

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ СУТІ ОКРЕМИХ ТЕРМІНІВ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРАВІ

У статті досліджуються питання співвідношення таких понять, як «посада» та «служба», «посадова особа», «службовець», «службова особа», їх правова природа, сутнісне наповнення та вплив на розуміння і регулювання службових відносин в Україні. Автор пропонує власну редакцію згадуваних вище термінів, яка сприятиме усуненню конфлікту між ними, що існує сьогодні.

Ключові слова: посада, посадова особа, служба, службова особа, службовець, повноваження, владні повноваження.

**Гарашук
Володимир
Миколайович,**

*доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри
адміністративного
права Національного
юридичного університету ім. Ярослава
Мудрого, член-
кореспондент Націо-
нальної академії пра-
вових наук України*

Загальновідомо, що чимало непорозумінь між окремими людьми, групами, урядами країн і навіть народами зумовлено неоднозначним розумінням суті термінів укладеної угоди, досягнутої домовленості, перекладеного з іноземної мови тексту та ін. Ці негаразди часто отримують свою пролонгацію шляхом подальшого закріплення в національному законодавстві. Такого типу проблеми характерні й для так званих внутрішньомовних термінів. Не є виключенням й адміністративне право. Одним із найважливіших питань у науці є проблема визначення спільних та особливих рис таких понять, як «посадова особа» та «службова особа», а окреслення їх правового статусу є достатньо актуальним завданням вітчизняної юридичної науки. Ця проблема становить не тільки теоретичний інтерес, а й має значний практичний сенс, оскільки її розв'язання дозволить більш чітко окреслити загальні межі повноважень цих осіб, їх прав і обов'язків, відповідальності, дозволить усунути суперечності та негаразди чинного законодавства з цих питань, спростить оцінку фахових дій таких осіб, кваліфікацію їх протиправних вчинків тощо.

Безумовно, зазначена проблема тісно пов'язана з дослідженнями природи державно-службових відносин. Представники адміністративно-правової науки

завжди вирізняли види службової діяльності та різновиди службовців, наголошували на особливостях статусу посадової особи як учасника службових відносин.

Для того щоб окреслити характерні риси посадової особи, потрібно зробити порівняльний аналіз її статусу зі статусом службової особи. Фактично, розкривши сутність посади, посадової особи, ми означимо і статус особи службової. Таким чином основну увагу приділимо характеристичі посадової особи. Але перед цим коротко звернемо увагу на особливостях «служби» як виду трудової діяльності.

Усім відомо три види трудової діяльності, два з яких – це вироблення матеріальних цінностей (праця робочих і селян), один – інтелектуальна праця з організації роботи виробників матеріальних цінностей (сюди треба включити й працю із забезпечення обороноздатності країни, підтримання правопорядку в суспільстві, з охорони здоров'я, освітянську діяльність, діяльність працівників ЗМІ та ін., що безпосередньо не пов'язані з виробленням матеріальних цінностей)¹.

Зважаючи на зазначене, фактично будь-яку людину-працівника, що безпосередньо не задіяна у виробленні матеріальних цінностей, можна було б визнати службовцем. Але не все так просто. Свого часу (за часів СРСР), коли власність була майже виключно

державною, навіть артисти театру (не кажучи вже за вчителів, лікарів, інженерів та ін.) визнавалися державними службовцями. Сьогодні ситуація інша. Стан справ ускладнюється й чинним законодавством, яке є вкрай недосконалим і суперечливим.

Відповідно до ст. 1 чинного на сьогодні Закону України «Про державну службу»² «Державна служба в Україні – це професійна діяльність осіб, які займають посади в державних органах та їх апараті щодо практичного виконання завдань і функцій держави та одержують заробітну плату за рахунок державних коштів. Ці особи є державними службовцями і мають відповідні службові повноваження».

Як бачимо, законодавець фактично в головному Законі країни, який має регулювати питання державної служби, не дає прямого визначення державного службовця. Ми мусимо здогадуватися, хто ж такі державні службовці, через розуміння визначення державної служби як виду трудової діяльності.

Такою ж аморфною є позиція законодавця й щодо визначення посади та посадової особи. До того ж мова в Законі йде тільки про посади та посадових осіб державних органів³. Відповідно до ст. 2 цього Закону «Посада – це визначена структурою і штатним розписом первинна структурна одиниця державного органу та його апарату,

² Назва Закону не повною мірою відповідає його змісту. Фактично він покликаний регулювати статус «рафінованого чиновництва» – державних службовців апарату управління (органів виконавчої влади). Поза його регулюванням залишаються працівники державних освітянських, лікарняних закладів, представники правоохоронних органів, судової гілки влади та ін.

³ Можливо, зважаючи на спрямованість акта, це є доречним.

¹ Зрозуміло, що інтелектуальна праця не менш (а можливо й більш) різноманітна, ніж праця робочих і селян. Різноманітні й структури, в яких вони працюють. Саме тому виникає так багато питань і суперечок щодо класифікації службовців, співвідношення понять «державний службовець», «службова особа недержавного органу», «посадова особа», «службова особа» та ін.

на яку покладено встановлене нормативними актами коло службових повноважень.

Посадовими особами відповідно до цього Закону вважаються керівники та заступники керівників державних органів та їх апарату, інші державні службовці, на яких законами або іншими нормативними актами покладено здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій».

І якщо з визначенням посади ще можна погодитися, тим більше що «...встановлене нормативними актами коло службових повноважень» ми можемо побачити у відповідних посадових інструкціях, які мають майже всі державні та легальні недержавні структури, то визначення посадової особи нас задовольнити не може, оскільки ми знову мусимо здогадуватися, що ж це за «...організаційно-розпорядчі та консультативно-дорадчі функції»¹.

Наведене визначення посадової особи пропонується законодавцем

¹ Стосовно консультативно-дорадчих функцій і на сьогодні немає єдиної позиції, загальноприйнятого розуміння, що це за вид діяльності, чому осіб, які їх здійснюють і реально не ухвалюють управлінських рішень, віднесено до посадових осіб. Наші, як то кажуть «неофіційні джерела інформації», говорять про те, що таку приписку було включено до Закону «стараннями» тогочасних екс-керівників державного апарату найвищих рангів, які на час розпаду СРСР не готові були позбутися «теплих містечок», пілыг і переваг і таким чином «відвойовували» собі місця консультантів, радників у вищих ланках державних органів влади. Реально консультанти та радники посадовими особами не є, оскільки вони самостійно не ухвалюють юридично значущих дій. З їх порадами посадові особи (радниками та консультантами яких вони є) можуть і не погодитися, а якщо погоджуються, то саме вони, посадові особи, що мають реальну владу, ухвалюють остаточне рішення, віддають накази, підписують документи та ін.

в аспекті державно-правовому і не є, як ми вже підкреслювали, вдалим. Свого часу, до прийняття Кримінального кодексу України 2001 р., трохи більш вдале, як на нас, визначення посадової особи містила ст. 164 Кримінального кодексу України 1960 р., яка під посадовими особами розуміла тих, «...які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади, а також займають постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форм власності посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням». За відсутності у ті часи іншого законодавчого визначення воно було загальноприйнятним. Але ж і його не можна вважати таким, що відбиває всі суттєві ознаки посадової особи. Зі вступом у дію Кримінального кодексу України 2001 р. конфлікт термінів, що використовуються в кримінальному та адміністративному законодавстві («службова» та «посадова особа»), тільки посилюється.

У Кримінальному кодексі мова йде про службову особу, в Кодексі України про адміністративні правопорушення (КУпАП) – про посадову особу (КУпАП взагалі містить окрему ст. 14 «Відповідальність посадових осіб», яка виділяє відповідальність посадової особи як спеціального суб'єкта адміністративної відповідальності). У Законі України «Про засади запобігання і протидії корупції» згадуються і службова, і посадова особи. Справа у тому, що

Кримінальний кодекс 2001 р. відмовився від терміна *посадова особа*, замінивши його словосполученням *службова особа*, тоді як адміністративне законодавство абсолютно правильно використовує обидва терміни, розрізняючи їх. Службова особа може й не бути особою посадовою, тоді як посадова – це службовець (службова особа) з більш широкими ніж у звичайного службовця повноваженнями. Це ті, хто державою (органами місцевого самоврядування) наділені організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими функціями, представляють відповідний орган. Дії цих осіб, здійснювані в межах їх повноважень, тягнуть юридичні наслідки. Останнє важливо для кваліфікації протиправних дій, вирішення питань про покарання.

Зміни до Кримінального кодексу, якими змінено редакцію ст. 18 (Див.: Закон України від 7 квітня 2011 р. № 3207–VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення»), показують, що законодавець зробив спробу (хоча й не повною мірою) «відділити» посадову особу від рядового службовця. Відповідно до ч. 3 та 4 ст. 18 службовими особами КК України визнає осіб, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності **посади**, пов'язані з виконанням ор-

ганізаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

Службовими особами також визнаються **посадові особи** іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, зокрема присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства), іноземні третейські судді, особи, уповноважені вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому, **посадові особи** міжнародних організацій... та судді і **посадові особи** міжнародних судів. Таким чином, «посадова особа» хоч і «прихована» за терміном *службова особа*, усе ж таки знаходить своє законодавче визначення в КК України.

Ми звернули увагу на такі «непорозуміння» між кримінальним та адміністративним законодавством для того, щоб ще раз підкреслити: правильне розуміння сутності посади та доступне, повне, з окресленням усіх характерних ознак нормативне визначення посадової особи, відмежування її від інших видів працівників має першочергове значення саме для

кваліфікації протиправних дій працівника, для забезпечення його прав і законних інтересів, унеможливлення помилок і зловживання при кваліфікації протиправних дій службовців. Розв'язання цієї проблеми поставить заслін можливим необґрунтованим вимогам і звинуваченням на адресу простого працівника. Фахові ж повноваження, як ми вже зазначали раніше, можна визначити за посадовими інструкціями. З цим проблем немає.

Аналізуючи чинне та перспективне законодавство (див.: Закон України «Про державну службу» від 17 листопада 2011 р. № 4050-VI, який має набрати чинність 1 січня 2015 р.), можемо зробити такий висновок: посадова особа є обов'язковим і невід'ємним учасником управлінського процесу. Вона наділена адміністративно-владними повноваженнями, які надають їй право (і ставлять перед нею обов'язок) приймати управлінські рішення; підбирати і розмішувати кадри; готувати пропозиції стосовно формування державної політики у відповідній сфері; розробляти, проводити експертизи та/або редагувати проекти нормативно-правових актів; надавати адміністративні послуги; здійснювати державний нагляд (контроль); управляти державним майном або майном, що належить Автономній Республіці Крим; державними корпоративними правами; керувати персоналом державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим або їх апарату; реалізовувати інші повноваження відповідного органу щодо врегулювання внутрішньоорганізаційних відносин;

представляти орган (керівник) або організаційну структуру (керівники відділів, ділянок, тощо) у відносинах з іншими суб'єктами.

Частину викладених вище повноважень може здійснювати й державний службовець – фахівець, який не є посадовою особою (наприклад, готувати проекти пропозицій стосовно державної політики у відповідній сфері, політики роботи відповідного державного органу тощо), але тільки державний службовець – посадова особа – має право:

- діяти від імені держави, представляти відповідний державний орган, або відповідний підрозділ органу, який він очолює;
- керувати колективом відповідного органу, приймати (звільняти) з роботи, застосовувати заходи заохочення та примусу;
- приймати остаточні управлінські рішення, які тягнуть юридичні наслідки;
- ставити свій підпис на офіційних документах відповідного органу.

Саме посадова особа несе відповідальність за роботу ввіреного їй органу державної влади або підрозділу, органу місцевого самоврядування¹.

Тут слід зауважити, що у деяких випадках державний службовець-фахівець, здійснюючи експертизу, контролю-наглядові та інші дії, за результатами яких настають юридичні

¹ Відповідно до Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» (1997) службовці органів місцевого самоврядування не є державними службовцями, але їх повноваження за цілями, завданнями, напрямками та формами діяльності дуже схожі на повноваження державних службовців. Та й сам згаданий Закон виписаний за схемою Закону України «Про державну службу».

наслідки, ставлячи свій підпис на відповідних документах, діє (разово або тимчасово) як посадова особа (наприклад, контролер будь-якого державного контрольного органу). Так само посадовими особами будуть визнаватися й інші фахівці – недержавні службовці – наприклад, лікарі (лікарняний лист тягне відповідні виплати, висновок комісії звільняє від служби в армії тощо), екзаменатори (тягне виплату стипендії, надає підстави для переведення (або навпаки) з курсу на курс та ін.

Категорія державних службовців, які в теорії адміністративного права називаються «представники адміністративної влади», уже за фактом є посадовими особами, їх посада передбачає, що для виконання своїх обов'язків вони просто не можуть не вчиняти юридично значущих дій (судді, прокурори, слідчі та ін.). Навіть постовий міліціонер, інспектор ДАІ може (і зобов'язаний) давати обов'язкові для виконання так звані третім особам вказівки (зрозуміло, у межах своїх повноважень і за наявності для цього юридичних підстав).

На жаль, викладена нами схема класифікації правового статусу державних службовців і службовців органів місцевого самоврядування жодним чином законодавчо не закріплена, що й викликає у правозастосовних органів (їх посадових осіб) багато відповідних запитань.

Правозастосовники намагаються діяти тільки в межах чинного законодавства (і це правильно), але воно є недостатньо виписаним у цих питаннях. Саме тому ми вважаємо за потрібне ще раз звернути увагу на

ознаки посади посадової та службової особи (тобто рядового службовця) та наголосити на необхідності застосовувати їх для кваліфікації дій державних службовців (службовців органів місцевого самоврядування).

У цьому зв'язку звернемо увагу й на те, що свого юридичного оформлення потребує і термін *особа, уповноважена на виконання функцій держави*. Саме він, як свідчить практика, є найбільш складним для розуміння під час визначення суб'єкта протиправного (особливо корупційного діяння). Уперше цей термін з'явився в антикорупційному законодавстві України. На сьогодні законодавець у ст. 4 «Суб'єкти відповідальності за корупційні правопорушення» Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» просто перелічує таких осіб. Але зробити такий перелік повним з очевидних причин він не зміг, та й це неможливо взагалі. Тому ми пропонуємо таке узагальнювальне визначення: «Особою, уповноваженою на виконання функцій держави, визнається будь-яка посадова особа органу державної виконавчої влади, місцевого самоврядування або така, яка має внаслідок свого службового чи іншого наданого їй державою (зокрема тимчасово або одноразово) становища право здійснювати юридично значущі дії від імені держави (органу місцевого самоврядування)». На нашу думку, використовувати службове становище в особистих інтересах для отримання неправомірної вигоди може тільки посадова особа (або особа, якій надано такі повноваження одноразово або тимчасово).

Визначення посадової та службової особи недержавних інституцій законодавець не надає взагалі. Господарський кодекс (2003) не згадує про посадових осіб (хоча, як на нас, у ньому доречно було б визначити статус посадової особи – суб'єкта господарювання). Цивільний кодекс (2003) тільки у трьох статтях (277 – «Спрошування недостовірної інформації», 1253 – «Посвідчення заповіту при свідках» та 1255 – «Таємниця заповіту») згадує про посадову особу, не надаючи їй загального визначення. Лише статті 1253 та 1255 посадовою особою називають нотаріуса. І все.

Таке становище вимагає від нас зазначити, що службовці недержавних структур теж мають класифікуватися за наведеними вище ознаками, з урахуванням того, що вони не представляють державу або органи місцевого самоврядування¹.

Підводячи підсумок зробимо деякі висновки та запропонуємо власну редакцію визначення згадуваних вище термінів.

Обсяг повноважень представників влади не є однаковим і залежить від компетенції органу, в якому працює особа, та прав і обов'язків, закріплених у низці нормативних актів й у посадовій інструкції, що випишує його безпосередній правовий статус як службовця (порівняємо повноваження судді, прокурора, міліціонера, цивільного державного службовця...).

Посада – це сукупність владних повноважень державних і недержавних службовців, закріплених як у

¹ Нагадаємо: працівники органів місцевого самоврядування також не є державними службовцями, але їх статус хоча б якось виписаний законодавцем.

нормативних актах вищої юридичної сили – законах («Про міліцію», «Про прокуратуру» та ін.), так і в підзаконних нормативних актах (актах Кабінету Міністрів, центральних та інших органів виконавчої влади, наприклад у Положенні про Державну фінансову інспекцію України 2011 року), і деталізованих у положеннях про відповідний державний орган або недержавну структуру, у посадових інструкціях, які регулюють повноваження конкретних службовців, окреслюють їх права та обов'язки.

Посадова особа – це службовець (державного або недержавного органу), якому з метою постійного чи тимчасового управління ввіреною йому структурою надано організаційно-владні повноваження, закріплені у відповідних нормативних актах (про ознаки посадової особи див. вище).

Службовець (або службова особа) – це працівник державної чи недержавної структури, робота якого не пов'язана з безпосереднім виробленням матеріальних цінностей, виявляється в інтелектуальній праці та спрямована на організацію праці робітників і селян, у наданні адміністративних та інших видів послуг, у належному функціонуванні структурних підрозділів державних і недержавних органів; у забезпеченні обороноздатності країни, підтримання правопорядку тощо.

Владні повноваження – це спеціальні, нормативно закріплені суб'єктивні права службовця, зумовлені статусом його посади, які дають право та вимагають від нього прийняття управлінських рішень. Зовні

вони відбиваються у виданні наказів, здійсненні координації та контролі за підлеглими структурами, застосуванні заходів заохочення та примусу. Владні повноваження – це пріоритет лише посадових осіб. Ними наділено всіх посадових осіб, проте державно-владними володіють лише ті, які є державними службовцями, тобто займають посади в державних органах та їх апараті.

Саме від посадової особи (на відміну від звичайного службовця (службової особи) залежить вибір оптимального варіанта управлінського рішення, раціональної організації праці ввіреного йому колективу. Саме посадова особа обирає орієнтир і спосіб реалізації, який дозволяє досягати цілей, поставлених перед структурою.

Гарашук В. Н. К вопросу об определении сути отдельных терминов в административном праве.

В статье исследуются вопросы соотношения таких понятий, как «должность» и «служба», «должностное лицо», «служащий», «служебное лицо», их правовая природа, смысловое наполнение и влияние на понимание и регулирование служебных отношений в Украине. Автор предлагает собственную редакцию упомянутых выше терминов, которая будет способствовать устранению конфликтов между указанными терминами, имеющими место сегодня.

Ключевые слова: должность, должностное лицо, служба, служебное лицо, служащий, полномочия, властные полномочия.

Garaschuk V. N. On definition of the essence of certain terms in the administrative law.

In the article we investigate the issues of correlation of such concepts as «position» and «service», «official», «public servant», «functionary», their legal nature, meaning and influence on the comprehension and regulation of the work relationships in Ukraine. The author suggests his own editing of the abovementioned terms which will favor the elimination of the actual conflicts between the specified terms.

Key words: position, official, service, public servant, functionary, powers, authority powers.

Стаття надійшла до редакції 20.09.2014