



КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

Ю. Г. Барабаш*

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ВИЩИХ ОРГАНІВ ВЛАДИ: ПРАВОВА ПРИРОДА ТА УМОВИ ЕФЕКТИВНОГО ЗАСТОСУВАННЯ

Незважаючи на нетривалий час функціонування науки конституційного права в умовах повної свободи творчих пошуків науковців, що представляють цю галузь, можна з певною впевненістю стверджувати про формування декількох ключових напрямків наукових досліджень. Одним із таких генеральних напрямків, що існує в межах вивчення державного механізму та засобів його конституювання, є розробка процесуально-процедурної сторони діяльності державних інституцій. Більш того, останнім часом все частіше почали говорити про необхідність виділення в межах конституційного права такого генерального інституту, як конституційно-процесуальне право. А інколи, навіть, лунають пропозиції відокремити цей нормативний масив і зафіксувати існування в системі права нової галузі із відповідною назвою. На фоні таких тенденцій поступово з поля зору конституціоналістів починає зникати “дискреційний” характер цілої низки ключових повноважень вищих органів влади, а якщо точніше, то — відношення до подібного роду повноважень, як до “дискреційних”. Попри те події, що відбуваються в українському політикумі останнім часом, дозволяють говорити про необхідність внесення “на порядок денний” сучасної науки конституційного права проблематику дискреційних повноважень.

Як вже зазначалось, проблематика дискреції у владних правовідносинах не була предметом комплексного дослідження на сучасному етапі розвитку науки конституційного права. Разом із тим, ці питання входили до кола наукових інтересів цілої низки західних вчених, таких як класик англійського конституціоналізму А. Дайсі, сучасних дослідників: Л. Соссіна, Б. С. Маркесиніса, У. Хекоттера, К. Спіймана та ін.

Метою статті є встановлення правової природи дискреційних повноважень, умов ефективного існування дискреції у владному середовищі, еволюції дискреції на прикладі інституту дострокового припинення повноважень парламенту.

Насамперед, звернемо свою увагу на етимологію терміна “дискреція”. В багатьох випадках походження цього терміна пов’язують із латинським словом

© Барабаш Ю. Г., 2007

* завідувач кафедри конституційного права України Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого (м. Харків), кандидат юридичних наук, доцент



discretion, що на латині означає “розподіл”¹, чи французьким еквівалентом *discretionnaire* — “залежний від власного розсуду”². Попри те, на наше глибоке переконання, найбільш повно зрозуміти природу та сучасне значення дискреції можна, звернувшись до англomовного варіанта цього терміна. “Discretion — 1) свобода розсуду; 2) здоровий глузд”.

Тому, на наш погляд, дискреція передбачає одразу дві складові — вольову, яка включає в себе вільний розсуд, і інтелектуальну (морально-правову), яка означає використання дискреційних повноважень “за здоровим глуздом”. Своєрідним компенсатором цього “здорового глузду” в європейській країнах є наявні конституційні традиції та звичаї, які не дозволяють посадовій особі при реалізації дискреційних повноважень спиратись виключно на внутрішню мотивацію. Загалом, ефективно інститут дискреційних повноважень може існувати за наявності одразу таких трьох явищ — конституційної відповідальності вищих органів влади за прийняті ними рішення, довіри між інституціями влади, втрата якої веде до зміни персонального складу цих інституцій, та стійких конституційних традицій.

Спробуємо проаналізувати кожний із вищеназваних компонентів. Що стосується конституційно-правової відповідальності, то цей інститут еволюціонував разом із інститутом дискреційних повноважень. З’явившись чи не вперше в Конституції США у вигляді інституту імпідменту вищих посадових осіб та інших федеральних службовців, цей вид відповідальності до цього часу перебуває не тільки в орбіті уваги вчених-конституціоналістів, але й стає предметом конституційних змін. Серед останніх прикладів, що ще не стали об’єктом належної уваги вітчизняних дослідників, можна назвати зміни, що були внесені до Конституції Франції 1958 року Конституційним законом № 2007-238 від 23 лютого 2007 року. Цим законом був викладений в новій редакції Розділ IX Конституції, який стосується діяльності спеціалізованого органу з питань притягнення вищих посадових осіб, перш за все Президента, до конституційно-правової відповідальності. Зміни торкнулися не лише процесуально-процедурних питань притягнення Президента до відповідальності, але і підстави такої відповідальності. Так, якщо раніш відповідно до ст. 68 Конституції Франції Президент ніс відповідальність лише за вчинення державної зради, то тепер підставою відповідальності є “порушення ним (Президентом) своїх обов’язків, явно не сумісних із здійсненням мандату”. Більш того Президент отримав додатковий імунітет: відтепер він не зобов’язаний давати свідчення в суді (ч. 2 ст. 67 Конституції). Що стосується останньої новели, то її появу пов’язують із подіями, що мали місце останнім часом у французькому політикумі. Мова йде про відмову діючого на той час Президента Франції Жака Ширака давати свідчення у кримінальній справі з приводу фінансових махінацій, що мали місце в оточенні глави держави. Зокрема, перед Президентом ставилось питання про походження 2,4 млн. французьких франків, що були витрачені на оплату авіаперельотів осіб із оточення глави держави у період з 1992 по 1995 рік.

Значення конституційно-правової відповідальності для ефективності функціонування інституту дискреційних повноважень полягає в тому, що особа, яка з одного боку наділяється достатньо серйозними владними важелями, повинна відчувати неминучість (або ж хоча б достатньо велику можливість) притягнення до відповідальності за використання повноважень всупереч конституційним цінностям. У цьому контексті хотілось би зазначити, що на сьогодні ми

¹ Конституционное право: Словарь. — М.: Юрист, 2001. — С. 132.

² Юридична енциклопедія. — К.: Вид-во “Українська енциклопедія” ім. М. П. Бажана, 1999. — Т. 2. — С. 195.



спостерігаємо негативну тенденцію, коли слабкість інституту конституційної відповідальності намагаються компенсувати регламентацією дій посадовців у випадку порушення ними приписів Основного Закону. Мова йде, насамперед, про запроваджену після проведення конституційної реформи процедуру промульгації закону Головою Верховної Ради України у випадку порушення Президентом конституційної вимоги підписати і оприлюднити закон, вето відносно якого було подолано парламентом.

Що стосується довіри, то її, безсумнівно, слід визнати однією із важливих складових демократичної системи організації влади в сучасних країнах. Для юристів більш звично розглядати довіру переважно в межах приватно-правових відносин. Достатньо згадати про виокремлення фідучіарних правовідносин та відповідних угод в цивільному праві. Натомість таке “обмежене” ставлення до “довіри”, на наше переконання, певним чином нашкодило розвитку публічного сектора правового життя. Тенденційним явищем стало поступове витіснення “довіри”, проявом якої слід визнати можливість вирішення питань за взаємною домовленістю та виконання владних рішень, насамперед, в силу авторитету суб’єкта, що ухвалив таке рішення. Замість цього, однією із вихідних засад правового реформування державного механізму стало максимальне процесуально-процедурне врегулювання діяльності органів влади.

Звичайно, ми погоджуємось з тим, що бюрократичний апарат потребує чітких та детальних процедур розгляду питань та прийняття рішень. Однак така постановка питання має більше відношення до органів державного управління, до яких ми, перш за все, відносимо центральні та місцеві органи виконавчої влади, а також до органів місцевого самоврядування, тоді як діяльність та взаємодія вищих органів влади, насамперед парламенту, Президента та Уряду, має суттєво інший характер.

По-перше, важливість та складність питань, які є предметом їх діяльності, потребує варіативності у їх вирішенні. Однак надмірна “процедурна заврегульованість” практично позбавляє суб’єкта ухвалення рішень такої варіативності. Наступна теза фактично впливає із попередньої. Як довели останні події з позачерговими виборами, звиклість як політичної еліти, так і юридичної громадськості до аналізу владних рішень, перш за все, з точки зору “процедурної чистоти”, призводить до того, що ми поступово починаємо розглядати вищих посадовців як рядових виконавців. Тоді як і Президент, і парламентарії обираються на свої посади, насамперед, виступаючи носіями певних державотворчих ідей, що концентровано втілюються в їх передвиборчих програмах. В разі ж суттєвої “процедурної” обмеженості в діях говорити про наявність стовідсоткової можливості реалізувати свої програмні цілі як парламентській більшості, так і главі держави не доводиться. Автора можна запідозрити у відступі від доктринального принципу “верховенства права та Конституції” і наданні переваги “політичній доцільності”. Однак мета попередньої аргументації полягала зовсім не в підміні традиційних конституційних цінностей іншими речами, що лежать поза межами права. Ми хотіли звернути увагу на достатньо небезпечне явище у вітчизняному конституціоналізмі. Надмірну “процесуалізацію” та надмірну деталізацію, особливо на рівні Конституції, діяльності вищих владних інституцій. І тут знову можна поставити знак питання під цим твердженням. Адже, можна запитати: як забезпечити недопущення “узурпації державної влади” (ч. 4 ст. 5 Конституції України³) та здійснення

³ Конституція України від 28.06.1996 р. // ВВР. — 1996. — № 30 — Ст. 141.



державної влади “на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову” (ч. 1 ст. 6 Конституції). Поки що, як доводить вітчизняна практика державотворення, найбільш універсальним рецептом вважається максимальна “процесуалізація” в діяльності вищих органів влади. Достатньо згадати ті зміни та доповнення, які були внесені до Конституції України Законом № 2222-IV від 8 грудня 2004 року⁴. В цьому ж напрямку пропонується здійснювати ревізію конституційного тексту основними суб’єктами здійснення державної політики, в першу чергу Президентом України⁵.

На превеликий жаль, ті цілі, які ставили розробники згаданого законопроекту, так себе і не виправдали. Це пов’язано, насамперед, із недоліками законодавчої техніки, нехтуванням законами конституціоналізму, зокрема, необхідності переобрання всіх органів влади, які мають представницький характер⁶. Однак немаловажне значення мала, на наше переконання, і спроба максимально деталізувати поведінку владних суб’єктів. Звуження “маневреного поля” для політиків призводить до того, що вони, прикриваючись необхідністю виконання всіх конституційно передбачених процесуальних дій, врешті-решт ухвалюють ті рішення, які максимально відповідають їх інтересам чи інтересам політичної сили, яку вони очолюють. Яскравим прикладом було виконання Президентом України 2 квітня 2007 року приписів ч. 3 ст. 90 по проведенню консультацій із Головою Верховної Ради України, його заступниками та головами депутатських фракцій у Верховній Раді України. З подальших дій глави держави, зокрема — з прийняття декількох указів по розпуску парламенту, очевидним є те, що вказані консультації проводились, скоріш за все, лише з метою формального дотримання конституційної процедури. Більш того, слід відверто сказати, що проведення консультацій є скоріш політичним засобом розв’язання державно-правових конфліктів, аніж правовим. А встановлення на конституційному рівні подібного роду процедур є закріпленням традицій вирішення конфліктних питань у політикумі шляхом переговорів. У протилежному випадку, подібні конституційні процедури відіграватимуть лише формальну роль.

До того ж, слід констатувати факт ігнорування вищими посадовцями конституційних приписів, що спостерігалось особливо яскраво після формування парламенту V скликання. Це є свідченням не тільки низького рівня правової культури, але і намаганням політиків “звільнитись” від жорстких процесуально-процедурних рамок діяльності. Можна по-різному оцінювати підписання Універсалу національної єдності, але безперечним є той факт, що подібні речі стали можливим, насамперед, через те, що політика поступово витісняється правовими засобами із конституційного поля діяльності вищих посадовців.

Заслуговує на увагу питання еволюції інституту дискреційних повноважень, яке можна розглянути на прикладі інституту розпуску парламенту. Повноваження по розпуску традиційно відносили до так званих “королівських прерогатив”⁷. Його створення дослідники пов’язують із необхідністю забезпечити баланс між монархом та парламентом. Тому дискреційне забарвлення отримали лише ті повноваження, які стосуються взаємовідносин загальнонаціонального

⁴ Про внесення змін до Конституції України: Закон України від 08.12.2004 р. // ОВУ. — 2004. — № 49. — Ст. 3201.

⁵ У Президента готують Конституцію переходного періода [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://news.liga.net/elect2007/news/N0740466.html>; Проект нової редакції Конституції України, запропонований Комуністичною партією України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://kpu.net.ua/wp-content/uploads/2007/03/konstitutsiya.doc>.

⁶ Більш детал. див.: Барабаш Ю. Г. Державно-правові конфлікти: причини, наслідки, вибори як форма їх розв’язання // Вісник Центральної виборчої комісії. — 2007. — № 2. — С. 28-32.

⁷ *Markesinis B.S.* The theory and practice of dissolution of parliament. — Cambridge: UP, 1972. — P. 54.



представницького органу з главою держави. Свого часу відомий англійський конституціоналіст А. Дайсі так охарактеризував “королівські прерогативи”: “Це залишок дискреційної чи деспотичної влади, яка за будь-яких часів залишається юридично в руках Корони”⁸. Однак навіть за таких умов визнається і інший факт, який свідчить, що “дискреційний” характер прерогатив носить обмежений характер. Мова йде про те, що реалізувати одну із своїх ключових прерогатив, — розпуск парламенту, монарх може лише за наявності відповідної ініціативи з боку Уряду⁹.

У цьому аспекті важливо відзначити сутність терміна “прерогативи” відносно королівської влади. Насамперед, мова йде про доктрину нерозповсюдження судової юрисдикції на рішення, прийняті в межах королівських прерогатив¹⁰. Ця доктрина час-від-часу використовується судами країн Британської співдружності в достатньо гучних справах. Одним із останніх прикладів стало оскарження в канадських судах Конрадом Блеком дій Жана Крет’єна (на той момент канадського Прем’єра). Конфлікт між бізнесменом та урядовцем виник через те, що останній втрутився в процес отримання К. Блеком почесного звання пера. Справа в тому, що відповідно до Резолюції британського Парламенту відомою під назвою “Резолюція Нікле” (1919 р.), яку, однак, навряд чи можна вважати законодавчим актом, Король не вправі нагороджувати чи присвоювати почесний титул особам, які постійно проживають в Канаді чи мають громадянство цієї країни. Саме про цю Резолюцію нагадав Королеві Прем’єр Ж. Крет’єн, і саме наявність канадського громадянства стало підставою для відмови у наданні Блеку високого титулу. Ображений Блек звернувся до суду, вважаючи втручання прем’єра у процедуру присвоєння “королівських” титулів зловживанням службовим становищем. Він зауважив, що дії Крет’єна є помстою за негативні публікації відносно прем’єрської діяльності в газетах, які належали Блеку. Однак відразу дві судові інстанції (суд першої інстанції та апеляційний суд Онтаріо) відмовили у задоволенні позовних вимог через те, що судовому розгляду не підлягають питання у сфері реалізації королівських прерогатив¹¹.

З часом доктрина королівських прерогатив стала суттєвим підґрунтям при формуванні інституту президентства. Мова йде про те, що в багатьох випадках повноваження президента формулювались таким чином, що б передбачити максимальний “розсуд” глави держави при прийнятті ним важливих державних рішень. Насамперед, це торкнулось вже згаданого нами інституту розпуску парламенту. Аналіз конституцій 55 країн свідчить, що достатньо часто (в 19 випадках) повноваження глави держави по розпуску парламенту носять значний дискреційний характер. Однак не слід абсолютизувати подібну дискрецію. Попередньо наданий аналіз відносно трьох ключових факторів, що впливають на ефективність існування інституту дискреційних повноважень, стосується, насамперед, повноважень по розпуску парламенту. Аналізуючи повноваження Федерального президента по розпуску Бундестагу, у випадку відмови останнім у довірі Федеральному канцлеру, німецькі дослідники У. Хекоттер та К. Спілман зазначають, що при прийнятті рішення по оголошенню дострокових виборів президент “зв’язаний” позицією канцлера та його політичною волею. Лише в тому разі, коли глава держави вважатиме, що канцлер неправильно оцінив політичну ситуацію, він може відмовити канцлеру в його пропозиції¹².

⁸ Цит. за: *Markesinis B.S. Ibid.*

⁹ *Markesinis B.S. Ibid.* — P. 55.

¹⁰ *Sossin L. The Rule of Law and the Justiciability of Prerogative Powers: A Comment on Black v. Chretien // McGill Law Journal.* — 2002. — Vol. 47. — P. 437-438.

¹¹ *Sossin L. Ibid.*

¹² *Heckotter U., Spielmann C. Schroder's Dissolution of the Bundestag Approved An Expression of Faith in the German Public // European Constitutional Law Review.* — 2006. — № 2. — P. 11.



Підсумовуючи вищевикладене, можемо констатувати наступне.

1. Ефективність використання інституту дискреційних повноважень в конституційно-правовому регулюванні ми пов'язуємо з наявністю трьох ключових державно-правових явищ: конституційної відповідальності вищих органів влади за прийняті ними рішення; довіри між інституціями влади, втрата якої веде до зміни персонального складу цих інституцій, та стійких конституційних традицій. Разом з тим, як це не дивно, застосування дискреції на конституційному рівні в перехідних умовах розвитку державності може в окремих випадках сприяти ефективному функціонуванню органів влади, конструктивному вирішенню державно-правових конфліктів та виробленню вищеназваних традицій. Хоча звично використання цього інструменту має бути досить виваженим.

2. Надмірна “захопленість” процесуально-процедурною стороною врегулювання діяльності вищих органів влади на конституційному рівні може призвести і призводить до поступового витіснення політики як сфери, де діє розсуд і вибір форм і методів прийняття рішень із діяльності вищих посадовців.

3. Дискреція в окремих випадках залишилась лише формальною стороною прийняття вищими посадовцями важливих державних рішень. Простіше кажучи, незважаючи на конституційне закріплення, та чи інша посадова особа практично позбавлена можливості приймати рішення “за власним розсудом”, так як її рішення вже передбачено діями іншого посадовця, який виступив його ініціатором.

*Стаття рекомендована до друку кафедрою конституційного права
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого
(протокол № 2 від 14 вересня 2007 року)*

