

cal justification of the fallacy of the position that education is a panacea is provided. The authors emphasize that knowledge must be tested by logic, i.e. become systematic. In addition, formal logic («logically tested knowledge» according to Kant) is designed to «level» the system of gestalts (life experience). It is noted that critical thinking, which is one of the most important skills in the Soft Skills rating according to the World Economic Forum, is based precisely on the laws of logic and on understanding the psychological processes that occur in our minds.

It has been demonstrated that critical thinking means being conscious, and also critical thinking is a trigger for reflection as a unique ability of consciousness in the process of perceiving activity to perceive itself as well. It was concluded that thanks to consciousness, a person is able to think critically, and thanks to critical thinking, he is able to influence his own consciousness.

Keywords: consciousness, reflection, legal psychology, deformations of legal consciousness, critical thinking.

УДК 340.1:316

DOI 10.31558/2786-5835.2023.1.2.2

Іванченко Ярослав Миколайович,

здобувач ступеня «Доктор філософії»

Донецького національного університету імені Василя Стуса

РОЗШИРЕННЯ МЕЖ ПРАВОЗАСТОСОВЧОЇ ДИСКРЕЦІЇ У ПЕРІОД ВОЄННОГО СТАНУ В УКРАЇНІ: ЗА ТА ПРОТИ

Метою наукової статті є аналіз дискусійних моментів розширення меж правозастосовчої дискреції у період воєнного стану в Україні.

Зроблено висновок, що надмірне розширення меж правозастосовчої дискреції у період воєнного стану несе суттєві ризики для дотримання базових прав та свобод людини і громадянина. Зокрема, це стосується співробітників територіальних центрів комплектування та соціальної підтримки, прикордонників, співробітників митних та податкових органів.

Обґрунтовується, що надання такої широкої правозастосовчої дискреції для країни пострадянського права (якою поки що є Україна) є передчасним, тим паче у період воєнного стану, коли питання захисту прав людини є особливо чуттєвим.

Констатовано, що у період соціальної напруги, яким є воєнний час, особливу увагу необхідно приділяти законності меж правозастосовчої дискреції. Без дотримання цієї вимоги правозастосовча дискреція неминуче перетвориться на свавілля державних інституцій та створить підґрунтя для корупційних діянь, що наразі і відбувається в Україні. Недотримання цього правила також здатне підвищити недовіру до державних органів та посадових осіб і наблизити суспільство до «соціального вибуху».

Акцентовується на тому, що абсолютно недопустимою є міра дискреції, коли рішення приймається відповідними державними органами та посадовими особами виключно на основі свого права приймати таке рішення і власної правосвідомості, не беручи до уваги фактичні та нормативні підстави. Зокрема, наявність нормативно закріпленого правильно оформленого документа (пакету документів) має бути гарантією прийняття відповідного правозастосовчого рішення, без урахування сумнівів правозастосовчого органу. Тобто питання прийняття або неприйняття рішення як такого не може бути предметом дискреції, якщо для його прийняття наявні усі обставини, які закріплено у законодавстві.

Відмова у вчиненні певних дій правозастосовчим органом має бути оформлена у належний (встановлений законодавством) спосіб з обов'язковим обґрунтуванням такого рішення для можливості його оскарження. Відмова у наданні такого документа або незазна-

чення у ньому підстав для відповідного рішення має бути підставою для притягнення посадової особи до юридичної відповідальності.

Ключові слова: правозастосовча дискреція, воєнний стан, правозастосовчий розсуд, юридична практика, права людини, свобода пересування, конституційне право, правосвідомість.

Постановка проблеми. В Україні вже майже півтора роки триває воєнний стан, введення якого пов'язане з повномасштабною агресією російської федерації проти нашої держави. Під час воєнних дій права та свободи людини і громадянина стають особливо актуальною темою, тому що їх порушення обумовлено об'єктивними чинниками і завжди має місце у подібних обставинах. Люди позбавлені найнеобхідніших благ, у стані стресу та розгубленості, тому додаткові обмеження прав сприймаються надто болісно, що може негативно позначитися на суспільстві. Інститут правозастосовчої дискреції призначений передусім для того, щоб максимально ефективно забезпечити дотримання прав і свобод, врахувати всі особливості правозастосовчого випадку, надати державним органам та посадовим особам більшої свободи дій. Тобто в теорії правозастосовчий розсуд має бути спрямований на людину, гарантувати їй не формальний, а об'єктивний та людиноцентричний розгляд справи. У юридичній же практиці України ситуація нерідко складається з точністю до навпаки, коли правозастосувач використовує свій розсуд як привілей, користується ним на шкоду правових приписів адресата. Це спричиняє соціальне напруження і недовіру до державних органів навіть у звичайних умовах, але у воєнний час такі дії можуть бути просто небезпечними, максимально загострюючи протистояння між державою та її громадянами. Тому досліджувати можливості та межі правозастосовчої дискреції в умовах бойових дій необхідно та своєчасно.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. До тематики дискреційних повноважень у своїх роботах зверталися В. Бевзенко, О. Губська, О. Жердев, Р. Куйбіда, Р. Мельник, Т. Михайліна, Г. Панова, Н. Ханова, С. Шатрава та багато інших. Проте на сучасному етапі дуже мало наукових праць присвячено розгляду проблем правозастосовчої дискреції в умовах соціальних криз, до яких, безумовно, належить воєнний стан.

Метою наукової статті є аналіз дискусійних моментів розширення меж правозастосовчої дискреції у період воєнного стану в Україні.

Основний текст. Для цілей дослідження необхідно насамперед з'ясувати поняття та зміст правозастосовчої дискреції. Варто зазначити, що власне терміном «дискреція» національне законодавство не оперує. У ньому містить інше визначення – дискреційні повноваження, а саме сукупність прав та обов'язків органів державної влади і місцевого самоврядування, осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що дають 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. Це визначення було закріплено у Наказі Міністерства юстиції України «Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи» № 1380/5 від 23 червня 2010 року (але Наказ втратив чинність на підставі Наказу Міністерства юстиції України від 24.04.2017 № 1395/5) [1]. Тобто наразі у законодавстві України відповідного поняття взагалі не міститься.

Однак сутність правозастосовчої дискреції та правила її застосування було висвітлено Верховним Судом у Науковому висновку щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією [2]. Навряд чи цього достатньо для повноцінного врегулювання питання, особливо зважаючи на те, що Україна тяжіє до романо-германської правової сім'ї, а отже, акти органів судової влади не мають нормативного значення.

Якщо проаналізувати судову практику, то можна зробити висновок, що суди досить часто посилаються на Додаток до Рекомендації № Р(80)2 Комітету Міністрів Ради Європи, в якому визначено поняття дискреційного повноваження – повноваження, що його адміністративний орган влади, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду. Тобто коли такий орган може обрати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає кращим за певних обставин [3, с. 232]. Але, зважаючи на наднаціональний характер зазначеного документа, тобто його неможливість врахувати особливості національної правової системи, найбільш доцільним вбачається напрацювання вітчизняних правових норм, з урахуванням рамкових положень норм міжнародних. Тим паче, що потреба у цьому існує. Так, наприклад, складно уявити собі, як в умовах національної юридичної практики має працювати положення: обрати рішення, «яке він вважає кращим за певних обставин». Звичайно, в умовах розвинених демократій здебільшого йшлося про те, що приймається рішення, яке найбільш відповідає фактичним обставинам справи і найбільшою мірою спрямовано на захист прав, свобод, інтересів людини і громадянина. Але рівень правосвідомості посадових осіб в Україні не дає змоги надати їм свободу розсуду такою мірою, оскільки не виключено, що це буде пов'язано зі зловживаннями та значними корупційними ризиками.

Якщо звернутися до наукової літератури, то правозастосовча дискреція розуміється досить однотипно, але все одно з певними варіаціями. Так, К. Девіс визначає розсуд можливістю посадової особи органу державної влади діяти на основі свободи обрання конкретного алгоритму поведінки з-поміж низки можливих дій або ж бездіяльності [4; 5, с. 156]. Причому наголошується саме на тому, що такий перелік можливих варіантів поведінки має бути нормативно закріплений. Тобто свобода розсуду обмежена саме зазначеними варіантами вибору. Як видається, не будь-яка ситуація передбачає можливість формування

варіантів поведінки за допомогою закритого переліку, проте це може стати певним запобіжником від надмірності дискреційної свободи, особливо в умовах воєнних дій.

С. О. Шатрава зазначає, що дискреційним правом або дискреційною владою є надана особі свобода діяти на свій розсуд, тобто, оцінюючи ситуацію, вибирати один із кількох варіантів дій (або утримуватися від дій) чи один із варіантів можливих рішень. Таке право дає можливість посадовій особі диференціювати ситуації залежно від обставин, вичерпний перелік яких неможливо вказати в нормі права [6, с. 276–277]. У цьому випадку автор якраз наголошує на наявності ситуацій, що передбачають більш широкий вибір, ніж варіанти, окреслені правовою нормою.

А втім широкі межі дискреції інколи призводять до суттєвих порушень прав людини, оскільки суб'єктом владних повноважень сприймаються як такі, що не обмежені взагалі нічим. Як зазначає А. Каганец, у таких ситуаціях нерідко відбувається підміна понять, оскільки не будь-які повноваження органів влади з ухвалення рішень є дискреційними. Дискреція є тільки у разі, якщо у рамках закону (не порушуючи закон) держорган може прийняти різні рішення. Проілюструвати цю ситуацію можна на прикладі судових суперечок з державними реєстраторами, які навіть за наявності повного пакету документів відмовляють у реєстрації прав на нерухоме майно, по суті, мотивуючи це лише тим, що вони мають право відмовити [7]. Це вказує на те, що питання прийняття або неприйняття рішення не може бути предметом дискреції, якщо для його прийняття наявні усі обставини, які закріплено у законодавстві.

За результатами доктринального узагальнення науковцями доводиться, що існує дві окремі групи правових систем, які відрізняються обсягом судового контролю за реалізацією дискреції адміністративних органів. У першій групі правових систем діє принцип повного судового контролю. Це здебільшого країни німецької правової традиції. Слід зазначити, що у процесі запровадження адміністративного судочинства в Україні значною мірою був використаний досвід Німеччини.

У діяльності судів Німеччини перевіряються такі обставини, які виникають під час виконання публічною адміністрацією владних управлінських функцій:

- 1) перевищення меж вільного розсуду;
- 2) незастосування вільного розсуду, коли це було потрібно за законом;
- 3) помилкове застосування розсуду (коли адміністративний орган не керується цілями наданого повноваження чи виходить у процесі прийняття рішення з обставин, що не стосуються справи);
- 4) порушення основних прав і загальних конституційних принципів під час прийняття акту, зокрема у межах розсуду (насамперед принципу пропорційності).

Друга група держав визнає досить широку адміністративну гнучкість як на рівні фактів, так і на рівні юридичних наслідків, дотримуючись основного принципу: зазвичай суддя не замінює і не повинен замінювати адміністративний орган. Цей підхід передусім спрямований на об'єктивний судовий перегляд і тому застосовується в системах, які зосереджуються на об'єктивному юридичному аналізі (на противагу судовому перегляду на основі суб'єктивних прав, тобто німецькому підходу) [8, с. 17; 9].

І хоча формально в Україні задіяно німецьку модель контролю за прийняттям рішень у межах реалізації дискреційних повноважень, але навіть та свобода, що надається адміністративним органам у прийнятті рішень, вбачається надмірною. Видається, що надання такої широкої правозастосовчої дискреції для країни пострадянського права (якою поки що є Україна) є передчасним, тим більше у період воєнного стану, коли питання захисту прав людини є особливо важливим.

Недарма Т. Михайліною та О. Жердевим доводиться, що розширення меж дискреційних повноважень та допустима свобода правозастосувача в демократичних країнах є прямо пропорційними рівню та формам правосвідомості суб'єктів правозастосування [10, с. 72]. Отже, починати необхідно з підвищення рівня правосвідомості державних органів та посадових осіб, і лише потім наділяти їх розширеними дискреційними повноваженнями.

Настільки широка можливість розсуду вже призводить до суттєвих проблем у період російської агресії. Наразі через запровадження воєнного стану чоловікам 18–60 років заборонено виїжджати за межі країни. Навіть абстрагуючись від того, що сама по собі така заборона є порушенням базового конституційного права людини на свободу пересування, викликають занепокоєння ще й межі розсуду посадових осіб, пов'язані з цим. Так, рішення про те, чи дозволять чоловіку перетнути кордон, приймається безпосередньо в пункті пропуску прикордонниками (навіть за наявності всіх необхідних документів), які мають вивчити всі документи особи та з'ясувати усі обставини [11]. Те ж саме стосується і осіб з інвалідністю, якщо усі підтверджуючі документи у особи присутні. Ще більш кричущі випадки пов'язані з тим, що осіб, які молодші за 18 років та старші за 60 років, зазначена заборона взагалі не стосується на основі законодавства. Проте є випадки (причому не поодинокі), коли прикордонниками було заборонено виїзд за кордон хлопцям у віці 17 років. Це можна визнати кричущим порушенням прав, обумовленим правозастосовчою дискрецією, причому сама її наявність має слугувати гарантією максимальної захищеності прав та свобод людини і громадянина.

Висновки. У статті зроблено висновок, що надмірне розширення меж правозастосовчої дискреції в період воєнного стану несе суттєві ризики для дотримання базових прав та свобод людини і громадянина. Зокрема, це стосується до

співробітників територіальних центрів комплектування та соціальної підтримки, прикордонників, співробітників митних та податкових органів.

У період соціальної напруги, яким є воєнний час, особливу увагу необхідно приділяти законності меж правозастосовчої дискреції. Без дотримання цієї вимоги правозастосовча дискреція неминуче перетвориться на свавілля державних інституцій та створить підґрунтя для корупційних діянь, що наразі і відбувається в Україні. Недотримання цього правила також здатне підвищити недовіру до державних органів та посадових осіб і наблизити суспільство до «соціального вибуху».

Акцентується на тому, що абсолютно недопустимою є міра дискреції, коли рішення приймається відповідними державними органами та посадовими особами виключно на основі свого права приймати таке рішення і власної правосвідомості, не беручи до уваги фактичні та нормативні підстави. Зокрема, наявність нормативно закріпленого правильно оформленого документа (паketу документів) має бути гарантією прийняття відповідного правозастосовчого рішення, без урахування сумнівів правозастосовчого органу.

Відмова у вчиненні певних дій правозастосовчим органом має бути оформлена у належний (встановлений законодавством) спосіб з обов'язковим обґрунтуванням такого рішення для можливості його оскарження. Відмова у наданні такого документа або незазначення у ньому підстав для відповідного рішення має бути підставою для притягнення посадової особи до юридичної відповідальності.

Список використаних джерел

1. Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи: Наказ Міністерства юстиції України № 1380/5 від 23 червня 2010 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1380323-10>
2. 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
3. Бевзенко В. М., Панова Г. В. Сутність та підстави втручання адміністративного суду у розсуд суб'єкта публічної адміністрації. Київ: Дакор. 2018. 232 с.
4. Davis K. Diskreionary Justice. 1969. 233 p.
5. Ханова Н. О. Зміст поняття «дискреція» в податковому праві. *Юридичний бюлетень*. 2018. Вип. 7. Ч. 1. С. 154–160.
6. Шатрава С. О. Дискреційні повноваження працівників ОВС як корупційний ризик в діяльності органів внутрішніх справ. *Порівняльно-аналітичне право*. 2013. № 2. С. 276–277.
7. Каганец А. Дискреція – межі дозволеного або свавілля без меж? URL: https://jurliga.liga-zakon.net/analytics/134612_diskreetsiya---mezh-dozvolenogo-abo-svavlyya-bez-mezh
8. Целлер Е., Куйбіда Р., Мельник Р. Звіт: Дискреція адміністративних органів і судовий контроль за її реалізацією. 2020. 54 с. URL: https://court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/sud4857/zvit_dyskreetsiya.pdf

9. Губська О. Дискреція та її межі: що говорить про це національне та міжнародне законодавство. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/187673-diskreksiya-ta-yiyi-mezhi-scho-govorit-pro-tse-natsionalne-ta-mizhnarodne-zakonodavstvo>
10. Михайліна Т., Жердев О. Дискреційні повноваження та правосвідомість суб'єкта правозастосування: аспекти співвідношення. *Economic and law paradigm of modern society*. 2018. № 1. С. 71–80.
11. Правила перетинання державного кордону громадянами України: затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 27.01.1995 р. № 57. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/57-95-%D0%BF#Text>

References

1. Pro zatverdzhennia Metodolohii provedennia antykoruptsiinoi ekspertyzy: Nakaz Ministerstva Yustytzii Ukrainy № 1380/5 vid 23.06.2010. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1380323-10>
2. Naukovyi vysnovok schodo mezh dyskretsiinoho povnovazhennia subiekta vladnykh povnovazhen ta sudovoho kontroliu za ioho realizatsieiu. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/naukovi_visnovki/nauk_visnovok_01_03_2018
3. Bevzenko, V. M., Panova, H. V. (2018). Sutnist ta pidstavy vtruchannia administratyvnoho sudu u rozsud subiekta publichnoi administratsii. Kyiv: Dakor.
4. Davis, K. (1969). *Diskretionary Justice*.
5. Hanova, N. O. (2018). Zmist poniattia «dyskreksiia» v podatkovomu pravi. *Yurydychnyi biuletyn*. Iss. 7 (Book 1), 154–160.
6. Shatrava, S. O. (2013). Dyskreksiini povnovazhennia pratsivnykyv OVS yak koruptsiinyi ryzyk v dialnosti orhaniv vnutrishnikh sprav. *Porivnialno-analitychne pravo*, (2), 276–277.
7. Kahanets, A. (n. d.). Dyskreksiia – mezhi dozvolenoho abo svavillia bez mezh? URL: https://jurliga.ligazakon.net/analytics/134612_dyskreksiya---mezhd-dozvolenogo-abo-svavillya-bez-mezh
8. Tseller, E., Kuibida, R., Melnyk, R. (2020). Zvit: dyskreksiia administratyvnykh orhaniv i sudovi kontrol za ii realizatsieiu. URL: https://court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/sud4857/zvit_dyskreksiia.pdf
9. Hubska, O. (n. d.). Duskreksiia ta ii mezhi: scho hovoryt pro tse natsionalne ta mizhnarodne zakonodavstvo. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/187673-diskreksiya-ta-yiyi-mezhi-scho-govorit-pro-tse-natsionalne-ta-mizhnarodne-zakonodavstvo>
10. Mikhailina, T., Zherdiev, O. (2018). Dyskreksiini povnovazhennia ta pravosvidomist subiekta pravozastosuvannia: aspekty spivvidnoshennia. *Economic and law paradigm of modern society*, (1), 71–80.
11. Pravyla peretynnannia derzhavnoho kordonu hromadianamu Ukrainy: zatverdzheni Postanovoioi Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 27.01.1995, № 57. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/57-95-%D0%BF#Text>

Yaroslav Ivanchenko. Expanding the Boundaries of law Enforcement Discretion During Martial Law in Ukraine: Pros and Cons

The purpose of the scientific article is to analyze the controversial issues of expanding the boundaries of law enforcement discretion during martial law in Ukraine.

It is concluded that excessive expansion of the boundaries of law enforcement discretion during martial law carries significant risks for the observance of basic human and civil rights and free-

doms. In particular, this applies to employees of territorial recruitment and social support centers, border guards, customs and tax authorities.

It is proved that granting such broad law enforcement discretion to the country of post-soviet law (which is still Ukraine) is premature, especially during the period of martial law, when the issue of protecting human rights is particularly sensitive.

It is stated that during the period of social tension, which is wartime, special attention should be paid to the legality of the boundaries of law enforcement discretion. Without compliance with this requirement, law enforcement discretion will inevitably turn into the arbitrariness of state institutions and create grounds for corruption, which is currently happening in Ukraine. Failure to comply with this rule can also increase distrust of government agencies and officials and bring society closer to a «social explosion».

It is emphasized that a measure of discretion is absolutely unacceptable when a decision is made by the relevant state bodies and officials solely on the basis of their right to make such a decision and their own legal consciousness, without taking into account the factual and normative grounds. In particular, the presence of a legally fixed correctly executed document (package of documents) should be a guarantee of making an appropriate law enforcement decision, without taking into account the doubts of the law enforcement body. That is, the issue of making or not making a decision as such cannot be subject to discretion if all the circumstances that are enshrined in the legislation are available for its adoption.

Refusal to perform certain actions by the law enforcement body must be issued in the proper (established by law) manner with mandatory justification for such a decision, in order to be able to appeal it. Refusal to provide such a document or failure to specify in it the grounds for the relevant decision should be the basis for bringing the official to legal responsibility.

Keywords: law enforcement discretion, martial law, legal practice, human rights, freedom of movement, constitutional law, legal awareness.

УДК 340.12:004

DOI 10.31558/2786-5835.2023.1.2.3

Калаченкова Катерина Олександрівна,

кандидат юридичних наук, доцент,

*доцент кафедри господарського та адміністративного права
Донецького національного університету імені Василя Стуса*

ДІДЖИТАЛІЗАЦІЯ ТА ЮРИДИЧНА КЛІНІЧНА ОСВІТА

У статті приділена увага розвитку юридичної клінічної освіти під впливом різноманітних інновацій та змін, що відбуваються на юридичній арені в умовах діджиталізації. Досліджено наукові позиції щодо розвитку юридичної клінічної освіти, зокрема в умовах діджиталізації. Коротко описується розвиток юридичної клінічної освіти. Зазначено, що історично наявність «реального клієнта» в діяльності студента-правника була важливим складником юридичної клінічної освіти. Проте в умовах сьогодення основний фокус юридичної клінічної правничої освіти змістився в бік більшого акценту на навчальному досвіді здобувача. Практичні навички майбутнього правника можуть відпрацьовуватись не тільки під час роботи з «реальними клієнтами», а також за допомогою «симуляції», а саме: дебатів, імітаційних судових засідань, турнірів, змагань тощо. Стверджується, що змісти програм юридичної клінічної освіти мають спільні риси, як-от: тренування професійних навичок, навчання на досвіді, а також прищеплення професійних цінностей громадської відповідальності та соціальної справедливості. У статті наголошено, що розвиток діджиталізації відкриває нові