

10. Поощрение и развитие всех прав человека, гражданских, политических, экономических, социальных и культурных прав, включая право на развитие : Доклад Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека о правах человека и правосудии переходного периода A/HRC/18/23 : [4 июля 2011 г.] [Электронный ресурс] / Организация Объединенных Наций. – 24 с. – Режим доступа: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/18session/A-HRC-18-23_ru.pdf. 11. Поощрение и развитие всех прав человека, гражданских, политических, экономических, социальных и культурных прав, включая право на развитие : Сводный доклад Генерального секретаря и Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека о праве на развитие A/HRC/18L.22 : [6 июня 2011 г.] [Электронный ресурс] / Организация Объединенных Наций. – 1 с. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/138/42/PDF/G1113842.pdf?OpenElement>.

Надійшла до редакції 01.03.2012

Проанализировано современное положение международно-правовой базы в сфере регламентации права на возмещение ущерба жертвам грубых нарушений прав человека; очерчены пути дальнейшего усовершенствования сотрудничества мирового сообщества и государств-участников в этой сфере.

Modern state of international and legal data in the sphere of regulation the right on damages' restitution to victims of brute violations of human rights are analyzed; the ways of further development of cooperation between world's community and states-participants in this sphere are determined.

УДК 34.08:340.132

Т. М. Фуфалько

ОБМЕЖЕННЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ЯК СКЛАДОВА ПРИНЦИПУ ПРОПОРЦІЙНОСТІ

Проаналізовано існуючі підходи до розуміння дискреційних повноважень і з'ясовано їх природу. Обґрунтовано необхідність обмеження дискреційних повноважень в умовах реалізації принципу пропорційності.

Важливою умовою реалізації функцій держави є забезпечення відповідності передбачених законодавством засобів впливу на поведінку особи цілям і завданням діяльності державних органів, що є однією з гарантій досягнення належного балансу публічних і приватних інтересів. Приймаючи рішення відповідно до принципу «дозволено лише те, що прямо передбачено законом», органи держави, разом із тим, не позбавлені і права діяти на свій розсуд у межах власної компетенції. Якби суб'єкт володарювання діяв як механізм, що застосовує лише чітко встановлений засіб відповідно до конкретної мети, то не було б сенсу вести мову про необхідність забезпечення принципу пропорційності. Між тим, даному принципу приділяється значна увага в європейському праві, необхідність

застосування якого пов'язується, між іншим, і з наявністю у державних органів дискреційних повноважень.

Питанням дискреційних повноважень приділяли увагу В. Б. Авер'янов, Н. М. Апостолова, М. І. Бойчук, О. М. Ботнарченко, І. К. Дикарев, В. М. Капіцин, О. А. Мартиненко, Н. Г. Плахотнюк, К. В. Пронін, С. А. Резанов, Р. В. Сінельнік, В. П. Тимошук, Г. Й. Ткач, В. П. Чабан та багато інших науковців.

Разом із тим, багато аспектів вказаної проблематики залишаються дискусійними і не одержали одностайного розуміння. Це стосується як природи дискреційних повноважень, так і необхідності їх розширення чи обмеження. У зв'язку з цим метою статті є обґрунтування необхідності належного обмеження дискреційних повноважень в умовах реалізації принципу пропорційності.

Юридична енциклопедія визначає дискреційну владу (від франц. *discrétionnaire* – залежний від власного розсуду) як спосіб реалізації публічної влади, відповідно до якого суб'єкт (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 [1, с. 195]. Зазначений інститут використовується у багатьох країнах, де він має назву: «*freies Ermessen*» (вільна оцінка) у Німеччині, «*administrative discretion*» в Англії, «*frit skop*» (вільне судження) у Данії, «*attività discrezionale*» в Італії, «*discrétionnaire bevoegdheid*» (дискреційна компетенція) у Нідерландах [2, с. 243].

Найчастіше для характеристики дискреційних повноважень використовується категорія «розсуд», так що вказані поняття розглядаються як взаємозамінювані. Так, на думку А. О. Селіванова, державний розсуд можна охарактеризувати як повноваження на вільний вибір того варіанта поведінки (дії), який найбільше відповідає би конкретним правовим умовам реалізації суб'єктом своєї компетенції [3, с. 45]. О. М. Ботнарченко формулює поняття дискреції як спосіб вирішення службовою особою або державним органом питань, які не мають однозначного нормативного регулювання, на основі власного бачення і оцінки ситуації [4, с. 4].

Дискусійною в юридичній науці є проблема суб'єктів дискреційних повноважень. А. О. Селіванов вважає, що право на розсуд притаманне усім видам державних органів, за винятком судових [5, с. 66]. О. І. Рарог та Ю. В. Грачова іншої думки, вони цілком допускають існування суддівського розсуду, розуміючи під ним здійснюваний у процесуальній формі специфічний аспект правозастосовної діяльності, який передбачає надання суду у випадках, визначених кримінально-правовими нормами, повноважень обирати рішення у межах, встановлених законом, виходячи з принципів права, конкретних обставин вчиненого злочину і моральних міркувань [6, с. 98]. Вважаємо, що друга позиція є більш прийнятною. Попри обов'язок діяти чітко в межах закону суддя має широкі поле для застосування дискреційних повноважень. Це, зокрема,

пов'язано з існуванням альтернативних і відносно визначених санкцій, з можливістю призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, з можливістю звільнення від відбування покарання з випробуванням тощо.

Досить розповсюдженими серед науковців є розбіжності щодо змістовного наповнення дискреційних повноважень. Приміром, О. П. Євсєєв виділяє «сильну» дискрецію, при якій орган публічної влади чи посадова особа має можливість на власний розсуд визначити вид і зміст ухваленого рішення, керуючись загальними конституційними принципами, і «слабку» дискрецію, яка дозволяє обрати один із декількох передбачених законодавством варіантів рішень [7, с. 11]. О. М. Ботнарєнко дещо розширює та вибудовує своєрідну ієрархію дискреційних повноважень. На його думку, найпростішою є дискреція гранична, під якою автор розуміє спосіб вирішення посадовою особою або державним органом питань на власний розсуд у випадках існування декількох варіантів дій у конкретній ситуації. На другому місці за складністю є дискреція колізії, зміст якої полягає у необхідності обрання одного з декількох варіантів дій, передбачених різними нормативними актами, що суперечать один одному. Нарешті, найскладнішою є дискреція невизначеності – спосіб вирішення посадовою особою або державним органом питань на власний розсуд за умови існування прогалин у праві, тобто відсутності нормативно-правового регулювання конкретних суспільних відносин [8, с. 104]. Слід зауважити, що у другому варіанті самостійність суб'єкта владарювання є незначною, оскільки існують спеціалізовані колізійні норми, які визначають порядок вибору правила за наявності юридичної колізії.

В. М. Капіцин вважає, що серед проявів дискреції можна виділити наступні варіації: 1) дискреція, обумовлена «прогалиною» у праві; 2) дискреція за відсутності окремого нормативного елемента у механізмі правового регулювання; 3) дискреція у зв'язку із протиріччям закону і підзаконного акта; 4) дискреція, обумовлена суперечкою про компетенцію, протистоянням різних сил; 5) дискреція у зв'язку з розширювальним тлумаченням повноважень [9, с. 5]. Але найбільш повний перелік різновидів державного розсуду наводить О. С. Лагода. На його думку, дискреція має місце, коли норма права: передбачає декілька можливих (альтернативних) варіантів, які реалізуються державним органом на його власний розсуд, залежно від ситуації; передбачає не чітко визначені альтернативи, а законодавчі рамки, окреслені межами «від» і «до»; дозволяє органу виконавчої влади чи місцевого самоврядування самостійно оцінювати ситуацію та діяти на власний розсуд під час реалізації своїх повноважень; містить оціночні поняття (наприклад, «доцільність», «необхідність», «поважні причини» тощо); коли містить вирази: «орган може», «дбає», «забезпечує», «провадить діяльність», «запобігає»; викладена у загальному вигляді без вказівки на конкретний факт, за наявності або відсутності якого адміністрати-

вний орган зобов'язаний діяти; конкретизується органом виконавчої влади та місцевого самоврядування у формі організаційних та матеріально-технічних дій, а не у вигляді адміністративного рішення [10, с. 42–43].

Досить часто науковці пов'язують існування дискреційних повноважень із негативними явищами у праві (прогалини, колізії тощо). Наприклад, О. М. Ботнарченко вважає, що недосконалість норм права провокує прояви дискреції. Засобами, за допомогою яких можна їх звести до мінімуму, автор вважає удосконалення норм права, їх конкретизацію та деталізацію [4, с. 6]. На нашу думку, не можна погодитися з автором у тому, що дискреція «проковується» недоліками норм права. Дискреція – це право діяти на свій власний розсуд. Наявність недосконалої норми не створює такого права. Дискреційні повноваження передбачаються законодавством у сферах, де надмірна регламентація не є бажаною, тому вважаємо, що увагу слід зосередити не на усуненні підстав для дискреції, а на створенні умов для унеможливлення зловживання нею.

Досліджуючи проблеми дискреційних повноважень, слід враховувати наступні моменти.

По-перше, дискреційні повноваження є важливим факультативним елементом механізму правового регулювання. Законодавець свідомо надає право державним органам і посадовим особам діяти на власний розсуд, коли це є виправданим і необхідним для забезпечення гнучкості правового регулювання. Тому не слід розглядати такі спеціально передбачені правотворчими органами «лакуни» в законодавстві як прогалини. Прогалина у праві – це відсутність нормативної регламентації суспільних відносин, які об'єктивно входять до сфери правового регулювання. Вона є одним із проявів «дефектності» законодавства і повинна усуватися шляхом правотворчості або долатися за допомогою аналогії. Дискреційні ж повноваження спеціально передбачені для того, щоб пом'якшити формалізм і жорстку імперативність права в публічній сфері.

По-друге, дискреційні повноваження полягають у використанні можливостей, визначених нормами права, тому вони реалізуються у відповідності до принципу законності. Мова йде не про безконтрольну, безвідповідальну роботу посадових осіб, а про реалізацію повноважень у межах, визначених законом. Законодавство передбачає поле для ініціативної діяльності наділених компетенцією суб'єктів, яка повинна відбуватися в чітко визначених рамках, з додержанням відповідних вимог. Не будь-яке самостійне рішення посадової особи слід відносити до сфери її дискреційних повноважень, а лише те, яке є законним і обґрунтованим, оптимальним у межах офіційно визнаного правопорядку.

По-третє, дискреційним повноваженням притаманні такі властивості, як ієрархічність та спеціалізація. Обсяг дискреційних повноважень залежить від місця суб'єкта у системі державних органів, він зменшується згори донизу. Особливе місце посідає держава,

яка має найбільший обсяг дискреції. Це впливає з такої властивості держави, як суверенітет. Дискреція органів держави залежить від характеру їх компетенції. Приміром, О. М. Ботнарченко, досліджуючи дискреційні повноваження у слідчій діяльності, розподіляє їх на криміналістичні та процесуальні. Перші стосуються тактики та методики розслідування кримінальної справи (висунення версій, необхідні слідчі дії тощо), які слідчий обирає на власний розсуд залежно від індивідуально-психологічних особливостей; другі пов'язані з недостатньо повним формулюванням прав і обов'язків слідчого кримінально-процесуальним законодавством [4, с. 11]. І. С. Дикарев серед дискреційних повноважень слідчого виділяє його право на припинення кримінальної справи у зв'язку з примиренням сторін [11, с. 80].

Аналіз наукової літератури та юридичної практики свідчить про те, що дискреційні повноваження знаходять як доктринальну, так і нормативну підтримку завдяки наступним особливостям:

- вони дозволяють ухвалювати оптимальні рішення, тобто максимально повно забезпечувати досягнення встановлених правом цілей, сприяючи при цьому узгодженості інтересів держави, суспільства і особи;

- вони є індикатором прогресивності, ефективності та оперативності системи управління, допомагають і акцентують увагу на формуванні «думаючої» адміністрації, яка розуміє не лише пряму вказівку закону, а й його внутрішній зміст, що виражається у принципах [10, с. 42–44];

- вони дозволяють забезпечити більш уважне й чуйне ставлення до учасників процесу під час розслідування кримінальних справ, гнучко підходити до захисту їх прав і законних інтересів [12, с. 48];

- вони сприяють підвищенню ефективності боротьби зі злочинністю, створюючи умови для уникнення шаблонних рішень і досягнення оперативної значущої мети в нестандартних ситуаціях [13, с. 122].

Разом із тим, не слід забувати й про негативні моменти дискреції. Досить часто звертається увага на те, що використання дискреційних повноважень: знижує рівень довіри до влади, оскільки вони асоціюються у свідомості людей зі свавіллям, самочинним втручанням в їхні права і свободи; створює умови, при яких посадова особа може використовувати надані їй владні повноваження не для досягнення суспільно корисних цілей, зміцнення законності й правопорядку, а для задоволення власних інтересів; ускладнює перевірку законності та обґрунтованості рішень у процесі прокурорського нагляду й судового контролю; зменшує рівень прогнозованості юридичної практики тощо. Це вимагає належного обмеження дискреції задля недопущення зловживань, помилок та інших негативних моментів у функціонуванні державного апарату.

Проблема обмежень дискреційних повноважень не є новою. Можна пригадати низку історичних документів, які містять відповідні положення. Наприклад, англійська Велика Хартія вільностей

(1215 р.), прийнята в умовах політичного конфлікту між королівською владою та панівними верствами населення, які вимагали обмежити свавілля короля. Цим документом було створено передумови для подальшого ствердження законності в житті англійського суспільства. Наприклад, ст. 39 Хартії проголошувала, що жодна вільна людина не буде заарештована чи ув'язнена, чи позбавлена володіння, або якимось іншим чином знедолена без наявності на те законного вироку згідно із законами країни. Слід згадати також Декларацію незалежності Сполучених Штатів Америки, написану Т. Джефферсоном, одностайно прийнята тринадцятьма штатами і затверджена третім континентальним конгресом 4 липня 1776 р. Вона втілює основні засади свободи особи, її автономії, що підлягають захисту від будь-яких посягань держави. Питанням обмеження дискреції присвячена Рекомендація № R(80)2 щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами, прийнята Комітетом Міністрів Ради Європи 11 березня 1980 р. Рекомендація закріплює важливі положення реалізації дискреційних повноважень. Згідно з нею, державний орган: 1) не має інших цілей, ніж ті, для яких повноваження було надано; 2) дотримується об'єктивності та неупередженості, враховуючи тільки ті факти, які стосуються певної справи; 3) дотримується принципу рівності перед законом шляхом запобігання несправедливої дискримінації; 4) підтримує відповідний баланс між будь-якими несприятливими наслідками, які його рішення може мати для прав, свобод або інтересів осіб, і цілями, які він переслідує; 5) приймає рішення протягом строку, який є розумним з огляду на особливості питання, яке розглядається; 6) послідовно застосовує будь-які загальні нормативні вказівки, враховуючи водночас конкретні обставини кожної справи [14, с. 470]. На нашу думку, фактично в наведених положеннях Рекомендації мова йде про забезпечення принципу пропорційності в процесі реалізації дискреційних повноважень.

Вважаємо, що обмеження дискреційних повноважень є своєрідним різновидом стримування публічної влади, вони використовуються для недопущення зловживань і помилок у процесі реалізації дискреції. Вони повинні встановлюватися у двох основних сферах: у матеріальній (визначення змісту і обсягу самих повноважень) та у процесуальній (встановлення меж, що стосуються процедури реалізації повноважень).

Дискреційні повноваження обмежуються ієрархією органів влади, чітким визначенням компетенції, системою стримувань і противаг між гілками влади тощо. Важливою складовою обмежень є також процесуальні норми, які ставлять бар'єри на шляху довільного використання владних повноважень. Мова йде про чітко встановлені стадії прийняття рішення, строки, належне обґрунтування рішення, можливість оскарження прийнятого рішення зацікавленими особами, внутрішній та зовнішній контроль тощо. Комплекс продуманих обмежувальних засобів сприятиме здійсненню владних повноважень органами держави і посадовими особами у

повній відповідності до принципу пропорційності згідно з європейськими стандартами реалізації публічної влади.

Підбиваючи підсумки, слід зазначити, що питання дискреції та її обмеження нерозривно пов'язані з принципом пропорційності, який містить вимогу відповідності юридичних засобів обмежувального характеру легітимній меті. Дискреційні повноваження – це передбачені законодавством можливості владного суб'єкта діяти на свій розсуд з метою прийняття рішення, яке є найбільш оптимальним у конкретній ситуації, у рамках власної компетенції. Вони є важливою складовою механізму правового регулювання, оскільки дозволяють державному органу чи посадовій особі проявляти гнучкість, ініціативність у нестандартних випадках. Разом із тим, дискреційні повноваження містять небезпеку зловживання владою, прийняття свавільних рішень, здійснення корупційних дій, вчинення помилок, що в кінцевому випадку призводить до втрати довіри до влади і закону з боку населення. Тому вони потребують належного обмеження. Особливу увагу слід зосередити на обмеженні дискреції під час регулювання відносин, пов'язаних із ліцензуванням, видачею дозволів, розподілом квот, проведенням тендерів, державною реєстрацією об'єктів права власності, застосуванням державного примусу тощо, тобто в тих сферах, де існує найбільше можливостей для зловживань владними повноваженнями та непропорційного втручання у права і свободи людини і громадянина.

Список літератури: 1. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл. – Т. 2 : Д–Й. – 1999. – 741 с. 2. Зіллер Ж. Політико-адміністративні системи країн ЄС. Порівняльний аналіз / Жак Зіллер ; пер. з фр. В. Ховхуна. – К. : Основи, 1996. – 420 с. 3. Селіванов А. О. Адміністративний процес в Україні: реальність і перспективи розвитку правових доктрин / А. О. Селіванов. – К. : Ін Юре, 2000. – 68 с. 4. Ботнарченко О. М. Дискреція в слідчій діяльності: юридико-психологічні особливості : автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 19.00.06 «Юридична психологія» / Ботнарченко Олександр Миколайович. – К., 2010. – 16 с. 5. Дзісяк О. Адміністративно-юрисдикційна діяльність органів податкової служби України / О. Дзісяк // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 7. – С. 65–66. 6. Рарог А. И. Понятие, основания, признаки и значение судейского усмотрения в уголовном праве / А. И. Рарог, Ю. В. Грачева // Государство и право. – 2001. – № 11. – С. 90–98. 7. Євсєєв О. П. Процедури в конституційному праві України : автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право» / Євсєєв Олександр Петрович. – Х., 2008. – 19 с. 8. Ботнарченко О. Дискреція та її види в діяльності правоохоронних органів / О. Ботнарченко // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 4. – С. 103–105. 9. Капицын В. М. Государственная дискреция как проблема конституционного права / В. М. Капицын // Конституционное и муниципальное право. – 2006. – № 3. – С. 2–7. 10. Лагода О. Дискреційні повноваження як спосіб зменшення регулятивного впливу в системі адміністративно-процедурних відносин / О. Лагода // Право України. – 2008. – № 9. – С. 40–45. 11. Дикарев И. К вопросу о дискреционных основаниях прекращения уголовного дела (уголовного пре-

следования) / И. Дикарев // Уголовное право. – 2007. – № 1. – С. 80–83. 12. Апостолова Н. Н. Принцип целесообразности (дискреционности) в современном российском уголовном процессе / Н. Н. Апостолова // Российская юстиция. – 2009. – № 7. – С. 46–49. 13. Бабічев Д. О. Оперативний ризик прийняття рішень щодо проведення оперативно-розшукових заходів, пов'язаних з тимчасовим обмеженням прав людини / Д. О. Бабічев // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ. – 2007. – Спец. вип. № 1. – С. 121–127. 14. Рекомендація № R(80)2 щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами, прийнята Комітетом Міністрів Ради Європи 11 березня 1980 року на 316-му засіданні заступників міністрів // Тимошук В. П. Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України / В. П. Тимошук. – К. : Факт, 2003. – С. 469–479.

Надійшла до редколегії 07.02.2012

Проанализированы действующие подходы к пониманию дискреционных полномочий и выяснена их природа. Обоснована необходимость ограничения дискреционных полномочий в условиях реализации принципа пропорциональности.

Analysis of existing approaches to understanding discretionary powers is made and their nature is found out. Necessity to limit the discretionary powers in terms of the implementation of the principle of proportionality is grounded.

УДК 341.077

О. П. Шем'яков,
О. А. Гресева

ПЕРСПЕКТИВИ ФОРМУВАННЯ ПАРЛАМЕНТУ УКРАЇНИ ЗА БІКАМЕРАЛЬНОЮ МОДЕЛЛЮ ПОВУДОВИ (НА ПРИКЛАДІ ФРН)

Аргументовано внесення змін до виборчого законодавства України на основі узагальнення процедури формування вищого представницького органу Німеччини.

Відомо, що зміст виборів як політичного суспільно-правового інституту полягає в тому, що волею народу здійснюється конститування органів державної влади, у тому числі вищих представницьких органів – саме це дає підстави характеризувати вибори як державотворчу функцію народовладдя.

Зважаючи на багатий досвід, накопичений європейськими демократіями, одним зі складових якого є певні міжнародні стандарти виборчого права, доцільно і в Україні спрямувати розвиток виборчого законодавства відповідно до таких стандартів, що розглядається міжнародним співтовариством як один із ключових критеріїв розвитку демократії. Як у жодній іншій сфері законодавства, саме стосовно моделювання виборчої системи України особливого значення набуває вивчення світового досвіду організації виборів для більш чіткого визначення принципів формування пар-