2. Німецько-українсько-російський коментований словник з адміністративного права / Укл. Б. Шлоер, І. Сойко / Заг. ред. Б. Шлоера та Ю. Зайцева. – К.: Український центр правничих студій, 2003. – 464 с.
3. Основной Закон Федеративной Республики Германия: Нем.-русс. издание под ред. Штефани Золотых (по состоянию на декабрь 2000 г.). – Федеральный центр политического просвещения.
4. Шаблій О. А. Німецько-український юридичний переклад: методи, проблеми, перспективи: [монографія] / Олена Анатоліївна Шаблій. – Ніжин: Видавець ПП Лисенко М.М., 2012. – 320 с.
5. Amtliche Bezeichnungen der Bundesländer – Офіційні назви федеральних земель [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Infoservice/Terminologie/Bundeslaender/Uebersicht_node.html
6. Grundgesetz – Конституція ФРН [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.gesetze-im-internet.de
7. Kommunale Selbstverwaltung: Handbuch der internationalen Rechts- und Verwaltungssprache. Deutsch-russisch. Reihe R, Band 2 / Hrsg. von der Bayerischen Vervaltungsschule, Körperschaft des öffentlichen Rechts. – München, 1995. – 209 s.

Шлоер Бернгард,
др. юр. (Німеччина), Експерт Центру міжнародної міграції та розвитку (ЦММ), Національна Академія державного управління при Президентові України

КВАЛІФІКАЦІЯ ФОРМУЛЮВАНЬ, ЯКИМИ В УКРАЇНСЬКОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ВСТАНОВЛЮЮТЬ УПОВНОВАЖЕННЯ ДО ЗАСТОСУВАННЯ «АДМІНІСТРАТИВНОГО РОЗСУДУ»

Органи державного управління зобов'язані дотримуватися Конституції України і законів, це чітко сказано у ст. 19, ч. 2 КУ: «*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*». Тож для того, щоб державне управління могло функціонувати, воно потребує відповідного законодавчого *уповноваження*.

Розглядаючи це поняття, слід розрізняти між уповноваженням, що строго вимагає виконати конкретні дії, і тим, що надає органам управління певної гнучкості. Останній вид уповноваження український правознавець Г. Ткач визначає так: «*надається свобода діяти на свій розсуд, тобто оцінюючи ситуацію, вибирати один із кількох варіантів дій (або утримуватись від дій) чи один з варіантів можливих рішень*» [11, с. 124]. В українському законодавстві таку гнучкість називають *адміністративним розсудом*, у французькому таку обмежену свободу дій і прийняття рішень з боку державного управління позначають терміном «*pouvoir discrétionnaire*» (укр. *дискреційний розсуд*) або «*compétence discrétionnaire*» (укр. *дискреційні повноваження*), а в німецькому законодавстві її знають як «*pflichtgemäßes Ermessen*» (укр. *повноважний адміністративний розсуд*) [15, с. 145; 16, с. 246].

Однак в українському праві поняттю *адміністративний розсуд* не приділено належної уваги. Так, зокрема, в українській навчальній правознавчій літературі ця тема не є стандартною, а в галузі адміністративного права лише нещодавно її почали обговорювати дещо жвавіше [9, с. 49; 8, с. 48; 1, с. 114].

Головна причина такого стриманого ставлення до цієї теми полягає в тому, що подібна гнучкість державного управління (державної влади) викликає певні сумніви: те, що громадянин володіє свободою дій, закріплено в Конституції, тоді як згідно зі ст. 19 КУ органи державної влади та місцевого самоврядування повинні дотримуватися законів, а відтак – і конституційного принципу *визначеності букви закону*. Тож постає запитання: як узагалі виражене в законодавстві поняття *розсуд*? Саме це питання і є предметом нашої розвідки.

Отже *законодавчий припис* (його слід відрізняти від поняття *правова норма* у розумінні теорії права), який уповноважує державну адміністрацію до певних дій, складається із двох частин – гіпотези та диспозиції (або санкції, тобто *наслідків*) [10, с. 289]. Функція гіпотези полягає в тому, щоб закріпити умови, за наявності яких державна адміністрація має право або повинна діяти; згідно зі ст. 19, ч. 2 КУ ця функція є імперативною. А те, що саме адміністративні органи мають право або мусять робити, описано у диспозиції. У цьому сенсі ст. 19, ч. 2 КУ також має імперативну дію, а саме – щодо того, як мають укладатися законодавчі приписи. Тож норма про *розсуд* у своїй гіпотезі повинна містити уповноваження обрати правильний варіант з-поміж тих, що перелічені у диспозиції. Або ж вона повинна дозволяти *гнучкість адміністративних дій* за рахунок того, що у ній використані так звані *невизначені поняття* (див. щодо цього нижче пункт є). Припустимо, що гіпотеза містить елементи **а**, **б** і **в**, і якщо вони наявні, то **може** бути обраний наслідок **1**, **2** або **3**. Мовне формулювання такої можливості вибору повинно бути чітким, адже цього вимагають конституційні принципи *визначеності* та *передбачуваності*. Тому все залежить головним чином від того, чи гіпотеза такої норми про *розсуд* містить право вибору, і чи пропонує її диспозиція принаймні дві можливості на вибір [12, с. 30]. Деякі автори наводять перелік формулювань уповноважень на *розсуд*, що використовуються в українських законах. Однак тут потрібно зауважити, що вичерпного списку таких формулювань не існує. Такою ж є ситуація у європейських правових системах, у яких, хоча і побутують певні стандартні формулювання, однак часто кваліфікацію певних формулювань як уповноважень застосовувати *розсуд* здійснює шляхом тлумачення саме судова гілка влади [15, с. 145; 14, с. 362]. Зупинимося на конкретних прикладах:

а) слово *розсуд* використовується у численних кодексах та законах – переважно воно стосується приватних осіб, коли їм надається свобода скористатися певним наділеним правом (напр., ст. 6 та 12 ЦКУ). Окрім цього, це поняття встановлює аналогічну свободу для органів (місцевого) самоврядування щодо розпорядження власністю відповідної одиниці самоврядування. Саме у цьому випадку суб'єкт публічного права користується *розсудом*. Наскільки відомо, у розумінні *«справжнього» уповноваження* до застосування *розсуду* це поняття використовується лише у ст. 60 Закону

України «Про банки і банківську діяльність», згідно з яким Національний банк встановлює обсяг інформації, що має публікуватися, *на свій розсуд*.

б) у правознавчій літературі як приклад уповноваження до застосування *розсуду* наводять слово «може», вжите у гіпотезі відповідної уповноважуючої норми [5, с. 41]. Щодо цього знаходимо приклади у законодавстві, що регулює питання режиму надзвичайного стану, зокрема у ст.ст. 22-24 Закону «Про надзвичайний стан» і ст. 30 Закону «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення». У ст. 22 Закону «Про надзвичайний стан» за настання надзвичайних ситуацій ВРУ уповноважена виносити рішення щодо вжиття перелічених у цій статті заходів. Ст.ст. 23 та 24 уповноважують компетентні органи вжити відповідних, перелічених у цих статтях, заходів. Кожна з трьох норм у своїй гіпотезі, як передумову, містить встановлений факт надзвичайного стану і завдяки слову «може» надає можливість вибору дій. Ці заходи є типовими заходами державного управління, відтак у цьому випадку можна говорити про поняття *адміністративного розсуду*. У ст. 30 Закону «Про забезпечення санітарного та епідеміологічного благополуччя населення» за умови настання епідеміологічних надзвичайних ситуацій відповідальним органам надається можливість призначати додаткові і надзвичайні заходи. Однак у цій статті закон не передбачає конкретних заходів. Тут також у гіпотезі закріплено відповідні передумови та мету, а за допомогою слова «може» виражено можливість вибору щодо вжиття тих заходів, які є доцільними з медичної точки зору. В інших законах, які можна віднести до *адміністративного* законодавства, згадуване формулювання не можна вважати стандартним або таким, що переважно використовують з метою вираження уповноваження до застосування розсуду. За допомогою цього слова у нормах переважно виражають *політичний розсуд* (напр., ст. 2 Закону України «Про прокуратуру»), а також розсуд щодо вжиття внутрішньоінстанційних організаційних заходів (див. ст. 13, 51 Закону України «Про прокуратуру»). Загалом можна констатувати, що у нормах, які дозволяють втручатися у права громадян, таке формулювання уповноваження трапляється рідко. На противагу цьому «може» у розумінні уповноваження до застосування *розсуду* використовується у контексті прийняття рішень про послуги держави та державної адміністрації, тобто там, де, як правило, не може виникати втручань у права громадян (ст. 8 Закону України «Про судовий збір»).

Однак слово «може» часто використовується у розумінні української теорії права, а саме – для того, щоб сформулювати дозвіл (напр., у ст. 21 Закону України «Про прокуратуру») або заборону / «не може» (див. ст. 46 Закону України «Про прокуратуру») [10, с. 279-280]. Тож формулювання «може» може виражати уповноваження до застосування *розсуду*. Однак, чи це справді так, потрібно докладно з'ясовувати у кожному конкретному випадку;

в) за значенням найбільш близьким до слова «може» є вираз «має право». Він, зокрема, використовується у ст. 35 Закону «Про банки і банківську діяльність», згідно з яким Національний банк отримує повноваження здійснювати нормативне регулювання банківського сектору. У межах відповідних законодавчих критеріїв Національний банк приймає рішення щодо

конкретних заходів, при цьому він зобов'язаний лише дотримуватися цих критеріїв. З огляду на те, що Національний банк повинен застосовувати у цій сфері вузькоспеціальні знання, за ним, до певної міри, залишається право прийняття остаточного рішення, що за своєю суттю схоже на застосування *розсуду*. Тож і формулювання «має право» у відповідному контексті може означати уповноваження до застосування розсуду;

г) слово «дбає» використовується рідко, воно описує умову, коли певне, докладно не визначене, зобов'язання виконується без конкретизованих законодавчих приписів про це. Так, наприклад, ст. 21 Закону «Про колективне сільськогосподарське підприємство» закріплює обов'язок підприємця піклуватися про покращення умов праці. У Законі України «Про правовий статус закордонних українців» це слово використовується лише у преамбулі, тож воно не виражає уповноваження до дій. У ст.ст. 12, 49 КУ це слово також використовується у доволі нечітких формулюваннях, які у згадуваних статтях виражають широке поняття *політичного розсуду*; у різних конституційних доктринах такі формулювання ще називають *завданнями держави* або *програмними принципами* [4, с. 33; 17, с. 113]. У Законі України «Про судоустрій і статус суддів», у ст. 24 ч. 1, № 7, ст. 29 ч. 1 № 7 та ст. 34 ч. 1 № 10 це слово використовується у зв'язку з обов'язком голів судів забезпечувати суддів відповідною інформацією з метою вдосконалення судочинства. У цьому контексті, з огляду на доволі конкретні визначення мети та зрозумілих для фахівців заходів, також можна говорити про уповноваження на *розсуд*. Однак ці заходи стосуються внутрішньої організації судів, отже тут не йдеться про уповноваження на заходи стосовно громадян, а відтак – і критеріїв для застосування *розсуду* потрібно менше й вони будуть іншими. Тож слово «дбає» виражає поняття, пов'язане не із втручанням у права, а з різного роду обов'язками, однак воно також може виражати уповноваження на застосування *розсуду*;

д) слово «забезпечує» використовується у контексті забезпечення чогось, тобто виражає певний обов'язок. У законодавстві воно вжито саме у цьому значенні – йдеться про певні визначені або не визначені законом державні послуги та гарантії у їхньому найширшому розумінні. У ст. 5 № 4 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» це слово використано у формулюванні «забезпечує реалізацію державної політики». Тут йдеться не про уповноваження на *розсуд*, а про обов'язок щодо держави. У ст. 7 № 2 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» також однозначно не йдеться про уповноваження на *розсуд*, у ст. 20 абз. 1 йдеться про внутрішньовідомче забезпечення, тобто про норму, що регулює повноваження, а не застосування *розсуду*.

Однак і уповноваження, виражене словом «забезпечує», може означати уповноваження на застосування *розсуду*, а саме тоді, коли диспозиція відповідної норми містить варіанти або недостатньо чіткі формулювання, тобто органи державного управління повинні вирішувати самі, яким чином у розумінні цього закону вони нададуть відповідні публічні послуги.

є) багато авторів вважають, що в українському праві одним з видів уповноваження на застосування *розсуду* є використання у відповідних

уповноважуючих нормах невизначених правових понять [8, с. 48, 51; 17, с. 49]. Це означає, що в гіпотезі такої норми використано поняття, які у конкретному випадку потребують відповідної конкретизації. Типовими прикладами є правові поняття «необхідність» або «суспільний інтерес», вжиті у гіпотезі відповідної уповноважуючої норми. Така форма уповноваження відома у європейському праві та у праві держав-членів ЄС, зокрема у Франції та Німеччині [15, с. 145; 16, с. 250]. При цьому органам державного управління надається відносна свобода дій щодо визначення конкретного змісту відповідного поняття, особливо у тих випадках, коли для такої конкретизації відповідні органи використовують свої вузькоспеціальні знання. Вирішальним у цьому зв'язку є те, наскільки відповідні рішення може контролювати адміністративне судочинство. Оскільки *невизначені поняття* – це поняття, використані в законі, то загалом вони піддаються судовій перевірці. Розуміння певної норми як уповноваження на застосування *розсуду* стає ще очевиднішим, коли такі поняття й надалі використовуються у тексті закону. Так, напр., згідно зі ст. 23, ч. 2 Закону України «Про державну службу» вихід на пенсію може бути відтермінований, оскільки за допомогою слова «може» відповідний орган уповноважується приймати рішення щодо продовження строку державної служби. А передумовою для цього, як сказано у законі, є те, що для такого подовження існує «необхідність» або є «виняткові випадки», тож тут маємо невизначені поняття. Якщо аналізувати тільки сам дослівний текст цього закону, то в ньому йдеться про типовий для законодавства про державну службу вид *розсуду*, а саме – *розсуд* органу щодо власної організації. Адже наявність відповідної *необхідності* базується на аспектах, про які може судити лише сам орган [6, с. 168]. Щодо ст. 23, то до 11.07.2012 р. її застосування регулював відповідний «Порядок КМУ», у якому детально виписувалися відповідні передумови [7]. Цей «Порядок» виконував функцію контролювання *розсуду*. Цю сферу регулювало і рішення Вищого адміністративного суду, згідно з яким суд перевіряє те, чи для відповідного подовження існували всі передумови. У своєму рішенні суд встановлює, чи відповідне рішення органу управління є його «правом», а не обов'язком, що й підкреслює кваліфікацію ст. 23 як норми, що уповноважує на використання *розсуду* [13].

Як показує судова практика ЄС, Франції та Німеччини, при кваліфікації органами державного управління таких понять адміністративні суди залишають за першими певний власний простір, не втручаючись у нього. Критеріями на користь рішення про інтенсивність перевірки згідно зі ст.ст. 3, 6, 2-й розд. та 124 КУ є тяжкість втручання в основні права та залежність кваліфікації відповідного правового поняття від особливостей ситуації та спеціалізації відповідного органу [15, с. 145; 16, с. 250]. Однак головним принципом є той, що відповідні правові питання слід грунтовно перевіряти, аби уникнути ситуації, коли виконавча влада починає підмінювати законодавчу;

ж) законодавець може формулювати уповноваження на *розсуд* із відповідними обмеженнями (напр., за допомогою висловів «повинен» або «як правило»). Цим законодавець, хоча й дає уповноваження на *розсуд*, однак одночасно він визначає певний закріплений законом наслідок як правило, від

якого можна відступити лише за виняткових умов – настання реальної необхідності у застосуванні *розсуду*.

2. Огляд застосовуваних формулювань уповноваження на *розсуд* показав, що українське адміністративне право однозначно має елементи *адміністративного розсуду*, а аналізоване законодавче оформлення схоже на французькі (та європейські) зразки. У правознавчій літературі можна простежити також німецький вплив. Про це, зокрема, засвідчують формулювання, які підкреслюють, що йдеться про уповноваження на *розсуд*, а саме – слово «може», так само як і німецький аналог «kann» є класичним маркером уповноваження на використання *розсуду* [15, с. 145].

З огляду на практичне значення цього питання слід зважати на те, що для українського адміністративного права характерні максимально точні формулювання уповноважень, які б запобігали довільності адміністративних дій. А ті закони, які містять чіткі уповноваження на використання *розсуду*, стосуються вузькоспеціальних сфер державного управління та рідкісних надзвичайних ситуацій. Ось чому *адміністративний розсуд* має невелике практичне значення та незначне теоретичне представлення у правознавстві та відповідній спеціальній літературі України. Однак, як відомо, без застосування *розсуду* сучасне державне управління не може ефективно функціонувати [11, с. 126; 5, с. 94], адже воно не може адекватно реагувати на кожний особливий випадок [15, с. 146]. Через це важливо стежити за розвитком цього виду уповноваження загалом і за його мовним вираженням зокрема.

Список використаних джерел

1. Додін Є. Рецензія на підручник Т. О. Коломоєць «Адміністративне право України. Академічний курс» // Митна справа. – Київ, 2012. – № 1 (79). – С. 114.
2. Коломоєць Т. О. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник / Т. О. Коломоєць. – К.: Юрінком Інтер, 2011. – 576 с.
3. Коломоєць Т., Лютіков П. Тлумачення оцінних понять в адміністративному судочинстві як складова вітчизняної правозастосовної практики / Т. Коломоєць, П. Лютіков // Право України. – 2011. – Вип. 4. – С. 47.
4. Конституційне право України [Текст]: підручник / В. І. Чушенко, І. Я. Заяць; заг. ред. В. І. Чушенко; Львівський національний ун-т ім. Івана Франка. – К.: Ін Юре; Видавничий центр ЛНУ ім. Івана Франка, 2007. – 485 с.
5. Лазарев Б. М. Компетенция органов управления / Б. М. Лазарев. – М.: Юридическая литература, 1972.
6. Основи адміністративного судочинства та адміністративного права: навч. посібник) / Автори-упорядники: І. Коліушко, В. Тимощук. – Київ, 2006.
7. Порядок погодження продовження терміну перебування на державній службі, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 26 грудня 2003 р. № 2020. Постанова втратила чинність на підставі Постанови КМ № 627 від 11.07.2012.
8. Резанов С. Межі застосування адміністративного розсуду в діяльності органів внутрішніх справ / С. Резанов // Право і безпека. – 2009. – № 5. – С. 48.
9. Селіванов А. О. Адміністративний процес в Україні: реальність і перспективи розвитку правових доктрин / А. О. Селіванов. – К.: Ін Юре, 2000. – С. 45.
10. Скакун О. Теорія права і держави: Підручник / О. Скакун. – 2-ге вид. – К.: Алерта, 2012. – 524 с.

11. Ткач Г. Правова природа дискреційних повноважень органу виконавчої влади // Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / Г. Ткач; За заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К.: Факт, 2003. – 384 с.
12. Ткач Г. Природа і види адміністративного розсуду / Г. Ткач // Право України. – Київ, 2002. – Вип. № 5. – С. 30.
13. Ухвала від 05 червня 2007 року [електронний ресурс] – Режим доступу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/857892
14. Danwitz, T. von. Europäisches Verwaltungsrecht, unter Mitarbeit von K. Ritgen, Springer, Berlin, 2008.
15. Maurer, M. Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., C.H. Beck, München 2011.
16. Schwarze, J. Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2005.
17. Stern, K. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., C.H. Beck, München 1984.

Шовак П. І.,
студент магістратури
факультету правничих наук НаУКМА

ПРОБЛЕМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ТЕРМІНОЛОГІЇ У ГАЛУЗІ ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

Аналізуючи масив сучасного українського законодавства, важко не помітити непослідовність українського законодавця у вживанні ним термінів на позначення одних і тих правових явищ. Не є винятком і вживання в українських нормативно-правових актах і терміна *підтримний розвиток* (sustainable development).

Як зазначає В. Непийвода, «практично кожен сьогодні висловлює прихильність до ідеї підтримного розвитку майже так, як кожен виступає за справедливість. Причиною такого невпинного зростання популярності цієї концепції очевидно є її двоїстість» [1]. Концепція враховує як інтереси економічного розвитку, так і інтереси охорони довкілля.

Підтримність (sustainability) є терміном, що здобув загальне визнання на міжнародному рівні для надання назви концепції, покликаної подолати прірву між економічним розвитком та довкіллям. Цей термін має походження з лісового, рибного господарств та водокористування, які мають справу з такими величинами, як *максимальний підтримний обсяг рубання* (maximum sustainable cut), *максимальний підтримний вилов* (maximum sustainable yield), *максимальна підтримна продуктивність насосної установки* (maximum sustainable pumping rate) [2, с. 22]. Тобто маються на увазі певні граничні норми, за дотримання яких при використанні цих відновлюваних природних ресурсів відбувається їх підтримне використання, надається час для їх відновлення.

Нині час існує багато визначень підтримного розвитку як в офіційних документах, так і в доктрині. За підрахунками вчених, це близько 57 визначень, 19 принципів та 4 концепції підтримного розвитку [там же, с. 42].

Одним із перших та найвідомішим є визначення підтримного розвитку, дане в Доповіді ООН «Наше спільне майбутнє» 1987 р., згідно з якою