТНИКА ПОДАТКІВ

Дослідження питань дискреції у діяльності органів публічної влади в цілому й контролюючих органів зокрема зберігає свою актуальність і більше того, як слушно відзначають автори видання «Делікатний баланс: податки, дискреція та верховенство права»: «надання дискреційних повноважень податковим адміністраціям викликає найбільш сильні почуття у сфері податкового законодавства» [1].

І хоча означена проблематика розглянута багатьма вітчизняними й зарубіжними науковцями й практиками, серед яких: А. Барак, А. Грінь, О. Дьомін, А. Дорадо, І. Желтобрюх, М. Золотарьова, Д. Кобильник, Д. Коган, М. Кучерявенко, А. Марущак, А. Поляничко, Й. Пуделька, Н. Ханова та інші, багато аспектів залишаються спірними й невирішеними, особливо в контексті нещодавніх змін законодавства.

Одним із таких нововведень, яке діє з 1 січня 2021 року з набранням чинності відповідних змін до Податкового кодексу України (ПКУ), є запровадження концепції притягнення платника податків до фінансової відповідальності за вчинення податкових правопорушень за умови наявності в його діянні вини (концепція вини). Зокрема, в п. 112.2 ст. 112 ПКУ йдеться про те, що особа вважається винною у вчиненні правопорушення, якщо буде встановлено, що вона мала можливість для дотримання правил та норм, за порушення яких ПКУ передбачена відповідальність, проте не вжила достатніх заходів щодо їх дотримання. *Вжиті платником податків заходи щодо дотримання правил та норм податкового законодавства вважаються достатніми, якщо контролюючий орган не доведе, що, вчиняючи певні дії або допускаючи бездіяльність, за які передбачена відповідальність, платник податків діяв нерозумно, недобросовісно та без належної обачності.*

Таким чином, сукупність понять розумності, добросовісності і належної обачності є підставою для висновку про те, чи достатніх заходів вжив платник податків для запобігання вчиненню правопорушення. Отже, на законодавчому рівні запроваджено оцінні поняття, які є основними критеріями при доведенні контролюючим органом вини платника податків, як обов'язкової умови притягнення його до фінансової відповідальності й водночас тлумачення яких не наводиться в ПКУ.

Вважаємо, що повноваження щодо доведення вини платника податків, закріплені в п. 112.2 ст. 112 ПКУ є дискреційними на підставі того, що надають контролюючому органу (його посадовим особам) можливість на власний розсуд оцінювати юридичний факт (фактичний склад), внаслідок чого можуть виникати, змінюватися або припинятися правовідносини [2, с. 390]. Застосування таких невизначених понять, як «розумність», «добросовісність» і «належна обачність» використано законодавцем цілеспрямовано і надає контролюючим органам повноваження оцінювати діяння платника податків на їхній розсуд, виходячи з конкретних обставин, що мало на меті забезпечити певну гнучкість податкового законодавства.

Це відповідає світовій практиці, адже усі держави так чи інакше здійснюють активну протидію агресивному податковому плануванню, зокрема, з використанням загальних правил *GAAR* (*General Anti-Avoidance Rules*), тобто загальних підходів у протидії ухиленню від сплати податків, які почали застосовувати на практиці різні держави ще на початку ХХ ст. У Новій Зеландії правила *GAAR* отримали законодавче закріплення ще у 1878 році, Нідерланди запровадили їх у 1936 р., Австралія – у 1925 р., Франція – у 1941 р., Німеччина – у 1977 р., Канада у 1988 р., Польща – у 2004 р., Китай – у 2008 р., США – у 2010 р., Індія – у 2012 р., Великобританія – у 2013 р. [3].

За визначенням О. В. Дьоміна, *General Anti-Avoidance Rules* є особливим різновидом відносно-визначених юридичних засобів у сфері податків та зборів. У загальному розумінні *GAAR* є супероцінними нормами-принципами, які забороняють платнику податків зловживання суб'єктивним податковим правом, забороняють йому недобросовісну поведінку у сфері сплати податків

і зборів, але при цьому не деталізують, що собою являє таке «зловживання». Платнику податків пропонуються загальні і розмиті критерії та орієнтири, що виробляються судовою й правозастосовною практикою. У всьому світі супротив таким нормам був дуже сильним, однак сьогодні вони широко імplementовані або як загальні принципи податкового законодавства, або як судові доктрини [4, с. 50].

Для вітчизняної судової практики й правозастосовної діяльності фіскальних органів такий підхід не є новим. Наприклад, у Постанові Верховного Суду від 04.12.2019 у справі №826/15729/17 констатується: «Слід зазначити, що підприємницька діяльність здійснюється суб'єктом господарювання на власний ризик, а відтак, у господарських правовідносинах учасники господарського обороту повинні проявляти *розумну обачливість*, адже негативні наслідки вибору недобросовісного контрагента покладаються на таких учасників. Так, *належна податкова обачність* як законна передумова отримання податкової вигоди, з якої випливає, що сумлінним платникам податку необхідно подбати про підготовку доказової бази, яка б підтверджувала прояв *належної обачності* при виборі контрагента».

У свою чергу, вимоги щодо обґрунтування платником податків вибору контрагента обумовлені рішеннями Європейського суду з прав людини, якими визначається, що платник податків не має нести відповідальність за зловживання, вчинені його контрагентами, якщо він не знав про такі зловживання і не міг про них знати. Відповідно, платник податків, крім оцінки комерційної привабливості умов договору повинен оцінювати ризики, що вказують на недобросовісність контрагента.

Щодо категорії «добросовісність», то її можна розглядати у площинах «моралі оподаткування» і «податкової моралі» (Besteuerungsmoral und Steuermoral), а також у співвідношенні з досить поширеним поняттям «tax compliance» під яким розуміють, в якій мірі характер дій платника податків відповідає (або не відповідає) вимогам податкового законодавства щодо декларування доходу, подачі декларації, виконання податкових зобов'язань повністю й своєчасно. Тим самим рівень tax compliance по суті визначає не лише податково-платіжну дисци-

пліну, але й правову і морально-мотивовану громадянську позицію платника, спосіб його поведінки в сфері оподаткування [5, с. 179-180].

Розглядаючи поняття «розумності», підтримуємо позицію юристів-практиків, які вказують на те, що розумність платника податків може передбачати: вжиття заходів із метою досконального з'ясування змісту чинних норм податкового законодавства, зокрема, шляхом звернення у відповідних випадках за податковою консультацією; вжиття заходів із метою з'ясування та документальної фіксації тих обставин господарських операцій, що підлягають відображенню в податковому обліку та впливають на обсяг податкових прав та обов'язків, зокрема щодо встановлення осіб, відповідальних за вчинення господарських операцій та підтвердження їх повноважень, щодо фактичного руху активів (навантаження/розвантаження, перевезення, зберігання тощо); вжиття заходів щодо своєчасного складання та належного зберігання первинних та звітних документів; вчинення господарських операцій на умовах, які відповідають звичаям ділового обороту та відповідають меті діяльності платника податків, зокрема щодо позитивного економічного ефекту, необхідності та обґрунтованості залучення тих чи інших ресурсів для досягнення господарської мети; вжиття інших заходів, яких у зіставних обставинах вживав би кожен платник податків, який прагне належним чином зібрати та зафіксувати всю необхідну інформацію задля виконання свого податкового обов'язку та при цьому забезпечити економічну привабливість своєї діяльності. Розумність також охоплює врахування співвідношення витрат і зусиль, що вживаються задля дотримання вимог податкового законодавства, із обсягом можливих порушень та/або економічних втрат платника податків [7].

Резюмуючи викладене відзначимо, що надання контролюючим органам дискреційних повноважень при доведенні вини платника податків, а саме – оцінювати його діяння, виходячи з критеріїв розумності, добросовісності та належної обачності, можна критикувати. Адже по-перше, законодавча невизначеність створює певні труднощі для самого контролюючого органу при прийнятті ним відповідних рішень, а по-друге, створює пе-

редумови для порушення законних інтересів платників податків й корупційних ризиків. Проте, такі заходи можна розглядати і як необхідну відповідь держави на виклики в умовах економічної глобалізації й агресивного податкового планування, коли платники податків вишукують нові можливості зменшення податкових зобов'язань, використовуючи сталість податкових норм й здійснюючи маніпулювання ними, формально не порушуючи законодавство. Тобто в сучасних умовах необхідним є дотримання балансу між спроможністю податкових органів виконувати покладені на них завдання і функції й дотриманням законних прав та інтересів платників податків.

Список використаних джерел:

1. The Delicate Balance: Tax, Discretion and the Rule of Law / C. Evans, J. Freedman, R. Kreyer (eds.). Amsterdam : IBFD, 2011. 368 p.
2. Модернізація податкової та митної політики в інституціональному забезпеченні розвитку економіки України : монографія / К. О. Ващенко, П. В. Пашко, С. В. Онишко та ін.; за наук. ред. П. В. Пашка, С. В. Онишко. Ірпінь : Університет ДФС України, 2020. 518 с. URL:<http://ir.nusta.edu.ua/handle/123456789/5539> (дата звернення: 20.04.2021).
3. Tretola J. Comparing the New Zealand and Australian GAAR. *Revenue Law Journal U. of Adelaide Law Research Paper*. 2017. Vol. 25. № 44. DOI:10.2139/ssrn.3106522
4. Демин А. В. Дискреция в налоговом праве. *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. 2017. №. 35. С. 42–55. DOI: 10.17072/1995-4190-2017-35-42-55
5. Морально-етичні імперативи податків та оподаткування (західна традиція) : монографія / В. Л. Андрущенко, Т. В. Тучак. Київ : Алерта, 2013. 384 с.
6. Поляничко А. Вина в податковому праві: кінець відповідальності «за того хлопця» чи реінкарнація ділової мети? *Юридична практика* : веб-сайт. URL: [//pravo.ua/vina-v-podatkovomu-pravi-kines-vidpovidalnosti-za-togo-hlopcja-chi-reinkarnacija-dilovoi-meti/](http://pravo.ua/vina-v-podatkovomu-pravi-kines-vidpovidalnosti-za-togo-hlopcja-chi-reinkarnacija-dilovoi-meti/) (дата звернення: 20.04.2021).

*Вадим Уложенко,
старший викладач
кафедри фінансового права
Київського національного економічного університету
імені Вадима Гетьмана*

ДИСКРЕЦІЯ У ПОВНОВАЖЕННЯХ НАЦІОНАЛЬНОГО АГЕНТСТВА ІЗ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯКОСТІ ВИЩОЇ ОСВІТИ

Питання наділення суб'єктів публічної адміністрації дискреційними повноваженнями є актуальними в Україні через недостатній ступінь їх дослідження в юридичній науці та відсутність належного законодавчого регулювання, з одного боку, що підвищує рівень ризику виникнення корупційних відносин, а з іншого – через усвідомлення їх важливості для ефективного функціонування суб'єктів публічної адміністрації, зважаючи на необхідність обрання оптимального варіанту застосування засобу публічного адміністрування для регулювання конкретно визначених суспільних відносин. Дискреція або адміністративний розсуд є різновидом повноважень суб'єктів публічної адміністрації, до яких у сфері вищої освіти належить Національне агентство із забезпечення якості вищої освіти (далі – НАЗЯВО), що наділяє відповідного суб'єкта правом діяти на власний розсуд – приймати рішення, обираючи один з допустимих законодавством варіантів.

Відповідно до ч. 2 ст. 6 та ч. 2 ст. 19 Конституції України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР [1] реалізація дискреційних повноважень суб'єктом публічної адміністрації можлива лише в межах, визначених правовими нормами. За відсутності дефініції «дискреційні повноваження» в законодавчому акті, скористаємося визначенням даного поняття, наведеним в Методології проведення антикорупційної експертизи, затвердженій наказом Міністерства юстиції України від 24.04.2017 р. № 1395/5 [2]. Згідно з цим документом дискреційні повноваження – це «сукупність прав та обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що надають можливість

на власний розсуд визначати повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке приймається, або можливість вибору на власний розсуд одного з декількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом, проектом нормативно-правового акта» (п. 1.6). Однак наразі цю дефініцію варто брати до уваги з урахуванням визначення, що міститься в проекті закону про адміністративну процедуру (реєстр. № 3475 від 14.05.2020 р.), який станом на поточний момент підготовлений до другого читання [3].

Так, в п. 7 ст. 2 проекту закону про адміністративну процедуру під дискреційним повноваженням розуміється «повноваження, надане адміністративному органу законом, обирати один із можливих варіантів рішення відповідно до закону та мети, з якою таке повноваження надано». Здійснення такого повноваження згідно з ч. 3 ст. 6 цього ж проекту є законним, якщо воно передбачене законом, здійснюється в межах та у спосіб, які передбачені Конституцією України та законом або реалізується відповідно до принципів адміністративної процедури, визначених даним проектом, чи адміністративний орган обирає рішення, не відступаючи від попередньо прийнятих ним рішень в аналогічних або подібних справах, за винятком обґрунтованих випадків.

На підставі аналізу дефініцій поняття «дискреційне повноваження», наведених в Методології проведення антикорупційної експертизи, затвердженій наказом Міністерства юстиції України від 24.04.2017 р. № 1395/5, та в проекті закону про адміністративну процедуру доходимо висновку, що визначення, запропоноване у проекті, детальніше визначає сутність дискреційних повноважень з урахуванням принципу законності. Зазначене дозволить нам виявити дискреційні повноваження в компетенції НАЗЯВО.

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 р. № 1556-VII [4] НАЗЯВО – постійно діючий колегіальний орган, який в нинішньому складі утворений наприкінці 2018 р. – початку 2019 р. (розпорядження Кабінету Міністрів України від 27.12.2018 р. № 1063-р [5], від 13.02.2019 р. № 71-р [6]) і діє згідно з цим Законом, Законом України «Про освіту» від 05.09.2017 р. № 2145-VIII [7] та Статутом, що затверджуєть-

ся Кабінетом Міністрів України [8]. НАЗЯВО є центральною спеціалізованою інституцією в системі забезпечення якості вищої освіти, що виходить зі ст. 16 Закону України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 р. № 1556-VII.

НАЗЯВО має відігравати особливу роль в системі забезпечення якості вищої освіти та в системі публічного адміністрування закладами вищої освіти (далі – ЗВО) (ст. ст. 12, 16-18, 20, 21, 23, 25, 251 Закону України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 р. № 1556-VII, ст. ст. 41, 46, 62 Закону України «Про освіту» від 05.09.2017 р. № 2145-VIII), а основним його засобом є акредитація – освітніх програм, ЗВО (інституційна акредитація), незалежних установ оцінювання та забезпечення якості вищої освіти (ст. 18 Закону України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 р. № 1556-VII).

Серед наведених акредитаційних процедур найбільший інтерес становить акредитація освітньої програми – «оцінювання освітньої програми та/або освітньої діяльності ЗВО за цією програмою на предмет забезпечення та вдосконалення якості вищої освіти», яке підтверджує відповідність освітньої програми даного ЗВО за певною спеціальністю та рівнем вищої освіти стандарту вищої освіти і надає йому право на видачу диплома державного зразка за цією спеціальністю (п. 4 ч. 1 ст. 1, ч. 7 ст. 25 Закону України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 р. № 1556-VII). Отже, акредитація освітньої програми є широко використовуваним засобом публічного адміністрування ЗВО, оскільки стосується усіх ЗВО, які мають намір видавати своїм випускникам дипломи державного зразка.

Акредитація освітніх програм ЗВО здійснюється НАЗЯВО згідно із Положенням про акредитацію освітніх програм, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти, затвердженим наказом Міністерства освіти і науки України від 11.07.2019 р. № 977 [9]. На основі аналізу тексту даного Положення можна дійти висновку про наявність в компетенції НАЗЯВО дискреційних повноважень. Для їх виявлення узагальнено сформулюємо етапи процедури акредитації освітніх програм ЗВО таким чином: 1) подання ЗВО до НАЗЯВО матеріалів в електронній формі за встановленим переліком; 2) призначення складу експертної гру-

пи для проведення акредитаційної експертизи наказом НАЗЯВО; 3) акредитаційна експертиза, яка складається з вивчення експертною групою відомостей, наданих ЗВО, виїзд експертної групи до ЗВО, складання звіту про результати акредитаційної експертизи та ознайомлення з ним керівника ЗВО з можливістю висловлення мотивованих зауважень; 4) підготовка проєкту експертного висновку членом відповідної галузевої експертної ради (далі – ГЕР); 5) розгляд ГЕР акредитаційної справи та проєкту експертного висновку з ухваленням одного з таких рішень: про схвалення експертного висновку та направлення акредитаційної справи на розгляд НАЗЯВО або про подання йому обґрунтованої пропозиції щодо призначення повторної акредитаційної процедури; 6) прийняття рішення про акредитацію освітньої програми НАЗЯВО.

На підставі аналізу Розділу III Положення про акредитацію освітніх програм, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти, затвердженого наказом Міністерства освіти і науки України від 11.07.2019 р. № 977, яким регламентується завершальний етап процедури акредитації освітніх програм ЗВО – прийняття рішення про акредитацію освітньої програми НАЗЯВО, з'ясовано, що НАЗЯВО наділене дискреційними повноваженнями щодо прийняття такого рішення та його змісту. Так, у разі незгоди з пропозицією, висловленою в експертному висновку ГЕР, НАЗЯВО має право ухвалити рішення про призначення повторної акредитаційної експертизи (п. п. 5.1 п. 5 Розділу III), а у разі незгоди з пропозицією ГЕР про призначення повторної акредитаційної експертизи має право ухвалити згідно з п. п. 3-4 одне з рішень – про акредитацію освітньої програми або про відмову в її акредитації. З нашого погляду, використовуване в п. 1, п. п. 5.1 п. 5 Розділу III словосполучення «у разі незгоди ...» потребує конкретизації через визначення меж такої незгоди.

Отже, на прикладі повноважень щодо акредитації освітніх програм ЗВО встановлено, що дискреційні повноваження є елементом компетенції НАЗЯВО, що є поширеною практикою серед колегіальних органів і спрямоване на підвищення ефективності їх діяльності. Водночас маємо зауважити, що законна реалізація таких повноважень можлива за наявності належного за-

конодавчого регулювання, судового контролю та адекватної відповідальності за протиправні діяння.

Список використаних джерел:

1. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#top>
2. Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи: наказ Міністерства юстиції України від 24.04.2017 р. № 1395/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1395323-17#Text>
3. Про адміністративну процедуру: проект закону реєстр. № 3475 від 14.05.2020 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68834
4. Про вищу освіту: Закон України від 01.07.2014 р. № 1556-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18#top>
5. Про затвердження складу Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 27.12.2018 р. № 1063-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1063-2018-%D1%80#Text>
6. Про призначення Квіта С. М. головою Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 13.02.2019 р. № 71-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/71-2019-%D1%80#Text>
7. Про освіту: Закон України від 05.09.2017 р. № 2145-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19>
8. Про внесення змін до Статуту Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти: Постанова Кабінету Міністрів України від 27.07.2016 р. № 531. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/531-2016-%D0%BF#Text>
9. Про затвердження Положення про акредитацію освітніх програм, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти: наказ Міністерства освіти і науки України від 11.07.2019 р. № 977. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0880-19#Text>

Ігор Масякін,
Аспірант
кафедри адміністративного права та процесу,
Інститут права, Київський національний університет
імені Тараса Шевченка,
Проектний менеджер Офісу підтримки реформ при
Міністерстві фінансів України

ДИСКРЕЦІЯ ОРГАНІВ ДПС УКРАЇНИ ПРИ ОЦІНЦІ ПРАВОМІРНОСТІ ВИКОРИСТАННЯ ПЛАТНИКАМИ ПОДАТКІВ ПЕРЕВАГ ЗА УГОДАМИ ПРО УНИКНЕННЯ ПОДВІЙНОГО ОПОДАТКУВАННЯ

Зловживання податковими перевагами, передбаченими угодами про уникнення подвійного оподаткування, використання для цих цілей низькоподаткових юрисдикцій, до яких виводиться капітал без оподаткування, стало звичайною комерційною практикою в Україні протягом останніх 30 років. Експерти наголошують, що сума коштів, які виводяться з України до низькоподаткових юрисдикцій, може сягати до 200 мільярдів гривень.

Яким чином платники податків зловживають перевагами відповідно до угод про уникнення подвійного оподаткування? Для отримання таких податкових переваг створюються компанії у юрисдикціях, з якими в Україні укладені угоди про уникнення подвійного оподаткування, що обмежують оподаткування доходів джерелом походження з України низькою або нульовою ставкою податку у джерела виплати. Наприклад, найбільш популярною для українського бізнесу юрисдикцією для створення таких компаній є Кіпр. Зазвичай, такі компанії існують лише *de jure* у якості запису у реєстрі компаній та, як правило, не мають працівників та не володіють жодними активами, не здійснюють жодної активної господарської діяльності та лише отримують пасивні платежі (дивіденди, роялті, проценти) від компаній, які є резидентами держав з більш високим рівнем податкового навантаження. Вони слугують лише одній мені – сприянню виведенні доходів українських компаній із застосуванням якомога меншої ставки оподаткування. Далі такі доходи виплачуються без жодної сплати податків до офшорних компаній у таких екзотичних юрисдикціях, як Британські Ві-

ргінські Острови, Беліз, Джерсі тощо.

Проблема забезпечення належної оцінки податковими органами операцій з виплати доходів джерелом походження з України на предмет правомірності отримання нерезидентами податкових переваг за угодами про уникнення подвійного оподаткування стала особливо актуальною у зв'язку з останніми змінами до податкового законодавства України.

Починаючи з 2016 року, Україна почала процес приєднання до Плану дій BEPS, який був розроблений G-20 та ОЕСР з метою протидії агресивному податковому плануванню. [1] 28 лютого 2019 року Україна ратифікувала Багатосторонню конвенцію про виконання заходів, що стосуються податкових угод, з метою протидії розмивання податкової бази та виведення прибутку з-під оподаткування (далі – Багатостороння конвенція), яка набула чинності в Україні з 01 січня 2020 року. [2] Багатосторонньою конвенцією були внесені зміни до низки угод про уникнення подвійного оподаткування між Україною та іншими Договірними Державами (перелік Договірних Держав, до угод про уникнення подвійного оподаткування з якими було внесено зміни міститься у пункті 2 Протоколу про приєднання України до Багатосторонньої конвенції).

Зокрема, пунктом 1 статті 7 Багатосторонньої конвенції передбачено, що незважаючи на будь-які положення, на яку поширюється дія цієї Конвенції, пільга, передбачена Угодою про оподаткування, на яку поширюється дія цієї Конвенції, не надається стосовно виду доходу або капіталу, якщо існують підстави зробити висновок, з урахуванням усіх відповідних фактів та обставин, що одержання цієї пільги було однією з основних цілей будь-яких домовленостей або операцій, які прямо або опосередковано призвели до цієї пільги, якщо не було визначено, що надання цієї пільги за цих обставин буде відповідати цілі і задачі відповідних положень Угоди про оподаткування, на яку поширюється дія цієї Конвенції.

За декілька місяців до ратифікації Багатосторонньої конвенції, 24 жовтня 2018 року Міністерство фінансів України спільно з НБУ опублікували напрацьований робочою групою законопроект «Про внесення змін до Податкового кодексу України з ме-

тою імплементації Плану протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування» який запроваджував правило основної мети до Податкового кодексу України. [3] Пізніше положення цього законопроекту увійшли до Проекту Закону «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві» № 1210 від 30.08.2019, який був прийнятий Верховною Радою України 16 січня 2020 року і більш відомий широкому загалу як «Законопроект 1210», або «Закон 466- IX» за авторством народного депутата Д.О. Гетманцева. [4]

Оскільки формулювання правила основної мети є доволі широким та передбачає суб'єктивність у його застосуванні, що може призвести до численних зловживань податковими органами під час перевірок платників податків, то при застосуванні даного правила доцільно використовувати рекомендації, передбачені у Модельній конвенції Організації економічного співробітництва та розвитку (МК ОЕСР), яка є основою для розробки переважної більшості міжнародних договорів про уникнення подвійного оподаткування.

Відтак, пунктом 178 Коментарів до статті 29 МК ОЕСР передбачений так званий критерій розумності, який передбачає, що тільки у разі, якщо на підставі всіх фактів та обставин факт здійснення операції можна розумно обґрунтувати виключно отриманням податкових пільг, передбачених конвенцією про уникнення подвійного оподаткування, можна зробити висновок, що однією з основних цілей такої операції було отримання переваг за угодою про уникнення подвійного оподаткування.[5]

З огляду на вищезазначене, при тлумаченні правила основної мети рекомендується встановити наступне:

1.Наявність податкової переваги за угодою про уникнення подвійного оподаткування;

2.Отримання платником податкової переваги є головною метою або однією з головних цілей операції (*суб'єктивний елемент*);

3.Надання податкових переваг платнику у таких обставинах відповідає цілям відповідних положень угод про уникнення по-

двійного оподаткування (*об'єктивний елемент*).

Новим законом також було суттєво деталізоване положення щодо визначення статусу бенефіціарного (фактичного) отримувача (власника) доходу, зокрема, було встановлено, що це правило застосовується виключно до дивідендів, процентів, роялті, тобто щодо тих статей угод про уникнення подвійного оподаткування, які передбачають відповідну умову щодо застосування цього правила. Раніше податкові органи часто застосовували це правило й щодо доходів, звільнення яких від оподаткування в угодах про уникнення подвійного оподаткування не передбачали критерій отримання таких доходів фактичним власником. Наприклад, досить часто податкові органи застосовували тест бенефіціарного власника щодо платежів за фрахт, проте, суди не погоджувалися з такою позицією контролюючих органів. Зокрема, Верховний суд, у своїй Постанові у справі № 160/1061/19 від 12 лютого 2020 року зауважив, що застосування концепції бенефіціарного власника до будь-яких інших доходів, аніж до процентів, дивідендів і роялті, зокрема, до фрахту, не відповідає положенням податкового законодавства. Зазначені вище зміни до Податкового кодексу України нарешті поставили крапку в багаторічних спорах, що виникали у зв'язку зі зловживанням податковими органами своїми дискреційними повноваженнями при перевірці виплат доходів джерелом походження з України на користь нерезидентів.

Новий закон переніс до статті 103 Податкового кодексу два основні критерії з судової практики щодо визначення статусу бенефіціарного (фактичного) власника доходу:

1. наявність права на отримання такого доходу;
2. наявність права фактично розпоряджатися таким доходом, тобто вирішувати його подальшу економічну та юридичну долю.

Більш того, законодавець навіть закріпив у Податковому кодексі невичерпний перелік ознак, які допомагають визначити, чи має право отримувач доходу фактично розпоряджатися доходом та чи не виконує він тільки посередницькі функції щодо такого доходу. Закріплення такого переліку дозволить досягнути правової визначеності та зменшить кількість випадків зловживання контролюючими органами своєю дискрецією при застосуванні тесту бенефіціарного власника.

Таким чином, нещодавні зміни до податкового законодавства надали контролюючим органам нові механізми оцінки правомірності використання платниками податків податкових переваг, що передбачені угодами про уникнення подвійного оподаткування. Разом з тим, нові механізми передбачають застосування великої кількості оціночних понять та надають податковим органам значну дискрецію при проведенні податкових перевірок. Допомогти привнести правову визначність у практику застосування нових правил може методологічна робота ДПС України або Міністерства фінансів, наприклад, шляхом розробки методичних рекомендацій щодо визначення статусу бенефіціарного (фактичного) власника (одержувача) доходу та відповідності операцій з виплати доходів на користь нерезидентів правилу основної мети.

Список використаних джерел:

1. Україна приєднається до Плану BEPS по боротьбі з ухиленням від оподаткування. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://www.kmu.gov.ua/ua/news/249514846>. (дата звернення: 20.04.2021).
2. Про ратифікацію Багатосторонньої конвенції про виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування: Закон України від 28.02.2019 № 2692-VIII. Офіційний сайт Верховної Ради України. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2692-19>. (дата звернення: 20.04.2021).
3. Про внесення змін до Податкового кодексу України з метою імплементації Плану протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування. Проект Закону. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://bepsinua.bank.gov.ua/beps/src/files/Project_BEPSinUA_20181024.pdf (дата звернення: 20.04.2021).
4. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві. Закон України від 16.01.2020 № 466-IX. Офіційний сайт Верховної Ради України. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/466-IX#Text>. (дата звернення: 20.04.2021).
5. Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version. 2017. – Режим доступу до ресурсу: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page3 (дата звернення: 20.04.2021).

Дишлева Ольга
Здобувач кафедри
адміністративного права і процесу
та митної безпеки
Університету Державної фіскальної служби України

ІГНОРУВАННЯ ІМПЕРАТИВНИХ НОРМ ЯК ПІДСТАВА ВТРУЧАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ У РОЗСУД ОРГАНІВ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ

Станом на сьогоднішній день система судів України знаходиться на межі чергової реформи, так званого «перезавантаження». Такі дії чинної влади спрямовані на поновлення довіри громадян до носіїв мантий. Втім, виникають сумніви щодо впливу змін у структурі судоустрою на можливість вершителів правосуддя ухвалювати рішення, які будуть на рівні закону поновлювати порушені права та свободи.

Так, чинним адміністративно процесуальним законодавством, суддів адміністративної юрисдикції наділено власним, специфічним обсягом повноважень, які надають можливість вирішувати справу по суті у декілька можливих способів, зокрема, шляхом визнання протиправними дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень або шляхом скасування прийнятих рішень, нормативно-правових актів чи актів індивідуальної дії, серед яких, особливу роль відіграє можливість суду зобов'язати владні органи вчиняти певні дії. З огляду на зміст та характер, викладених у Кодексі адміністративного судочинства України норм, цілком послідовним є висновок, що такий вид повноважень, не обмежує адміністративний суд будь-якими імперативними правилами вибору процесуальної поведінки при ухваленні рішення. Тобто, фактично, КАС України, не містить прямої заборони на можливість застосування судами різних ступенів впливу при визначенні законності дотримання публічними органами порядку адміністративної процедури винесення рішення.

Враховуючи, що суд робить висновки виключно щодо фактів та конкретних обставин дотримання процедури ухвалення та її результатів, цілком логічним є подальше застосування судом на-

лежного способу відновлення прав особи (позивача), який буде у повній мірі поновлювати надалі законному можливості.

Так, наприклад, якщо нормативно-правовими актами, які регулюють діяльність суб'єкта публічної адміністрації та встановлюють порядок ухвалення ним рішення, передбачено лише імперативну норму, тобто категоричну форму, якою, за умови дотримання всіх вимог закону, не передбачено можливість вибору суб'єктом альтернативних варіантів поведінки, суд вправі вийти за межі наданих йому повноважень, втрутитися у розсуд таких суб'єктів та реалізувати за них їх повноваження, шляхом зобов'язання вчинити конкретні дії чи ухвалити конкретне рішення.

До аналогічних правових висновків дійшов і новий Верховний Суд, вказавши у своїх постановках на необмеженість адміністративного суду у виборі способів відновлення порушених прав особи і в праві вибору найбільш ефективного способу [1]. Такої ж позиції дотримується і Європейський суд по правам людини, який у свої діяльності керується Додатком до Рекомендації № Р(89)8 Комітету Міністрів Ради Європи щодо тимчасових заходів судового захисту в адміністративних справах від 13.09.1989 р., прийнятого на 428-му засіданні заступників міністрів, якими встановлено базові принципи застосування такого розсуду, серед яких, зокрема, дотримання владними суб'єктами під час здійснення наданих повноважень об'єктивності та неупередженості; врахування обставин, які мають відношення до конкретного випадку; дотримання принципу рівності перед законом, уникаючи несправедливої дискримінації; збереження балансу між будь-якими негативними наслідками, прийнятого рішення та наслідками, які впливають на права зацікавлених осіб [2].

З вище вказаних принципів вбачається заклик до суду про вжиття належних заходів захисту, у випадку, якщо виконання адміністративного рішення компетентного органу може завдати значної шкоди приватним особам.

Відтак, на нашу думку, беручи до уваги вищевказане та враховуючи норми процесуального закону, можливість втручання суду у дискреційні повноваження органів виконавчої влади є до-

пустимим видом процесуальної поведінки, за умови встановлення судом протиправності дій чи бездіяльності таких органів у процесі ухвалення рішення, до яких, серед іншого відноситься банальне ігнорування імперативних норм законів та підзаконних актів, що за таких наслідків підводить суд до єдиного ефективного способу поновлення порушених прав, такого як перебирання на себе дискреційних повноважень владних органів.

Список використаних джерел

1. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду: головуєчого судді – Гімона М.М., суддів: Мороз Л.Л., Кравчука В.М. від 16 травня 2019 р. у адміністративній справі 821/925/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81795808>. (дата звернення: 18.04.2021)

2. Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи №R(89)8 щодо тимчасових заходів судового захисту в адміністративних справах, прийняті Кабінетом Міністрів 13 вересня 1989 р. на 428-му засіданні заступників міністрів. URL: <https://rm.coe.int/16804f288f>. (дата звернення: 19.04.2021)

*Аліна Сахній,
Аспірантк
а Науково-дослідного інституту публічного права,
Олександр Кривенко,
науковий керівник, кандидат юридичних наук, доцент,*

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ТА ГЕНДЕРНА СКЛАДОВА ЩОДО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ-ЖІНОК

Бойові дії на сході країни, анексія Автономної Республіки Крим, внесення змін в Конституцію України щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та Організації Північноатлантичного договору, адаптація військових процесів до підходів НАТО привертає увагу чи не кожного громадянина України, які зумовлюють необхідність дослідження питань, що пов'язані з військовою службою, яка є особливим видом публічної служби.

З метою забезпечення розвитку майбутнього України, указом Президента України від 14 вересня 2020 року № 392/2020 «Про Стратегію національної безпеки України» (далі – Стратегія) визначено пріоритети національних інтересів України та забезпечення національної безпеки, а саме: відстоювання незалежності і державного суверенітету; відновлення територіальної цілісності у межах міжнародно визнаного державного кордону України; суспільний розвиток, насамперед розвиток людського капіталу; захист прав, свобод і законних інтересів громадян України; європейська і євроатлантична інтеграція [1]. Забезпечення реалізації вказаних інтересів відбувається, в тому числі, за допомогою сектору безпеки та оборони під час виконання покладених на нього завдань. Історично так склалось, що кадровий корпус військових формувань переважно складають чоловіки.

Разом з тим, Стратегія, визначаючи напрями зовнішньополітичної та внутрішньополітичної діяльності держави для забезпечення її національних інтересів і безпеки, містить вказівку на необхідність забезпечення рівних можливостей жінок і чоловіків для реалізації та розвитку їх здібностей та потенціалу, а також сприяти безбар'єрності у різних аспектах життя людини [1]. Підтримуючи проголошені резолюцією Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 25 вересня 2015 року № 70/1 глобальні цілі сталого розвитку до 2030 року та результати їх адаптації з урахуванням специфіки розвитку України, викладені у Національній доповіді «Цілі сталого розвитку: Україна», де однією із цілей сталого розвитку України до 2030 року є забезпечення гендерної рівності, розширення прав і можливостей усіх жінок і дівчат [2]. Зазначені вище обставини, зокрема впровадження інтегрування ідеї гендерної рівності в усі сфери суспільного життя, зміцнення авторитету сектору безпеки та оборони і зростання його ролі в державних процесах, осучасненість ролі жінки у військовій службі, зумовлюють необхідність визначення особливостей проходження військової служби жінками.

Однак не зважаючи на гендерний мейнстримінг, стереотипні уявлення щодо соціальних ролей, а також дискримінаційні дії/бездіяльність за ознакою статті мають місце під час прохо-

дження військової служби жінками. Актуальність вказаної проблематики зумовлена й тим, що позбутись таких посягань на фундаментальні права людини є вкрай важким, оскільки система законодавчих приписів та процедурні питання забезпечення прав військовослужбовця містить цілком собі законні шляхи уникнення відповідальності за надання переваги в тих чи інших питаннях на користь військовослужбовців-чоловіків чи навпаки.

Одним з обов'язкових структурних елементів правового статусу органів публічної влади є дискреційні повноваження, які дозволяють в межах нормативно закріпленої компетенції приймати певні рішення на власний розсуд. Разом з тим поняття «розсуд» є досить суб'єктивною категорією, оскільки формується під дією емоційно-психологічного, інтелектуального, соціального стану людини.

«Дискреція» є одним із передбачених законом засобів здійснення влади, оскільки закон, уповноважуючи владних суб'єктів на виконання відповідних функцій і завдань, закріплюючи ту чи іншу форму такої діяльності, *надає їм певний ступінь свободи розсуду* оцінювати ситуації, здійснювати правомірний вибір між декількома варіантами рішень (дій), у межах компетенції органу чи особи [3, с. 23].

Посадові особи військових частин у процесі проходження військової служби наділені дискреційними повноваженнями. При цьому їх об'єм значний та дозволяє застосовувати адміністративний розсуд не тільки щодо підлеглих, а й щодо осіб, які виявили бажання вступити на військову службу. Так, переважно керівний склад військових формувань є військовослужбовці старшого віку, які вже мають чітко сформоване уявлення про військову службу та правову культуру. У випадку низького рівня останньої, що, на жаль, зустрічається на практиці, та панування в колективі дискримінаційної культури з ознак статті, жінці все важче вступити на військову службу.

Командир військової частини керує добором кандидатів для зарахування на військову службу за контрактом. Первинне вивчення кандидатів здійснюється переважно командирами підрозділів, на укомплектування посад яких вони будуть призначені після прийняття на військову службу за контрактом. *За резуль-*

татами вивчення та розгляду атестаційних комісії командиром військової частини приймаються рішення про прийняття кандидата на військову службу за контрактом осіб рядового, сержантського і старшинського складу та укладення з ним контракту. [4, п. 2.23]. Заповнюючи паспорт військової посади, в розділі «Вимоги до кандидатів на посаду» заповнюються відомості щодо професійної компетентності, які не обов'язкові, але надають перевагу кандидату у випадку претендування на цю ж посаду кандидата з однаковими професійними показниками. Приймаючи рішення про прийняття особи на службу командир, у випадку керування гендерними стереотипами, може надати перевагу чоловіку, який претендуватиме на ту ж саму посаду, маскуючи такий вибір проявом дискреційних повноважень та посиляючись на володіння таким кандидатом вищого рівня професійної компетентності.

Дискреційними повноваженнями наділені командири військових частин щодо надання пропозицій для просування по службі. Не зважаючи на те, що ролі чоловіка і жінки поступово змінюються і на сьогоднішній день жінки прагнуть обіймати керівні посади, сектор безпеки та оборони не відійшов повністю від гендерного стереотипу щодо «керувати військовим формуванням не жіноча справа». За таких обставин, жінки-військовослужбовці під час проходження військової служби не забезпечені можливістю вертикального кар'єрного зростання у всьому його прояві.

Іншим прикладом дискреційних повноважень є вирішення командиром питання щодо застосування заохочення, в тому числі і державними нагородами. Командири (начальники) у межах прав, передбачених статтями 16-24 цього Статуту, можуть застосовувати заохочення у виді схвалення, оголошення подяки та нагородження грамотою, цінним подарунком, грошовою премією як до окремого військовослужбовця, так і до всього особового складу підрозділу, військової частини [5, ст. 25]. Вставне слово «може» свідчить про те, що командир самостійно обиратимете застосувати заохочування щодо військовослужбовця чи ні. Чітко не визначено за які саме досягнення дозволено застосовувати певний вид заохочення.

Накладення дисциплінарних стягнення застосовуються також

командиром військової частини, де він наділений дискреційними повноваженнями. У разі невиконання (неналежного виконання) військовослужбовцем своїх службових обов'язків порушення військовослужбовцем військової дисципліни або громадського порядку командир повинен нагадати йому про обов'язки служби, а за необхідності – накладати дисциплінарне стягнення [5, ст. 45]. З наведеного слідує, що у разі наявності адміністративної волі командування, особа, яка вчинила порушення може взагалі уникнути дисциплінарного стягнення. Так, визначаючи наявність підстав для накладення дисциплінарного стягнення щодо військовослужбовців-жінок командири відносяться більш лояльно, що ставить їх у нерівне становище з чоловіками.

Дискреційні повноваження посадових осіб військових формувань є обов'язковим структурним елементом їх правового статусу та дозволяють на власний розсуд шляхом обрання варіанту поведінки приймати певні рішення або ж навпаки утримуватись від їх прийняття. Однак ураховуючи зміст та суть військової служби, а також забезпечення рівних можливостей та прав кожній людині, слід забезпечити інтеграцію гендерної складової під час здійснення посадовими особами дискреційних повноважень, оскільки утвердження та забезпечення прав та свобод людини понад усе. Вирішення проблеми застосування дискреційних повноважень в широкому розумінні зумовлено відсутністю чітко встановлених принципів та чітких меж їх застосування, відсутністю обсягу їх реалізації, а також не врахуванням механізмів забезпечення імплементації гендерної складової під час проходження військової служби. Крім того, навіть вважаючи своє право порушеним та звернувшись до суду за захистом своїх прав, переважно особі відмовляють у задоволенні її вимог, наприклад, щодо порушення її прав на отримання грошової премії, оскільки має місце дискреція і підстави вважати протиправними дії посадових осіб відсутні. За таких обставин чинне законодавство слід удосконалювати шляхом визначення меж, гарантій, обсягів, принципів застосування дискреційних повноважень, підвищення відповідальності командирів за прийнятті ними рішення та врахувати міжнародні і національні зобов'язання з питань дотримання гендерної рівності.

Список використаних джерел:

1. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 14 вересня 2020 року «Про Стратегію національної безпеки України». Указ Президента України № 392/2020 від 14 вересня 2020 р. Урядовий кур'єр. 2020. № 179.
2. Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року. Указ Президента України № 722/2019 від 30 вересня 2019 р. Урядовий кур'єр. 2019. № 188.
3. Грінь А. А. Дискреційні повноваження органів виконавчої влади України та їх реалізація. Дисертація. 2019. Стор. 246.
4. Інструкція про організацію виконання Положення про проходження громадянами військової служби у Збройних Силах України. Наказ Міністерства оборони України № 170 від 10 квітня 2009 р. Офіційний вісник України. 2009. № 38. стор.23. Стаття 1284.
5. Про Дисциплінарний статут Збройних Сил України. Закон України № 551-XIV від 24 березня 1999 року. Відомості Верховної Ради України. 1999. № 22-23. Ст. 197.

*Максим Середа,
к.ю.н, експерт
Центр політико-правових реформ;
Анастасія Добро,
Студентка 3 курсу
Маріупольського державного університету*

ПРОБЛЕМИ ВИКОРИСТАННЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ВРП ПІД ЧАС РОЗГЛЯДУ ЗАЯВ ПРО ВТРУЧАННЯ У ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВОСУДДЯ

Інститут повідомлення про втручання у здійснення правосуддя у сучасній редакції почав діяти з прийняттям Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 [1]. Закон визначив обов'язок судді звернутися з повідомленням про втручання в його діяльність щодо здійснення правосуддя до Вищої ради правосуддя (далі – ВРП) та до Генерального прокурора упродовж 5 днів як йому стало відомо про втручання. За ігнорування цього обов'язку встановлена дисциплінарна відповідальність.

Закон України «Про Вищу раду правосуддя» від 21.12.2016 зобов'язує ВРП вести та оприлюднювати реєстр повідомлень про втручання у здійснення правосуддя, проводити перевірку таких повідомлень, оприлюднювати та ухвалювати відповідні рішення [2].

Ми провели дослідження 148 повідомлень про втручання у здійснення правосуддя з двох областей (Донецької та Луганської) з січня 2017 до березня 2021 року. На підставі аналізу ми виявили деякі проблеми у використанні ВРП своїх дискреційних повноважень.

Окремі проблемні аспекти розгляду повідомлень про втручання у незалежність суддів у Донецькій та Луганській областях

Недостатнє інформування про позиції ВРП щодо розгляду повідомлень про втручання

ВРП має послідовну практику щодо деяких типових повідомлень про втручання у здійснення правосуддя. Зокрема, на думку ВРП, не може вважатися втручанням у здійснення правосуддя реалізація прав, наданих законом. На цій підставі ВРП відмовляє у вжитті заходів реагування щодо звернень, у яких судді скаржаться на подання на них дисциплінарних скарг до завершення результатів розгляду справи суддею.

Хоча нам не вдалося виявити жодне рішення ВРП з іншою правовою позицією, кількість скарг на подання дисциплінарної скарги навіть зростає. Якщо за 2017-2018 роки до ВРП надійшло 13 таких скарг, то протягом січня 2019 – лютого 2021 року їх надійшло 16.

Це свідчить про те, що ВРП не проводить або недостатньо якісно проводить роз'яснювальну роботу щодо своїх позицій за результатами розгляду повідомлень про втручання. Як наслідок, ресурси членів ВРП та працівників апарату розпорошуються на розгляд однотипних звернень, які не складають втручання у здійснення правосуддя.

Непослідовна практика щодо розгляду повідомлень про втручання

Щодо розгляду деяких «типових» видів звернень про втручання у здійснення правосуддя ВРП приймала протилежні рішення щодо вжиття або відмови у вжитті заходів реагування.

Найяскравішим прикладом різної практики є позиція ВРП що-

до того, чи може ініціювання кримінального провадження щодо судді вважатися втручанням у його незалежність. У більшості випадків ВРП займала позицію, що звернення із заявою про злочин судді (зокрема щодо ухвалення суддею завідомо неправосудного рішення) є реалізацією права, яка має будь-яка особа. Така заява не є втручанням також тоді, коли заяву про злочин подає сторона у справі, яка перебуває на розгляді судді. Таку позицію ВРП займала у справах за повідомленнями Кривоклякіної Н.В., Третяк О.Г., Черкова В.Г., Качаленка Є.В. та інших.

Однак під час розгляду повідомлення судді Лисичанського міського суду Луганської області Калмикової Ю.А. про втручання ВРП вирішила відійти від своєї позиції. Так, за обставинами, викладеними у зверненні, сторона у справі, яку розглядала суддя, звернулася із заявою про злочин, який нібито вчинила суддя шляхом прийняття проміжного рішення у кримінальній справі, а потім ця сторона оскаржила невнесення відомостей про вчинення злочину до Єдиного державного реєстру досудових розслідувань. Не видно, у чому обставини цієї справи відрізняються від подібних, де ВРП відмовлялася визначати ініціювання кримінального провадження втручанням у здійснення правосуддя. Проте у цій справі ВРП вирішила вжити заходів реагування у формі зобов'язання інформувати про розслідування щодо можливого втручання у здійснення правосуддя.

Невикористання усіх наявних засобів реагування на ігнорування державним органом висновку ВРП про втручання у здійснення правосуддя

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 73 Закону «Про Вищу раду правосуддя» ВРП уповноважена вносити до відповідних органів чи посадових осіб подання про виявлення та притягнення до встановленої законом відповідальності осіб, які вчинили дії або допустили бездіяльність, що порушує гарантії незалежності суддів або підриває авторитет правосуддя. Стаття 74 цього Закону встановлює 10 днів для розгляду такого подання.

Відповідно до статей 188-32, 255 Кодексу України про адміністративні правопорушення за ненадання або несвоєчасне надання відповіді на подання ВРП встановлена адміністративна відповідальність, а голова ВРП та його заступники уповноважені

складати відповідні протоколи.

За даними нашого дослідження з початку 2017 року до березня 2021 року ВРП 25 разів вживала заходів реагування на порушення гарантій незалежності суддів, зокрема тричі – у формі внесення подання про виявлення та притягнення до встановленої законом відповідальності осіб, якими вчинено дії або допущено бездіяльність, що порушує гарантії незалежності суддів або підриває авторитет правосуддя.

У двох з трьох випадків відповідний орган, до якого було скеровано подання, не відреагував на нього. Це давало підстави для складання протоколів про вчинення адміністративного правопорушення та притягнення винних осіб до адміністративної відповідальності. Однак ВРП не скористалася наявними механізмами і дозволила без жодних негативних наслідків проігнорувати своє подання [4].

Зволікання з розглядом окремих звернень про втручання у здійснення правосуддя

З 2017 року по березень 2021 року ВРП розглянула 135 повідомлень суддів Донецької та Луганської областей про втручання у здійснення правосуддя. У середньому час розгляду повідомлення про втручання складає 3,5 місяці.

Цікаво, що оперативність розгляду звернень суттєво зросла з плином часу. Якщо у 2017 році повідомлення про втручання розглядалося у середньому 5,6 місяців, то у 2020 – лише 1,7 місяців. Таким чином, можна констатувати, що ВРП досягла певного прогресу в оперативності розгляду повідомлень про втручання.

Однак попри досягнутий прогрес, окремі звернення розглядаються невинувато довго. Так, зі 148 повідомлень про втручання 6 повідомлень розглядалися понад 1 рік (2 з них досі не розглянуті). Таку затримку іноді досить складно пояснити. Наприклад, суддя Рубіжанського міського суду Луганської області Синяньська Я.М. скаржить на втручання у здійснення правосуддя з боку органів правопорядку у формі подання на неї безпідставних скарг до ВРП (повідомлення від 31.03.2020). Враховуючи той факт, що ВРП має сталу практику щодо відмови у вжитті заходів реагування за подібними зверненнями, не зрозуміло, чим викликана така велика затримка у розгляді повідомлення.

Висновки

Таким чином, ВРП не повною мірою реалізовує потенціал наявних засобів реагування на втручання у здійснення правосуддя. Зокрема, до проблем практики можна віднести:

- нежиття достатніх заходів для ефективного інформування про свою позиції щодо того, що вважається втручанням у здійснення правосуддя, а що не є таким. Як наслідок, значна частина ресурсів ВРП витрачається на розгляд одностипних звернень, які не складають втручання у здійснення правосуддя відповідно до практики ВРП.
- непослідовність щодо розгляду окремих видів повідомлень про втручання. ВРП ніколи не намагалася пояснити свою практику або обґрунтувати відхід від раніше висловленої позиції.
- невикористання потенціалу наявних засобів реагування на втручання у здійснення правосуддя. Хоча закон передбачає можливість притягнення до адміністративної відповідальності за нереагування або невчасне реагування на відповідне подання, ВРП не вживав заходів для притягнення винних осіб до адміністративної відповідальності.
- не виправдане зволікання при розгляді окремих звернень про втручання у здійснення правосуддя.

Автори висловлюють вдячність Програмі ООН із відновлення та розбудови миру, яка підтримує реалізацію проекту «Моніторинг судових процесів, пов'язаних зі збройним конфліктом як навчально-дослідницький інструмент для підготовки студентів-правників» за фінансову підтримку у проведенні дослідження, яке стало основою для цієї публікації.

Список використаних джерел

1. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII (зі змінами). *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31
2. Закон України «Про Вищу Раду правосуддя» від 21.12.2016 № 1798-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 7-8.
3. Р. Смалюк, Р. Куйбіда, М. Серета. Альтернативна доповідь про стан забезпечення незалежності суддів за 2017 рік / Центр політико-правових реформ.
4. Відповідь Вищої ради правосуддя на запит про доступ до публічної інформації від 11.05.2021 №14835/09-21/

*Марина Сусак,
аспірант кафедри
адміністративного права та процесу,
Інститут права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка*

ВИДИ РІШЕНЬ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ УХВАЛЕНИХ НА ПІДСТАВІ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО РОЗСУДУ

На сьогоднішній день суспільні відносини розвиваються, видозмінюються та виникають надзвичайно стрімко. Тому, намагання законодавця описати кожну окрему взяту ситуацію, перераховувати публічно-правові спори на законодавчому рівні практично не можливо та не вбачається раціональним. У зв'язку з чим адміністративні суди першої інстанції наділені правом, повноваженнями на реалізацію процесуального розсуду, який притаманний всьому процесу розгляду та вирішення адміністративної справи. Так, на підставі комплексної оцінки критеріїв процесуального розсуду (норм права, фактичних обставин адміністративної справи, судової практики, навантаження), послідовності їх дослідження, аналізу та тлумачення суддя адміністративного суду першої інстанції приходять до відповідних висновків по адміністративній справі, які лягають в основу певного виду судового рішення, з тих, що передбачені КАС України.

Відповідно до положень КАС України суддя адміністративного суду першої інстанції під час розгляду та вирішення адміністративної справи наділений правом постановляти ухвали та ухвалювати судові рішення.

Ухвали адміністративного суду першої інстанції за своїм призначенням покликані врегульовувати всі процедурні питання, які пов'язані з рухом адміністративної справи в суді першої інстанції, їх припиненням. Рішення ж адміністративного суду першої інстанції відрізняється від ухвали суду тим, що судові рішення покликане вирішити, розв'язати саме спір по суті.

На основі комплексного аналізу положень КАС України, пропонуємо окреслити наступну класифікацію ухвал та поділ їх на відповідні види, які притаманні саме адміністративному суду

першої інстанції:

1. За способом оформлення розрізняють: 1) письмові ухвали – це такі ухвали, які під час судового засідання викладаються окремим документом, постановляються в нарадчій кімнаті та підписуються складом суду, який розглядає справу; 2) електронні ухвали (викладаються в електронній формі з використанням Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи шляхом заповнення відповідних форм процесуальних документів); 3) усні ухвалим- їх ще іменують «протокольні ухвали» під якими розуміють ухвали, які не мають самостійної форми окремого процесуального документа й заносяться до протоколу судового засідання його секретарем [1, с. 1176].

2. Окремі ухвали адміністративного суду першої інстанції, зокрема: – якщо під час розгляду адміністративної справи виявить порушення закону; – щодо притягнення до відповідальності осіб, рішення, дії чи бездіяльність яких визнаються протиправними; – у випадку зловживання процесуальними правами, порушення процесуальних обов'язків, неналежного виконання професійних обов'язків (в тому числі якщо підписана адвокатом чи прокурором позовна заява містить суттєві недоліки) або іншого порушення законодавства адвокатом або прокурором (ст. 249 КАС України) [2].

3. В залежності від стадій адміністративного процесу, а саме:

1) відкриття провадження в адміністративній справі. Суддя адміністративного суду першої інстанції у підсумку розгляду адміністративної справи може: 1) залишити позовну заяву без руху (ст. 169 КАС України); 2) повернути позовну заяву (ст. 169 КАС України); 3) залишити позовну заяву без розгляду (ч. 15 ст. 171 КАС України); 4) відмовити у відкритті провадження в адміністративній справі (ст. 170 КАС України); 5) об'єднати і роз'єднати позови (ст. 172 КАС України); 6) відкрити провадження в адміністративній справі;

2) підготовче провадження. Суддя адміністративного суду першої інстанції може постановити ухвалу про: – залишення позовної заяви без розгляду; – закриття провадження у справі; – закриття підготовчого провадження та призначення справи до судового розгляду по суті;

3) врегулювання спору за участю судді. Процедура врегулювання спору за участю судді закінчується ухваленням наступних ухвал: – закриття провадження в адміністративній справі (п. 4 ч. 1 ст. 188, п. п. 2, 3 ст. 238 КАС України); – позовну заяву залишено без розгляду (п. 4 ч. 1 ст. 188, п. 5 ч. 1 ст. 240 КАС України); – припинення врегулювання спору за участю судді та поновлення провадження в адміністративній справі (п. 3 ч. 1 ст. 188 КАС України);

4) відмова позивача від позову та визнання позову відповідачем. Суддя адміністративного суду першої інстанції на даній стадії може: – закрити провадження в адміністративній справі повністю, або щодо частини позовних вимог, якщо існує відмова позивача від позову; – задовольнити позовну заяву повністю або у відповідній частині позовних вимог, якщо позивач визнає позов; – продовжити розгляд адміністративної справи (ч. ч. 3-6 ст. 189 КАС України);

5) примирення сторін. Суддя адміністративного суду першої інстанції на даній стадії може ухвалою: – зупинити провадження в адміністративній справі; – закрити провадження в адміністративній справі та одночасно в даній ухвалі затвердити умови примирення; – відмовити у затвердженні умов примирення та продовжити розгляд адміністративної справи (ч. ч. 2, 5, 6 ст. 190 КАС України);

б) розгляд адміністративної справи по суті. Результатом розгляду адміністративної справи по суті є ухвалення суддею адміністративного суду першої інстанції судового рішення. Однак, під час розгляду адміністративної справи по суті у судді адміністративного суду першої інстанції може виникнути необхідність у прийнятті інших ухвал, які можуть перешкоджати у розгляді адміністративної справи по суті або таких, які на певний час призупиняють розгляд адміністративної справи, чи не перешкоджатимуть її розгляду.

До ухвал, які перешкоджають можна віднести: – залишення позовної заяви без розгляду (ст. 240 КАС України); – відкладення розгляду адміністративної справи (ст. ст. 205, 223 КАС України); – закриття провадження в адміністративній справі (ст. 238 КАС України); – про відмову у відкритті провадження у справі

(ст. 170 КАС України) та інші.

До ухвал, які призупиняють розгляд адміністративної справи відносять: – про залишення позовної заяви без руху (ст. 169 КАС України); – про призначення експертизи (ст. 103 КАС України); – про забезпечення доказів чи відмову у задоволенні забезпечення доказів (ст. 117 КАС України) та інші.

До ухвал, які не перешкоджають розгляду адміністративної справи: – про виправлення описок і очевидних арифметичних помилок у судовому рішенні чи відмову у внесенні виправлень (ст. 253 КАС України); – про роз'яснення судового рішення або відмову у його роз'ясненні (ст. 254 КАС України) та інші.

4. Ухвали адміністративного суду першої інстанції пов'язані з рухом адміністративної справи. Відносять: 1) про відкриття провадження в адміністративній справі; 2) про задоволення суддею адміністративного суду першої інстанції різних клопотань сторін по адміністративній справі; 3) закриття провадження по адміністративній справі.

Отже, нами наведено не вичерпний перелік видів ухвал, які притаманні саме адміністративному суду першої інстанції, адже, ухвали адміністративного суду першої інстанції можуть бути класифіковані і за іншими ознаками, все залежить від підстав, які закладено в основу їх класифікації.

Так, в юридичній науці виділяють й інші види ухвал, а саме «парастадій» адміністративного процесу: 1) відвід судді; 2) забезпечення позову; 3) забезпечення доказів; 4) застосування заходів процесуального примусу; 5) ухвалення додаткового рішення та інші [18, с. 246, с. 1175].

Другим видом судового рішення, яке притаманне адміністративному суду першої інстанції є рішення суду, яке поділяється на певні види:

1. За змістом – поділяються на остаточні та додаткові судові рішення.

Остаточним рішенням адміністративного суду першої інстанції є судове рішення, яким завершується розгляд адміністративної справи по суті: 1) задовольнити позов повністю; 2) задовольнити позов в певній його частині; 3) відмовити у задоволенні позову; 4) відмовити у задоволенні позову в певній його частині

(ст. 245 КАС України). Додаткове судове рішення ухвалюється адміністративним судом першої інстанції в тому випадку, коли не було дотримано, або порушені вимоги щодо повноти судового рішення адміністративного суду.

2. За обсягом – повне або скорочене судове рішення.

3. За суб'єктом ухвалення судового рішення розрізняють увалені суддею одноособово або колегією суддів.

4. За інстанційною юрисдикцією рішення адміністративних судів першої інстанції поділяються на: 1) місцеві адміністративні суди (місцеві загальні суди як адміністративні суди та окружні адміністративні суди); 2) Шостий апеляційний адміністративний суд як суд першої інстанції; 3) апеляційні адміністративні суди як суди першої інстанції; 4) Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду як суд першої інстанції.

Узагальнюючи, варто зазначити, що судове рішення в адміністративному суді першої інстанції є дієвим засобом комунікації суду з учасниками адміністративної справи, а також виступає єдиним процесуальним інструментом, через який судді реалізують свої повноваження [3, с. 108]. Вид судового рішення, які ухвалюють судді адміністративного суду першої інстанції на підставі реалізації процесуального розсуду, залежить від стадій адміністративного процесу на якій ухвалюється судове рішення, судової інстанції, спірних питань, які розв'язуються суддями адміністративного суду першої інстанції.

Список використаних джерел:

1. Смокович М. І., Бевзенко В. М. Адміністративний процес України : теорія, практика : Підручник. Заг. ред. д. ю. н., проф. Бевзенка В. М. Пер. з нім. і адап. Рижкова Г. В. Київ : ВД «Дакор», 2020. 1346 с.

2. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. Відомості Верховної Ради України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (дата звернення 21.05.2021).

3. Сусак М. С. Судові рішення адміністративного суду першої інстанції та процесуальний розсуд. Фаховий науковий журнал «Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету». Серія «Юриспруденція». 2019. № 41. С.10

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ В МЕДИЧНОМУ ПРАВІ

Мирослава Кокошко

К.Ю.Н.,

*Інститут права, Київський національний університет
імені Тараса Шевченка*

ОКРЕМІ СУБ'ЄКТИ АДМІНІСТРАТИВНО- ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я. МЕЖІ ДИСКРЕЦІЇ

Українським законодавцем визначено, що охорона здоров'я є одним із пріоритетних напрямів державної діяльності. Держава формує політику охорони здоров'я в Україні та забезпечує її реалізацію. Державне управління діяльності у сфері охорони здоров'я характеризується своїми особливостями і залежить від суб'єктів адміністративно-правового регулювання, їх статусу та наділених компетенцій. Із конституційного визначення України як соціальної держави, політика якої спрямована на створення умов щодо забезпечення гідного рівня життя людини, і положень ст. 49 Конституції України, згідно з якими обов'язком держави є забезпечення права громадян на охорону здоров'я, а також державних програм соціального розвитку впливає, що на державу покладаються зобов'язання перед суспільством щодо використання всіх засобів державного управління сферою.

Реалії сьогодення свідчать про необхідність суттєвого оновлення поглядів стосовно державного регулювання у сфері охорони здоров'я громадян. Поряд із збереженням ставлення до медичної діяльності як однієї з соціальних функцій держави, за останній час виникли й посилюються тенденції відносно охорони здоров'я громадян як фактору забезпечення національної безпеки України. Існує велика кількість обставин, які свідчать про необхідність зміни пріоритетів стосовно основних напрямів державного регулювання у сфері охорони здоров'я [1, с. 3].

Національну систему суб'єктів адміністративно-правового

регулювання відносин у сфері охорони здоров'я складають органи державної влади і місцевого самоврядування, політичні, громадські, релігійні та інші організації, а також мережа медичних установ та закладів. Саме належна взаємодія і координація роботи вказаних суб'єктів свідчить про успішне виконання завдань щодо охорони здоров'я населення.

Так, державне регулювання відносин у сфері охорони здоров'я населення здійснюють Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, центральні й місцеві органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, органи управління охороною здоров'я галузевої компетенції. Для практичного здійснення державного регулювання відносин у цій сфері між вказаними суб'єктами встановлюються відповідні зв'язки і відносини шляхом визначення повноважень і закріплення останніх у відповідних актах законодавства. Це Конституція України, закони України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», «Про Кабінет Міністрів України», «Про центральні органи виконавчої влади», «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» та інші.

Варто згадати і про особливе місце Президента України та Кабінету Міністрів України в системі органів державної влади, які здійснюють регулювання відносин у сфері охорони здоров'я. Адже на вказаних суб'єктів покладено завдання щодо формування стратегії суспільного розвитку країни, у тому числі й системи охорони здоров'я населення, основних напрямів у цій галузі державного управління і регулювання.

Верховна Рада України здійснює управління системою охорони здоров'я шляхом закріплення конституційних і законодавчих засад охорони здоров'я, визначення її мети, головних завдань, напрямів, принципів і пріоритетів, установа нормативів і обсягів бюджетного фінансування, створення системи відповідних кредитно-фінансових, податкових, митних та інших регуляторів, прийняття законів та затвердження загальнодержавних програм охорони здоров'я.

Президент України несе особисту відповідальність за реалізацію державної політики охорони здоров'я, виступає гарантом права громадян на охорону здоров'я, забезпечує виконання за-

конодавства про охорону здоров'я через систему органів виконавчої влади, проводить у життя державну політику охорони здоров'я та здійснює інші повноваження, передбачені Конституцією України щодо охорони здоров'я. Так, Президент України наділений значною кількістю компетенційних повноважень, пов'язаних, передусім, з регулюванням відносин у сфері виконавчої влади.

Кабінет Міністрів України організує розробку та здійснення державних цільових програм, створює економічні, правові та організаційні механізми, що стимулюють ефективну діяльність у сфері охорони здоров'я, забезпечує розвиток мережі закладів охорони здоров'я, укладає міжурядові угоди і координує міжнародне співробітництво з питань охорони здоров'я, а також у межах своєї компетенції здійснює інші повноваження, покладені на органи виконавчої влади у сфері охорони здоров'я.

Міністерство охорони здоров'я України в межах своєї компетенції планує і вживає заходів з реалізації державної політики України, виконання програм у галузі охорони здоров'я та у сфері розвитку медичної науки.

Національна служба здоров'я України, яка є центральним органом виконавчої влади, реалізує державну політику у сфері державних фінансових гарантій медичного обслуговування населення.

Інші міністерства та відомства України: Міністерство внутрішніх справ України, Міністерство інфраструктури України, Міністерство оборони України, Служба безпеки України, які мають свої власні медичні служби, що забезпечують медичними і профілактичними послугами відповідні категорії службовців та членів їхніх сімей. Державна пенітенціарна служба України є відповідальною за організацію медичних та профілактичних заходів усередині пенітенціарної системи.

Варто наголосити, що реалізація державної політики у сфері охорони здоров'я реалізовується саме через здійснення конкретного механізму державного регулювання відносин у цій сфері. Саме тут відіграють найважливішу роль органи виконавчої влади, які покликані реалізовувати державну політику, а отже – здійснювати адміністративно-правове регулювання відносин у

тій чи іншій сфері.

У процесі здійснення державного регулювання відносин виділяють дві, взаємопов'язані між собою, його частини: 1) це вся система органів державної влади, місцевого самоврядування та інших державних органів, задіяних у процесі здійснення державного регулювання відносин у сфері охорони здоров'я, тобто інституційний механізм охорони здоров'я, до складу якого входять власне всі вищеназвані суб'єкти формування політики охорони здоров'я, а також їх повноваження та відносини між собою та іншими суб'єктами; 2) це система правових норм та етико-правових принципів, які творять законодавство про охорону здоров'я і регулюють зміст та процес здійснення державного регулювання охорони здоров'я, тобто правовий, у тому числі і адміністративно-правовий, механізм охорони здоров'я населення [2, с. 198]].

Головним у правосуб'єктності органів влади є їх компетенція, визначена згідно конкретних нормативно-правових актів і зобов'язує діяти той чи інший орган (чи його посадову особу) в її межах. Так, компетенція глави держави, вищих органів державної влади визначається Конституцією, а інших державних органів – законами і відповідними положеннями про них. Правовий статус органів публічної влади як суб'єктів правовідносин визначається і обмежується цілями й завданнями, заради яких вони створюються. Виділяють як загальний, так і спеціальний характер компетенції органів державної влади, що не є однаковою для всіх державних органів. Порядок встановлення та обсяг компетенції залежать від рівня державного апарату, до якого належить цей орган – вищого, центрального, обласного, районного чи рівня місцевого самоврядування. Специфіка виконання повноважень державними органами полягає в тому, що вони діють у підсистемі, що регулюються нормами публічного права (конституційне, адміністративне, фінансове право), для якого, незважаючи на сучасні новації у застосуванні елементів диспозитивного методу, все ж домінуючим є метод імперативний – метод юридичної обов'язковості, субординації і підпорядкованості [3, с. 360].

Державна політика у сфері охорони здоров'я в Україні пере-

важно сконцентрована на лікуванні різних недуг, тоді як у розвинутих країнах простежується тенденція до спроб урядів і громадських організацій зменшити рівень захворюваності і підвищити загальний рівень здоров'я превентивними заходами. Тому заходам, які спрямовані на попередження та профілактику виникнення хвороб, компетентним державним управлінцям варто приділити значно більше уваги. В світлі останніх подій у світі, перспективною темою подальших досліджень у вказаному напрямі може стати вивчення питань впливу пандемії COVID-19 на систему охорони здоров'я зокрема і на державну політику в цій галузі в цілому.

Список використаної літератури:

1. Ткачова Н. М. Особливості державної політики забезпечення національної безпеки в сфері охорони здоров'я // Електронне фахове видання: «Державне управління: удосконалення та розвиток». – 2018. – № 2.

Науково-практична конференція

**«ПИТАННЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ
ПОВНОВАЖЕНЬ У ФУНКЦІОНУВАННІ
ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ»**

(м. Київ 20 травня 2021)

Збірник наукових праць

Підписано до друку 22.06.2021. Формат 60x84/16.
Папір офсетний. Гарнітура Таймс. Друк офсетний.
Ум. друк. арк. 17. Наклад 300. Зам. № 218.

Надруковано в «Видавництво Людмила».
Свідоцтво про внесення до Державного реєстру
суб'єктів видавничої справи серія ДК № 5303 від 02.03.2017.
«Видавництво Людмила»
03148, Київ, а/с 115.
Тел./факс: + 38 050 469 7485, 068 340 8332
E-mail: lesya3000@ukr.net