

УДК 340.115

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2022.6.1.32>

АДМІНІСТРАТИВНИЙ РОЗСУД: УКРАЇНА ТА ДЕРЖАВИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ (ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)

Кучук Андрій Миколайович,

доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри права та методики викладання правознавства
Сумського державного педагогічного університету імені А.С. Макаренка



Мінченко Ольга Василівна,

доктор юридичних наук, професор,
доцент кафедри теорії держави та права
Національної академії внутрішніх справ



Абстрактний характер приписів законодавства зумовлює необхідність використовувати дискрецію. Правильне застосування адміністративного розсуду є фактором забезпечення людських прав; неправильне застосування дискреції може бути розцінено як свавілля органів публічної влади, що і визначає актуальність теми дослідження. Участь України в євроінтеграційних процесах є додатковим фактором посилення актуальності пізнання проблеми адміністративного розсуду.

Мета дослідження висвітлити вимоги до адміністративного розсуду в Україні та державах Європейського Союзу.

Наголошується, що в умовах необхідності постійного вдосконалення діяльності органів публічного адміністрування задля найкращого забезпечення людських прав проблематика різних аспектів діяльності адміністративних органів (зокрема, застосування адміністративного розсуду) набуває перманентного характеру.

Зазначається, що для національної системи права адміністративний розсуд є відносно новим правовим інститутом. Під час перебування у складі радянської держави цю тематику фактично не висвітлювала тогочасна юриспруденція, були відсутні фундаментальні дослідження цього правового інституту.

Аналізується нормативне закріплення адміністративного розсуду в німецькому законодавстві (Законі про адміністративні процедури), а також у межах Ради Європи (Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи щодо здійснення дискреційних повноважень органами адміністративної влади).

Резюмується, що одним із напрямів подальшого вдосконалення діяльності вітчизняних адміністративних органів є зміна підходів до розуміння адміністративного розсуду, що дозволить посилити ефективність роботи органів публічної влади. При цьому за основу інтерпретації дискреції доцільно взяти сформований у межах держав Європейського Союзу концепт цього інституту права.

Обґрунтовується, що адміністративний розсуд є тим засобом, що забезпечує ефективне виконання покладених на органи публічної влади повноважень; це спосіб виконання покладених на органи публічного адміністрування завдань із реалізації людських прав. Тому використання дискреції не може посягати на мету повноважень.

Як подальший напрям наукових досліджень проблем адміністративного розсуду вказується відхід від догматичних аспектів сприйняття дискреції та зосередження уваги на практичних аспектах її реалізації.

Ключові слова: адміністративний орган, адміністративна процедура, дискреція, людські права, повноваження.

Kuchuk Andrii, Minchenko Olha. Administrative Discretion: Ukraine and European Union States (comparative and law aspect)

The discrete nature of the legislation prescriptions determines the necessity to use discretion. The correct application of administrative discretion is a factor in human rights implementation; improper use of discretion can be regarded as public authorities' arbitrariness determining the relevance of the research topic. Ukraine's participation in the European integration processes is an additional factor that increases the urgency of understanding the issue of administrative discretion.

The purpose of the study is to clear up the requirements for administrative discretion in Ukraine and the European Union states.

It is emphasized that in the conditions of the indispensability to constantly improve the public administration agencies' activity in order to protect human rights in the best way, the problems of various aspects of the administrative agencies' activity (including the use of administrative discretion) acquire a permanent character.

It is noted that administrative discretion is a relatively new legal institution for the national law system. During the stay as part of the Soviet state, this topic was virtually not covered by the jurisprudence of that time, there were no fundamental studies of the abovementioned legal institute.

The regulatory consolidation of administrative discretion in German legislation (Law on Administrative Procedures), as well as within the Council of Europe (Recommendations of the Committee of Ministers Concerning the Exercise of Discretionary Powers by Administrative Authorities) is analyzed.

It is summarized that the change in approaches to administrative discretion understanding allowing to strengthen the public authorities activities' efficiency is one of the directions for further domestic administrative agencies' activities improvement. Herewith, it is advisable to take the concept of this legal institution formed within the European Union states as the basis for the interpretation of discretion.

It is substantiated that administrative discretion is the means ensuring effective performance of the powers entrusted to public authorities; it is a way of fulfilling the tasks assigned to public administration agencies for human rights' implementation. Therefore, the discretion application cannot encroach the purpose of the powers.

Moving away from the dogmatic aspects of discretion perception and focusing attention on the practical aspects of its implementation is indicated as a further direction of scientific research into the problems of administrative discretion.

Key words: *administrative agency, administrative procedure, discretion, human rights, powers.*

У демократичній державі державна влада функціонує на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Цей принцип є засобом запобігання узурпації влади, обмеження свавілля державних органів. Виконавча влада, як і судова, відокремлюється від сфери правотворчості. На виконавчу владу покладається завдання реалізації норм законодавства, що зобов'язує відповідні органи діяти в межах своїх повноважень. Водночас, верховенство права змушує органи публічної влади діяти, виходячи з пріоритету людських прав, людської гідності. Законодавство, яке не порушує людські права, не стає регулятором суспільних відносин: у демократичній державі публічна влада не може затвердити законодавство, яке буде порушувати людські права, а якщо такий нормативно-правовий акт і затвер-

джено, то влада не може покликатися на нього як підставу порушення прав (такий закон має бути або скасовано парламентом, або визнано неконституційним органом конституційного контролю).

При цьому, як відомо, законодавство є доволі абстрактним (особливо сучасне): юридична норма передбачає модель поведінки, вона не може охопити різноманітність проявів людської поведінки. В умовах бюрократизації адміністративної сфери це може спричинити перешкоди для реалізації людських прав. Відтак, створюється така ситуація: якщо державний службовець буквально сприйматиме юридичні норми, не зважаючи на пріоритет людських прав, то право може бути нереалізованим (що згодом може бути визнано судом як порушення конкретного права та спричинити відповідні наслідки загального та індиві-

дуального характеру, зокрема й виплату справедливої сатисфакції); якщо державний службовець нехтує вимогами юридичних норм, керуючись «благими» намірами, це загрожує правопорядку, призводить до свавілля у діяльності публічної влади, посягає на цінності демократичного суспільства.

Таким чином, наведене вказує на перманентну актуальність такої проблеми, як адміністративний розсуд, яка посилюється в умовах євроінтеграції України, та, відповідно, необхідність імплементації західних правничих концептів. Діяльність органів публічної влади має відповідати європейським стандартам.

Загалом, варто зазначити, що проблематика розсуду є предметом постійної уваги правників. Так, у цьому контексті не можна не згадати працю голови Верховного Суду Ізраїлю (1995–2006 рр.; до цього близько сімнадцяти років був суддею цього суду) Аарона Барака, присвячену висвітленню суддівського розсуду, у якій автор, спираючись на власний досвід, досліджує проблему вибору суддею варіанта поведінки, коли можливе винесення двох та більше різних рішень у справі [1]. Однак державний службовець органу виконавчої влади має зовсім інші повноваження, ніж суддя, до того ж він не завжди має правничу освіту.

Предметом уваги вітчизняних та зарубіжних учених став адміністративний розсуд в умовах верховенства права. Дж. Хіт вказує на неправильність законодавчих і суддівських стратегій щодо зменшення адміністративного розсуду. Автор розглядає верховенство права як засіб удосконалення адміністративного розсуду та запобігання зловживання владою [2].

Серед вітчизняних науковців, чії праці присвячені проблематиці адміністративного розсуду, слід згадати таких, як В. Авер'янов, А. Головін, А. Грінь, М. Закурін, С. Ківалов, М. Корнієнко, О. Кривецький, В. Майоров, Р. Мельник, В. Омелян, М. Оніщук, С. Резанов, О. Семеній та ін.

Водночас наголосимо, що в умовах необхідності постійно вдосконалювати діяльність органів публічного адміністрування задля найкращого забезпечення людських прав, проблематика різних аспектів діяльності адміністративних органів (зокрема, застосування адміністратив-

ного розсуду) залишається актуальною, особливо в умовах подальшої євроінтеграції України.

Мета статті – висвітлити вимоги до адміністративного розсуду в Україні та державах Європейського Союзу.

На початку викладення результатів дослідження слід указати таке. Для вітчизняної системи права інституту адміністративного розсуду є відносно новим. Так, під час перебування у складі радянської держави цю тематику фактично не висвітлювала тогочасна юриспруденція, були відсутні фундаментальні дослідження цього правового інституту. На нашу думку, це пояснюється, зокрема, сприйняттям самого права і, відповідно, превалюванням юридичного нормативізму як основної (і єдиної) теорії розуміння права. Визнання як права суто прескриптивних текстів переважно властиве недемократичній владі, яка будується на особливому статусі «вождя», якому всі й підпорядковані, мають «сліпо слідувати» і безумовно виконувати вказівки, викладені у текстах законодавства. Відтак, ні про який розсуд посадових осіб органів влади на місцях не могло йтися. Наголосимо, що і донині, після понад тридцять років незалежності України, у праві (і в діяльності органів адміністрування) часто йдеться про «сліпе» слідування «букві» закону.

Доречно наголосити, що вже в цьому аспекті є значні відмінності між Україною та державами – членами Європейського Союзу. Так, наприклад, укажемо, що адміністративний розсуд постійно перебуває у центрі уваги вчених. Згадаємо дослідження Х. Ласкі, у якому він ще у 1923 році дійшов висновку, що лише зробивши розсуд ефективним, ми можемо сподіватися надати сучасній державі інструменти, яких вона гостро потребує» [3, с. 97]. Дж. Тревес порівнював адміністративний розсуд в англійській та французькій системах прав, заперечуючи усталений погляд на сприятливість умов для цього розсуду в англійській системі [4]. М. Сункін досліджував розсуд у публічному праві [5].

Окрім цього, додамо, що у Федеративній Республіці Німеччина ще у 1976 році ухвалено Закон про адміністративні процедури (Verwaltungsverfahrensgesetz), який кодифікував адміністративно-процесуальні

норми, що існували на той час, уніфікувавши діяльність органів публічного адміністрування, закріпивши єдині правила всіх адміністративних процедур, а також положення про адміністративний розсуд [6].

Водночас в Україні лише нещодавно ухвалено Закон «Про адміністративну процедуру» (набуття чинності цим законом відбудеться 15 грудня 2023 року) [7]. При цьому цей Закон не містить припису, що безпосередньо (системно, у межах одного структурного елементу нормативно-правового акту) стосується адміністративного розсуду, хоча декілька разів використовується термін «власний розсуд», наводиться дефініція дискреційного повноваження, а також при розкритті змісту принципу законності зазначаються вимоги до законності реалізації цього повноваження.

Зазначимо також, що чинним є підзаконний акт (Методологія антикорупційної експертизи, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 24 квітня 2017 року № 1395/5), у якому визначається дискреція (при цьому також указується на дискреційні повноваження). Відповідно до цього акта «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 визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке ухвалюють, або можливість вибору на власний розсуд одного з декількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом, проектом нормативно-правового акта» [8].

У німецькому законодавстві один із параграфів Закону про адміністративні процедури регулює відносини щодо застосування досліджуваного інституту адміністративного права. Згідно з § 40 цього Закону, якщо адміністративний орган уповноважений діяти на власний розсуд, він повинен діяти відповідно до мети повноважень, а також дотримуватися встановлених законом обмежень розсуду [6].

І хоча цей припис є доволі лаконічним, він дозволяє зрозуміти сутність, призначення та межі адміністративного розсуду. Так, цілком очевидним є те, що органи адміністративної влади зобов'язані діяти

в межах передбачених законом повноважень. Однак сам закон має абстрактний характер, що зумовлено його сутністю. У законодавстві закріплюється модель поведінки, яка не може враховувати все різноманіття суспільних відносин та варіацій прояву поведінки людини (врешті-решт людині іманентна свобода волі). Тому в наведеному законодавчому приписі хоч і міститься вказівка на повноваження, однак сама дискреція пов'язується зі способом дії органу адміністративної влади. В Україні ж, як ми зазначили вище, законодавчо закріплене саме дискреційне повноваження, що значно спотворює сутність досліджуваного явища (адміністративного розсуду), яке сприймається як одне з повноважень, наприклад, як повноваження вимагати подання певних документів, і, відповідно, воно може бути реалізоване суто в обмежених (прямо вказаних законом) випадках, при цьому обмеженою є і свобода дій органу. За такого сприйняття розсуду бажаним (важливим) є і наявність підзаконного акта, що буде визначати порядок дій посадовця при здійсненні такого повноваження. Це, як бачимо, унеможлиблює дискрецію. Саме тому адміністративний розсуд доцільно розглядати як спосіб здійснення повноважень адміністративним органом і цей спосіб не може (як це наголошується в німецькому законодавстві) використовуватися всупереч меті цих повноважень.

Як бачимо, окреслена норма німецького Закону не містить визначення адміністративного розсуду, не вказує на перелік випадків застосування дискреції тощо. Загалом, законодавство держав-членів Європейського Союзу переважно не містить дефініцій правових понять (їх наявність є скоріше винятком, а не правилом), особливо тих, які не позначають конкретні предмети. При цьому вся норма обмежується одним реченням, яке дає доволі абстрактне уявлення про адміністративний розсуд. Конкретного змісту ця норма набуває через практику національних судів, правову доктрину та діяльність самих адміністративних органів.

До цього додамо, що і вчені, розглядаючи проблеми адміністративного розсуду, досить рідко вдаються до узагальнення думок науковців із розуміння відповідного

поняття, глибокого аналізу ознак цього явища з використанням положень тлумачних словників, обмежуючись практичними аспектами застосування дискреції.

Натомість українські науковці зосереджують увагу саме на дефініції адміністративного розсуду, характеристиці змісту тощо. Показовим у цьому контексті є і такі слова вітчизняного автора: «На основі аналізу різномірних доктринальних трактувань поняття «адміністративний розсуд», які пропонують вітчизняні та зарубіжні вчені (при цьому автор, окрім А. Барака, наводить прізвища лише російських науковців – А.К., О.М.), можна виокремити такі підходи до його визначення: 1) адміністративний розсуд є мірою свободи, компетенції посадової особи держави...; 2) адміністративний розсуд – це специфічний вид діяльності...; 3) адміністративний розсуд – вибір у процесі творчої діяльності...» [9].

Додамо, що доволі часто у таких дефініціях згадується, що розсуд є творчою діяльністю, інтелектуальною діяльністю та ін., що, на нашу думку, є надмірною догматизацією. Такі ознаки майже не вказують у дослідженнях західних учених.

У межах Ради Європи діють Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи № R(80)2 щодо здійснення дискреційних повноважень органами адміністративної влади, ухвалені Комітетом міністрів 11.03.1980 р. на 316-й нараді [10].

Доречно наголосити, що у преамбулі до цього документа вказано про врахування того факту, що адміністративні органи діють у все більшій кількості сфер соціальної дійсності й у процесі своєї діяльності їм часто необхідно застосовувати адміністративний розсуд (що вказує на сприйняття дискреції та її важливості для реалізації повноважень). Окрім цього, зазначається і важливість реалізації дискреції для реалізації мети повноважень [10], що цілком узгоджується з указаним вище приписом Закону про адміністративні процедури.

При цьому доволі важливим є визначення у цьому документі принципів, яких зобов'язані дотримуватись адміністративні органи, використовуючи дискрецію, а також інтерпретація досліджуваного явища: «термін «дискреційні повноваження» означає повноваження, які залишають адміністративному органу певний ступінь свободи щодо рішення, яке має бути винесене, дозволяючи йому вибрати з-поміж кількох юридично прийнятних рішень те, яке він вважає найбільш прийнятним. При реалізації цих принципів необхідно належним чином урахувувати вимоги належного та ефективного управління, а також інтереси третіх сторін і основні суспільні інтереси. Якщо ці вимоги чи інтереси вимагають зміни або виключення одного чи кількох із цих принципів, або в окремих випадках, або в конкретних сферах державного управління, слід, попри на це, докласти всіх зусиль для дотримання духу цієї рекомендації» [10].

Таким чином, одним із напрямів подальшого вдосконалення діяльності адміністративних органів є зміна підходів до розуміння адміністративного розсуду, що дозволить посилити ефективність роботи органів публічної влади. При цьому за основу інтерпретації дискреції доцільно взяти сформований у межах держав Європейського Союзу концепт цього інституту права.

Адміністративний розсуд є тим засобом, що забезпечує ефективне виконання покладених на органи публічної влади повноважень; це спосіб виконання покладених на органи публічного адміністрування завдань із реалізації людських прав. Тому використання дискреції не може посягати на мету повноважень.

Як подальший напрям наукових досліджень проблем адміністративного розсуду слід указати на відвід від догматичних аспектів сприйняття дискреції та зосередження уваги на практичних аспектах її реалізації.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Barak A. *Judicial Discretion*. New Haven and London, Yale University Press, 1989. 270 p.
2. Heath J. Administrative Discretion and the Rule of Law. *The Machinery of Government: Public Administration and the Liberal State* (New York, 2020; online edn, Oxford Academic, 20 Aug. 2020). <https://doi.org/10.1093/oso/9780197509616.003.0006>.
3. Laski H. J. The Growth of Administrative Discretion. *The Journal of Public Administration*. 1923. №1 (2). P. 92–100.
4. Treves G.E. Administrative Discretion and Judicial Control. *The Modern Law Review*. 1947. № 10(3). P. 276–291.
5. Sunkin M. *Judicial Review: Rights and Discretion in Public Law*. 1983. № 46 (5). P. 645–653
6. Bundestag. *Verwaltungsverfahrensgesetz*. 25.05.1976. URL <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/index.html#BJNR012530976BJNE006002301>
7. Про адміністративну процедуру : Закон України від 17 лютого 2022 року. URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2073-20#Text>
8. Методологія антикорупційної експертизи : наказ Міністерства юстиції України від 24.04.2017 р. № 1395/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1395323-17#Text>
9. Kivalov S. V. Application of administrative discretion in conditions of counteraction the spread of the covid-19 pandemic. *Public administration under modern conditions: concept, features, challenges*. Collective monograph. Riga: Izdevniecība "Baltija Publishing", 2020. 264 p. URL: <https://doi.org/10.30525/978-9934-588-67-9.1>
10. 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 (Adopted by the Committee of Ministers on 11 March 1980 at the 316th meeting of the Ministers' Deputies). URL <https://rm.coe.int/16804f22ae>