

The Legal Aspect of an Ideal Civil Society. Adherence to the rule of law characterizes the legal aspect of the ideal civil society. The rule of law is the lynchpin of democracy, which leads to a better and more prosperous economic life. Under the rule of law concept, the supremacy of law means that all persons are subject to the law and treated equally before it, regardless of their status. The citizens of a country know that they will not be punished in a way that government officials would not be, and government officials know that they will not be prosecuted on trumped up charges or treated any differently than the other citizens. To enforce the rule of law, a civil society requires a strong and independent judiciary, since judges must be free to speak their minds as to the meaning and application of laws.

The Role of Dissent in Promoting the Ideal Civil Society. The reality of where a society is frequently fails to live up to where many think a civil society should be. Those who think a society is failing in some way can speak up and attempt to spark change. In the judiciary, these critical voices express their dismay through dissents, and it is critical that judges feel the freedom to speak that dissent in writing. Those dissents serve a number of purposes: they may act as a catalyst for legislative action; they may force the majority to improve their opinions; or they may take society to task for current failings while appealing to the hope of future change.

If scholars have that space, they can discuss all opinions – even the unpopular ones – to determine what works best for the civil society of Ukraine. I hope that these remarks will be a call to those scholars – as well as to lawyers, jurists, professors, and intellectuals in Ukraine and elsewhere – to stand up and be counted in the ongoing battle to protect the rule of law in Ukraine.

Keywords: the Judiciary, the Rule of Law, Ideal Civil Society, Judicial independence.

Матеріал надійшов 09.03.2016

УДК 342.51:340.131

Венгер В. М.

МЕЖІ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ДИСКРЕЦІЇ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ

У статті здійснено правовий аналіз підходів до розуміння меж реалізації дискреційних повноважень органами публічного управління. Подано загальну характеристику адміністративної дискреції та підходів до визначення правових інструментів її обмеження. Проаналізовано вимогу обмеження дискреційних повноважень як складовий елемент принципу верховенства права.

Ключові слова: дискреція, орган публічної влади, адміністративна дискреція, дискреційні повноваження, принцип законності, виконавча влада, верховенство права.

Усі сфери функціонування органів публічної влади в сучасних умовах мають бути предметом досить жорсткого нормативно-правового регулювання. Встановлюючи вихідне начало спеціально-дозвільного принципу, Конституція України

в частині другій статті 19 визначає, 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 [1].

Обмеження дискреції суб'єктів владних повноважень є логічною передумовою ефективного управління. На це неодноразово зверталась увага як у наукових дослідженнях, так і в міжнародних експертних документах, що закріплюють загальноприйняті стандарти у сфері публічного адміністрування. Разом з тим сучасні суспільно-політичні явища, розвиток інформаційних технологій, глобалізаційні процеси та темпи їх розвитку сьогодні ставлять усе нові й нові виклики перед органами публічної влади. Доволі часто невідкладного розв'язання потребують проблеми, що виходять за межі формальних повноважень органів державної влади чи органів місцевого самоврядування. До того ж необхідні нові і нестандартні підходи до опрацювання таких проблем, а головне – оперативне прийняття рішення на основі наданого конституційно-правового статусу органу влади і в межах його повноважень. Це має логічним наслідком поступове розширення компетенції органів влади, а також ширший спектр ситуацій, де застосування дискреційних повноважень є допустимим.

Власне, розуміння адміністративної дискреції базується на необхідності носія владних повноважень мати можливість ефективного і належного правозастосування в кожній конкретній ситуації. Тут слід виходити із запропонованого В. Авер'яновим поняття «дискреційна влада» загалом. Зокрема, сприймати її як «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» [2, с. 195]. За такого досить широкого підходу адміністративні органи повинні бути наділені досить значними повноваженнями розсуду щодо застосування норм права.

Так, характеризуючи поняття «адміністративний розсуд», А. Грінь зазначає, що воно «цілком притаманно та застосовується (реалізується) у сфері державного управління органами виконавчої влади» [3, с. 104]. За результатами проведення семантичного та етимологічного аналізу цей автор розглядає як подібні за своєю суттю поняття дискреції та розсуду, більше того, доходить висновку, що «за своїм характером органи виконавчої влади уповноважені реалізовувати саме адміністративний розсуд у випадках, коли законодавство не в змозі детально і повно регулювати всю різноманітність суспільних відносин» [3, с. 105].

Не вдаючись до детального етимологічного аналізу, доцільно зауважити, що за такого

підходу особливо важливим стає питання меж застосування розсуду суб'єктом владних повноважень. Адже суть зазначеного вище спеціально-дозвільного принципу якраз передбачає встановлення чітких та однозначних правил і процедур. Як зазначає Ф. Веніславський, цей принцип, «суттєво обмежуючи поведінку суб'єктів владних повноважень, фактично встановлює правові межі державно-владної діяльності в цілому, чим охороняє людину, інститути громадянського суспільства та й усе суспільство від необгрунтованого втручання у сферу їх свободи з боку держави та її органів» [4, с. 61]. Права людини сьогодні є універсальним критерієм оцінки функціонування органів публічної влади. Крізь призму прав людини, інколи навіть не споріднених на перший погляд з функціонуванням владних інституцій, Європейський суд з прав людини дає оцінку дотримання міжнародних зобов'язань державою загалом.

Таким чином, обмеження сваволі органів публічної влади щодо прав людини при наданні конкретних адміністративних послуг чи при реалізації загальних повноважень є чи не найсуттєвішим елементом принципу верховенства права. Як доречно зауважує М. Козюбра, «обмеження дискреційних повноважень посідає нині одне з провідних місць в утвердженні верховенства права» [5, с. 367]. Слід зазначити, що й сам принцип верховенства права був сформований як інструмент протидії деспотичній владі. Виходячи з доктрини верховенства права, закладеної А. Дайсі, варто нагадати його думку, що «уряди не повинні мати широких дискреційних повноважень, вони обов'язково мають бути хоча б певною мірою обмежені» [6, с. 26].

Власне, Європейський суд з прав людини у справі «Волохи проти України» (Заява № 23543/02) при застосуванні одного з елементів верховенства права – принципу законності досить чітко наголосив, що «надання правової дискреції органам виконавчої влади у вигляді необмежених повноважень було б несумісним з принципом верховенства права. Отже, 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» (абзац третій, пункт 49) [7]. Суд серед іншого визначив, що принцип законності не має сприйматись виключно як недопущення порушення закону чи іншого нормативно-правового акта. Принцип законності в розумінні Суду має означати також, що рішення органів публічної влади

базуються на законодавчих підставах та їхній зміст відповідає суті законодавчого регулювання. Також слід зазначити, що законодавче регулювання не є і не може бути всеохопним за своїми формою та змістом. Наявність певної міри розсуду є допустимим та належним, проте межа такого розсуду повинна бути мінімально-достатньою, зокрема й для уникнення порушення законодавчих приписів та корумпованості, що на перший погляд не є безпосередньо пов'язаною з теоретико-правовою характеристикою адміністративної дискреції.

Сучасні політико-правові реалії спонукають окремих авторів аналізувати питання обмеження дискреційних повноважень навіть крізь призму формування і реалізації державної антикорупційної політики. Так, Л. Белкін досить детально розглядає «корупціогенний потенціал дискреційних повноважень», що, на його думку, має у своїй основі «етатистську» ідеологію конкретних адміністративних процедур та адміністративного акта (у найширшому розумінні цього поняття). Крім цього, цей автор виділяє такі основні фактори, що обумовлюють суть адміністративної дискреції: надання законодавцем правозастосовним органам чи їх посадовим особам надмірних повноважень, а також наявність прогалин і колізій у законодавчому регулюванні [8, с. 95]. Звісно ж, під кутом зору антикорупційної експертизи такі висновки, напевно, можуть бути корисними для планування та реалізації відповідних заходів запобігання та протидії корупції, проте для більш глибокого аналізу підґрунтя адміністративної дискреції цей підхід видається надто формалізованим та абстрактним, адже дає можливість сприймати інструменти обмеження адміністративної дискреції виключно в площині загального нормативно-правового регулювання. Поза увагою тоді залишаються права людини в їхньому змістовному значенні в діяльності органів публічної влади. Хоч і в його дещо розширеному варіанті, такий підхід, на жаль, є доволі поширеним у вітчизняній науці.

Т. Фуфалько, аналізуючи механізми обмеження дискреційних повноважень, акцентує увагу на статусі, ролі та значенні самих інститутів публічної влади. Зокрема, автор пропонує виділення двох основних сфер: визначення змісту та обсягу повноважень (матеріальна), встановлення процедурних меж (процесуальна сфера обмеження дискреційних повноважень). Розкриваючи систему відповідних інструментів, Т. Фуфалько вважає, що дискреційні повноваження обмежуються «ієрархією органів

влади, чітким визначенням компетенції, системою стримувань і противаг між гілками влади тощо» [9, с. 57]. Органи публічної влади, з цього погляду, повинні функціонувати в ефективній системі взаємодоповнення та взаємоконтролю, коли повноваження одного органу чи посадової особи будуть критерієм оцінки належного застосування повноважень іншим органом чи посадовою особою. За такого підходу втрачається динамічний елемент розвитку суспільних відносин та необхідності органів публічного управління і їх посадових осіб оперативно реагувати на виклики в кожній конкретній ситуації.

Л. Аллахвердова, цитуючи дослідження А. Барака, наводить як приклад шість основних обмежень дискреційних повноважень органів публічної влади: «1) зона розумності; 2) фундаментальні проблеми в нормативній системі; 3) фундаментальні проблеми в інституціональній системі; 4) взаємовідносини між інституціональними системами; 5) правозастосовна політика та моделі правозастосування; 6) подолання прецеденту» [10, с. 36]. Запропонована модель є доволі комплексною та охоплює засади управління загалом, а також ключові принципи адміністративного права та процесу. Проте видається доцільним додатково звернути увагу на критерій поваги до прав людини щонайменше в аспекті надання адміністративних послуг фізичним особам або ж крізь призму принципу пропорційності обмеження прав та свобод.

На окрему увагу заслуговує підхід до сприйняття меж адміністративної дискреції виключно крізь призму свободи прийняття нового рішення в кожній конкретній ситуації. Так, М. Бойчук, аналізуючи одну з характеристик меж дискреційних повноважень, доходить висновку, що вони «виражаються у праві посадової особи прийняти оптимальне рішення в кожній конкретній ситуації, відповідно до нормативно визначених принципів, засад і цілей права та конкретних життєвих обставин» [11, с. 119]. Отже, варто говорити про певні універсальні межі, які можуть і повинні бути орієнтирами для суб'єкта владних повноважень в усіх аналогічних ситуаціях, хоч, звісно, і конкретні обставини справи не можна ігнорувати.

Цей же автор, досліджуючи правову природу меж і обмежень дискреційних повноважень органів внутрішніх справ, виокремлює низку теоретико-правових ознак таких меж: об'єктивна визначеність, відносність, поліфункціональність, рамковий характер та інші. Наприклад,

відносність як ознака меж дискреційних повноважень застосовується, оскільки такі межі «є відносно статичними та залежать від об'єктивно визначених принципів, засад і цілей права – статичних меж (рамок) дискреційних повноважень... накопичення інформації по суті (щодо конкретних життєвих ситуацій. – *Авт.*) може призводити як до збільшення, так і до їх зменшення, проте вийти за межі статичних меж суб'єкт правозастосування, приймаючи правове рішення, не може» [11, с. 114].

Поряд з правовими інструментами обмеження адміністративної дискреції мають також братися до уваги загальні умови та обставини правозастосування, соціальні фактори, моральні цінності [12], рівень правової культури та ціла низка інших інструментів забезпечення належної поведінки як конкретних посадових осіб, так і діяльності органів публічної влади загалом.

Щодо міжнародних стандартів обмеження дискреційних повноважень, то вони досить чітко та лаконічно сформульовані в Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи № R (80) 2. Так, адміністративний орган влади, 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, водночас враховуючи конкретні обставини кожної справи [13].

Слід зауважити, що більшість із зазначених у цих Рекомендаціях вимог досить ефективно імplementовані до національного законодавства України. Щоправда, здебільшого вони сформульовані в законах України також у рекомендаційному характері та наповнені оціночними поняттями. Чи не найефективнішим нормативно-правовим інструментом обмеження адміністративної дискреції при прийнятті рішень є положення частини третьої статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України. Ці норми закріплюють повноваження адміністративних судів перевіряти рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень, чи прийняті (вчинені) вони з дотриманням

принципів добросовісності, неупередженості, розсудливості тощо [14]. Але цей інструмент, по-перше, стосується всіх діянь органів публічної влади і тільки частково застосовується до дискреційних повноважень, не визначаючи їх специфіки; по-друге, може бути використаним виключно ретроспективно, тобто під час оскарження в судовому порядку адміністративного акта.

Окрім того, зазначені стандарти загалом охоплюють змістовну суть діяльності органу публічної влади при можливому застосуванні адміністративної дискреції. Разом з тим вони можуть бути розширеними за рахунок додаткових процедурних гарантій, що мають на меті забезпечення не тільки ефективного правозастосування та формулювання суті остаточного рішення в конкретній справі, а й дотримання належних стандартів у процесі прийняття такого рішення. Ідеться про принципи прозорості та відкритості в діяльності органів публічної влади. Додаткове надання інформації про діяльність органу публічної влади, особливо в ситуації «чутливого» застосування повноважень на межі, визначеній законом, тільки сприятиме більш ефективному правозастосуванню. А коли мова йде про безпосередній вплив діяльності органу влади на права людини, додаткові заходи відкритості та прозорості повинні бути обов'язковими для застосування. Підтвердженням відповідної позиції є досить яскрава тенденція нормативного регулювання адміністративних процесів та процедур надання адміністративних послуг громадянам у країнах-членах ЄС. Серед нещодавно прийнятих відповідних нормативно-правових актів чи не найважливіше місце посідають питання регулювання електронного урядування, доступу до адміністративних послуг за допомогою інформаційних технологій тощо.

Таким чином, функціонування органів публічної влади та реалізація ними дискреційних повноважень мають бути предметом досить жорсткого нормативного регулювання та внутрішньоадміністративного контролю. Разом з тим динамічний розвиток суспільних відносин, глобалізаційні процеси та розвиток інформаційно-комунікаційних технологій ставлять нові завдання щодо напрацювання та імplementації правових механізмів обмеження адміністративної дискреції. Такі правові механізми мають базуватись на вимогах принципу верховенства права, ключовою серед яких у цій сфері є повага до прав та свобод людини.

Список літератури

1. Конституція України / Верховна Рада України. – Офіц. вид. – К. : Парлам. вид-во, 2014. – 103 с.
2. Авер'янов В. Б. Дискреційна влада / В. Б. Авер'янов // Юридична енциклопедія : у 6 т. – Т. 2. – К. : Українська енциклопедія, 1999. – С. 195–196.
3. Грінь А. А. До питання про поняття «дискреційні повноваження органів виконавчої влади» / А. А. Грінь // Держава і право. Юридичні і політичні науки. – 2014. – Вип. 65. – С. 101–107.
4. Веніславський Ф. Спеціально-дозвільний принцип у конституційно-правовому регулюванні / Ф. Веніславський // Вісник Академії правових наук України. – 2009. – № 2. – С. 57–67.
5. Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. – К. : Ваіте, 2016. – 392 с.
6. Пухтецька А. Еволюція доктринального тлумачення принципу верховенства права: від зарубіжної доктрини до вітчизняного праворозуміння / А. Пухтецька // Юридичний журнал. – 2007. – № 4. – С. 23–30.
7. Справа Європейського суду з прав людини «Волохи проти України» (Заява № 23543/02) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_138. – Назва з екрана.
8. Белкін Л. М. Дискреційні повноваження органів влади як чинник корупції / Л. М. Белкін // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2011. – Вип. 24. – С. 91–100.
9. Фуфалько Т. М. Обмеження дискреційних повноважень як складова принципу пропорційності / Т. М. Фуфалько // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 1. – С. 52–59.
10. Аллахвердова Л. В. Обмеження дискреційних повноважень як вимога верховенства права / Л. В. Аллахвердова // Наукові записки НАУКМА. – К., 2015. – Т. 168 : Юридичні науки. – С. 34–36.
11. Бойчук М. І. Сутність меж і обмежень дискреційних повноважень органів внутрішніх справ в контексті принципу верховенства права / М. І. Бойчук // Форум права. – 2012. – № 1. – С. 112–121.
12. Recommendation No. R (80) 2 of The Committee of Ministers Concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities, Council of Europe [Electronic resource]. – Mode of access: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2009056&SecMode=&DocId=667512&Usage=2>. – Title from the screen.
13. Рісний М. Б. Правозастосувальний розсуд у юридичній практиці (загальнотеоретичне дослідження) : монографія / М. Б. Рісний ; НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування АПН України. – Львів : Край, 2007. – 191 с.
14. Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–36, 37. – С. 1358. – Ст. 446.

V. Venher

LIMITS OF ADMINISTRATIVE DISCRETION: PROBLEMS OF ITS DETERMINATION

The article presents legal analysis of approaches to understanding of the limits of discretionary powers by public administration bodies. Nowadays, it is generally accepted that the understanding of the limitation of discretion of public administration bodies is the logical prerequisite of effective governance. However, recent challenges for public authorities, which require new and innovative approaches of response, logically result in the gradual expansion of the public authorities' competence, as well as a wider range of situations where the use of discretionary powers is admissible. The article contains general characteristics of administrative discretion which is based upon the necessity of public administration bodies to be able to effectively and properly apply the law in every situation. Herewith, the article focuses on the importance of establishing the limits of applying the discretion by public authorities. The European Court of Human Rights' practice has developed an understanding of general admissible limits of human rights by public authorities, for example, through determination and interpretation of the principle of legality. According to the Court's understanding, the principle of legality should also mean that the decisions made by public authorities are based on legal grounds, and their content corresponds to the essence of legislation. Although the presence of a certain degree of discretion is admissible and appropriate, the limit of such discretion should be minimally sufficient, including prevention of legal regulation violation. That is why the article provides the analysis of several approaches to determining the general limits of administrative discretion, including anti-corruption factors. Thus the main conclusion which is made in the article is that the legal tools of limiting the administrative discretion should be based on the requirements of the rule of law, including the key principle of respect for human rights and freedoms.

Keywords: discretion, public authority, administrative discretion, discretionary powers, principle of legality, the executive authorities, rule of law.

Матеріал надійшов 02.04.2016