

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Мілієнко О.А.,

кандидат юридичних наук,

здобувач кафедри адміністративного та господарського права
Запорізького національного університету

УДК 342.924

DOI <https://doi.org/10.32845/2663-5666.2020.3.20>

ДИСКРЕЦІЯ ТА АДМІНІСТРАТИВНИЙ АКТ

Актуальність теми. Дискреція органів виконавчої влади (їх посадових осіб) є елементом адміністративної влади, що ототожнюється із обмеженим (правовим) розсудом і відповідно базується на двох засадах: 1) вольовій, власне розсуд – владне веління, що ґрунтується на розумному співвідношенні інтересів, відповідно до якого мають здійснюватися дії, приймаються рішення в межах власних повноважень, формується відповідна мотивація, здійснюється оцінка альтернатив (дій, рішень) та обґрунтовується вибір відповідного варіанту, обумовлюється намір слідувати прийнятим рішенням і діяти відповідно з ними; 2) інтелектуальній (морально-правовий аспект), що означає використання владних повноважень «за здоровим глуздом», під яким розуміють, крім логічного порядку дій, і розумну усталеність правопорядку [1, с. 102; 2, с. 49; 3, с. 51–52].

Утім, як вказують окремі дослідники, подібність понять «дискреція» і «розсуд» (у загальному значенні) не дає підстав вважати їх синонімічними, оскільки вони мають різні соціокультурні джерела походження і певне тлумачення, а також володіють стійкими, достатньою мірою сформованими на практиці відмінностями [4]. По-перше, дискреція, на відміну від розсуду (у загальному розумінні цього слова) «заснована на праві і обмежена правом; вона являє собою правову форму соціально-психологічного явища розсуду», по-друге, «всі прояви дискреції містять у собі розсуд, але не кожний прояв розсуду є дискрецією (розсуд може проявлятися як свавілля), при цьому розсуд (у широкому розумінні) може як відповідати, так і не відповідати правовим нормам і принципам» [5, с. 33]. Так, «вільний», не обмежений якимись заборонами (безперешкодний, беззаборонний) розсуд, у тому числі органів виконавчої влади (їх посадових осіб), не є дискрецією у вищевикладеному розумінні.

Ступінь наукової розробки. Протягом багатьох років проблема розсуду привертає увагу як вітчизняних, так і зарубіжних учених, юристів-практиків, а на сучасному етапі ця проблематика стає все більш актуальною та дискусійною, оскільки наразі відсутнє єдине розуміння та підхід як до змісту самого терміну, так і до видів розсуду та меж. Загалом вивчення ідеї формування публічно-сервісної держави було предметом досліджень ряду вчених, зокрема, виділяються праці О. Пушняка, О. Понома-

ренка, М. Щирби, О. Плечій та ін. Концепція «good governance» досліджувалася у працях таких українських вчених, як: В. П. Тимошук, В.М. Бевзенко, С. П. Рабінович, Т.О. Коломоєць, І.С. Козій та ін.. З огляду на те, що європейські та світові стандарти здійснення процедури прийняття адміністративних актів досліджується досить фрагментарно, доцільно проаналізувати це питання комплексно.

Метою наукової роботи визначено дослідження співвідношення категорій «дискреція» та «адміністративний акт».

Виклад основного матеріалу. У перекладі з англійської слово «розсуд» (*discretion*) визначається як – представляти, передавати на чийсь розсуд, на розсуд будь-кого, діяти на власний розсуд [6]. Зокрема, як вказує спеціальна література, слово «дискреція» згадується з 1705 року та має французьке походження. Сучасний словник іншомовних слів під словом «дискреція» розуміє вирішення посадовою особою або державним органом певного питання на власний розсуд [7]. Прикметник «discretionary» – як «дискреційний, наданий на розсуд»; «право вирішувати; необхідні повноваження». Французький еквівалент «discretionnaire» – має значення «дискреційний», тобто «залежний від власного розсуду».

На думку окремих вчених французький переклад дискреційності в загальносуспільному значенні, як діяльності на власний розсуд, за власним переконанням, суперечить її правовому змісту, адже йдеться не про безконтрольну, безвідповідальну роботу посадових осіб, а про реалізацію повноважень у межах, визначених законом. Відповідно, під адміністративним розсудом вчений пропонує розуміти діяльність органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, що ґрунтується на використанні можливостей, визначених нормою права, за власним переконанням [8].

В англійській науковій літературі наголошується, що дискреція – це не обов'язок, а повноваження адміністративного органу, оскільки юридична концепція дискреції передбачає можливість вибору між альтернативними способами дій та/або бездіяльністю. У разі, якщо законодавство передбачає прийняття лише певного конкретного рішення, то це не є реалізацією дискреції (повноважень), а є виконанням обов'язку [9].

Доцільно підкреслити, що поняття «дискреції» часто зустрічається в численних національних нор-

мативно-правових актах, проте на сьогодні легальна дефініція цього поняття відсутня. Утім, 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) закріплено визначення – 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 [10].

У Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийнятих Комітетом Міністрів 11.03.1980, дискреційні повноваження визначені 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 впливає 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 [11].

Означена Методологія Міністерства юстиції, на відміну від Рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2, надає державним органам та органам місцевого самоврядування, а також окремим уповноваженим особам істотно ширші повноваження, що полягає в можливості на власний розсуд повністю або частково визначити вид і зміст управлінського рішення. Проте таке визначення, на думку деяких дослідників, не є обґрунтованим, адже у розсуду державного органу мають бути межі допустимих законом рішень [12].

На сторінці Касаційного адміністративного суду офіційного веб-сайту Верховного Суду розміщено науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень, в якому зокрема вказується, що суб'єкт владних повноважень – орган державної влади, орган місцевого самоврядування, інший суб'єкт, що здійснює владні управлінські функції відповідно до законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень (стаття 1 Закону України «Про інформацію»). Так, дискреційне повноваження може полягати у виборі діяти чи бездіяти, 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. Для позначення дискреційного повноваження законодавець використовує, зокрема, терміни «може», «має право», «за власної ініціативи», «дбає», «забезпечує», «веде діяльність», «встановлює», «визначає», «на свій розсуд». Однак

наявність такого терміну у законі не свідчить автоматично про наявність у суб'єкта владних повноважень дискреційного повноваження [13].

Висновок. Проведений аналіз дає підстави стверджувати, що для встановлення меж адміністративного розсуду, найбільш доцільним крім застосування норм національного законодавства, необхідно брати до уваги міжнародні стандарти обмеження дискреційних повноважень у процесі реалізації процедури прийняття адміністративних актів. Вони досить чітко та лаконічно сформульовані, в тому числі, 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, враховуючи конкретні обставини кожної справи. Здійснення повноважень у спосіб, що призводить до виразно несправедливих, невмотивованих, нерозумних або деспотичних рішень, є порушенням правовладдя.

Резолюція Комітету Міністрів Ради Європи (77) 31 про захист особи стосовно актів адміністративної влади визначила процедурні гарантії для особи в межах адміністративних проваджень (незалежно від реалізації в них дискреційних повноважень), такі як: право особи бути вислуханою; доступ до інформації; допомога і представництво; зазначення мотивів; повідомлення про способи оскарження (перегляду).

Отже, підсумовуючи вищенаведене доцільно вказати, що питання щодо визначення меж дискреційних повноважень у процесі реалізації процедури прийняття адміністративних актів залишається досить дискусійним. Однак, в будь-якому випадку, адміністративний орган не обмежений у виборі способів реалізації своїх повноважень у процесі реалізації процедури прийняття адміністративних актів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Бойчук М. І. Дискреційні повноваження органів внутрішніх справ: правова природа та умови ефективного застосування. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2010. № 1. С. 100–106.
2. Венгер В. М. Обмеження дискреційних повноважень як принцип верховенства права. *Наукові записки Національного університету «Києво-Могилянська академія»*. Серія: «Юридичні науки». 2013. №2. Т. 144–145. С. 49–54.
3. Барабаш Ю. Г. Дискреційні повноваження вищих органів влади: правова природа та умови ефективного застосування. *Університетські наукові записки*. 2007. № 4 (24). С. 49–54.

4. Грінь А.А. Дискреційні повноваження органів виконавчої влади України та їх реалізація: дис... к.ю.н. 12.00.07. К., 2019. 256 с.

5. Мирошник О. А. О некоторых аспектах конституционно-правового понятия дискреции. *Правовая политика и правовая жизнь*. Москва; Саратов: Саратовский филиал ИГИП РАН, 2012. № 4. С. 30–33.

6. Discretion. URL.: <https://english-online.org.ua/dictionary/discretion>

7. Бибик С. П. Словник іншомовних слів / С. П. Бибик, Г. М. Сюта. – Х. : Консум, 2006. – 380 с.

8. Лагода О. Основні помилки у застосуванні дискреційних повноважень посадовими особами адміністративних органів. *Право України*. 2009. №3. С. 86. URL.: pravoua.com.ua/ru/store/cdownload/pravoukr/pravoukr_2009_3/

9. Nedjatigil, Zaim M. Judicial Control of Administrative Discretion: A Comparative Study (Great Britain, France, Germany, Netherlands, Italy). *Anglo-American Law Review* 14.2 (1985).

10. Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи» Наказ міністерства юстиції України. № 1380/5 від 23 червня 2010 року. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1380323-10#Text>

11. 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>

12. Лоук І.А. Особливості реалізації дискреційних повноважень Національним банком України при створенні банків. *Часопис Київського університету права*. 2016. №2. С. 115-120.

13. *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

Мілієнко О.А. ДИСКРЕЦІЯ ТА АДМІНІСТРАТИВНИЙ АКТ

Метою наукової роботи визначено дослідження категорії дискреції як складової діяльності адміністративних органів. Визначено, що дискреція органів виконавчої влади (їх посадових осіб) є елементом адміністративної влади, що ототожнюється із обмеженим (правовим) розсудом і відповідно базується на двох засадах: вольовій, власне розсуд – владне веління, що ґрунтується на розумному співвідношенні інтересів, відповідно до якого мають здійснюватися дії, прийматися рішення в межах власних повноважень, формується відповідна мотивація, здійснюється оцінка альтернатив (дій, рішень) та обґрунтовується вибір відповідного варіанту, обумовлюється намір слідувати прийнятим рішенням і діяти відповідно з ними; інтелектуальній (морально-правовий аспект), що означає використання владних повноважень «за здоровим глуздом», під яким розуміють, крім логічного порядку дій, і розумну усталеність правопорядку. Зазначено, що поняття «дискреція» і «розсуд» подібні, зокрема у перекладах з різних мов вони мають такі значення, як: «розсуд, свобода дій, вільний вибір, право розсуду, дискреційне право, розсудливість, обережність, надані на власний розсуд, що діють за власним розсудом, дискреційні», та потребують подальшого з'ясування їх сутності. Зроблено висновок, що для встановлення меж адміністративного розсуду, найбільш доцільним крім застосування норм національного законодавства, брати до уваги міжнародні стандарти обмеження дискреційних повноважень у процесі реалізації процедури прийняття адміністративних актів, що сформульовані, в тому числі, в Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2. Акцентовано, що 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, враховуючи конкретні обставини кожної справи. Наголошено, що здійснення повноважень у спосіб, що призводить до виразно несправедливих, невмотивованих, нерозумних або деспотичних рішень, є порушенням правовладдя.

Ключові слова: розсуд, дискреційне повноваження, протиправний адміністративний акт, нечинність, адміністративний орган.

Miliienko O.A. DISCRETION AND ADMINISTRATIVE ACT

The purpose of the scientific work is to study the category of discretion as a component of the activities of administrative bodies. It is determined that the discretion of executive bodies (their officials) is an element of administrative power, identified with limited (legal) discretion and, accordingly, based on two principles: volitional, proper discretion – authoritative command, based on a reasonable balance of interests, according to which actions must be taken, decisions must be made within their own powers, appropriate motivation is formed, alternatives (actions, decisions) are evaluated and the choice of the appropriate option is substantiated, the intention to follow the adopted decision and act in accordance with them is stipulated; intellectual (moral and legal aspect), which means the use of power «in common sense», which means, in addition to the logical order of action, and a reasonable stability of law and order. It is noted that the concepts of «discretion» and «discretion» are similar, in particular in translations from different languages they have such meanings as: «discretion, freedom of action, free choice, right of discretion, discretion, prudence, caution, provided at its discretion, acting at their own discretion, are discretionary »and need further clarification of their essence. It is concluded that to establish the limits of administrative discretion, the most appropriate in addition to the application of national law, to take into account international standards of limitation of discretion in the implementation of administrative procedures, formulated, inter alia, in the Recommendations

of the Committee of Ministers of the Council of Europe 80) 2. It is emphasized that the administrative body, making a specific decision, should strive to achieve the goal for which it is endowed with the appropriate powers; adhere to the principle of objectivity and impartiality, taking into account only those factors that are relevant to this particular case; to adhere to the principle of equality before the law, to prevent unjust discrimination; to ensure proper balance (proportionality) between the purpose of the decision and its negative consequences for the rights, freedoms or interests of individuals; make decisions within a reasonable time, taking into account the nature of the case; apply general administrative instructions consistently and in a coordinated manner, taking into account the specific circumstances of each case. It is emphasized that the exercise of powers in a manner that leads to manifestly unjust, unmotivated, unreasonable or despotic decisions is a violation of the rule of law.

Key words: discretion, discretionary power, illegal administrative act, invalidity, administrative body.