

УДК 342.565.4

DOI 10.37566/2707-6849-2021-2(35)-1



Микола ОНИЦУК,

ректор Національної школи суддів України,

доктор юридичних наук, заслужений юрист України,

шеф-редактор журналу

ORCID: 0000-0002-0588-0540

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ ЗА ДИСКРЕЦІЄЮ СУБ'ЄКТА ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ

Вступ

В Україні визнається і діє принцип верховенства права (ст. 8 Конституції України). Елементами цього принципу є принцип правової визначеності та принцип справедливості. Конституційний Суд України у своїх рішеннях неодноразово наголошував, що правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості й забезпечує ефективне поновлення в правах. У зв'язку з необхідністю дотримання принципу верховенства права постає питання меж судового контролю при реалізації суб'єктами влади дискреційних повноважень.

Мета й завдання дослідження

Досліджуючи питання дискреційних повноважень владарюючих суб'єктів та судового контролю за цими повноваженнями необхідно визначити зміст поняття «дискреція», межі дискреції, критерії їх визначення, та, відповідно, межі судового контролю.

Поняття дискреції

Українська мова оперує терміном «розсуд», що має декілька значень, основними з яких є «рішення, висновок» та «розмірковування, роздум».

Науковці та практики часто оперують таким поняттям як «адміністративний розсуд» [1, с. 18; 2, с. 102]. Нормативне його визначення відсутнє, однак за допомогою граматичного способу тлумачення цього словосполучення можемо дійти висновку, що «адміністративний» вказує на сферу та суб'єктів здійснення (управління та управління), а «розсуд» описує інтелектуальний процес вибору, прийняття рішення.

Більшість дослідників ототожнюють адміністративний розсуд з поняттям «дискреція». Вважаємо такий підхід допустимим, однак лише стосовно управлінських повноважень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування.

П. 1.6 Методології проведення антикорупційної експертизи, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 24.04.2017 №1395/5, визначає дискреційні повноваження як 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 декількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом.

В свою чергу до Рекомендаціями Комітету Міністрів Ради Європи № R (80)2 стосовно здійснення адміністративними органами владних повноважень, прийнятих 11 березня 1980 року, термін «дискреційні повноваження» визначається як повноваження, що залишає адміністративному органу деяку міру свободи що стосується рішення, яке буде прийнято, що дозволяє йому вибрати з кількох юридично допустимих рішень, те, яке він вважає найкращим за даних обставин.

У Науковому висновку щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією [3] зазначається, що серед науковців існує єдність щодо того, що 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 [4, с. 38].

Отже, в правових джерелах дає під дискреційними повноваженнями розуміється сукупність прав та обов'язків суб'єкта на власний розсуд визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, можливість вибору на власний розсуд одного з декількох варіантів рішень, кожне з яких є правомірним.

Варто зазначити, що дискреційні повноваження є необхідним інструментом управління, оскільки вони:

- дозволяють владному суб'єкту самостійно оцінювати обставини (юридичні факти), що можуть бути підставами для ухвалення управлінського рішення;
- наділяють суб'єкта владних повноважень правообов'язком на свій розсуд вибирати міру впливу на відповідний об'єкт управління;
- дають змогу самостійно обирати форму реалізації повноважень (діяти чи утриматися від дій, якщо діяти то у який спосіб, який акт видати, тощо);
- у разі існуючої альтернативи наділяють самостійним правом вибору конкретного рішення;
- передбачають, що суб'єкт владних повноважень на власний розсуд визначає спосіб виконання ухваленого рішення, порядок та строки такого виконання.

Обсяг повноважень владного органу залежить від певного типу адміністративного розсуду. Сучасна правова доктрина виокремлює [5, с. 114]:

імперативний тип, коли норма передбачає право суб'єкта на свій розсуд ухвалювати конкретне рішення шляхом обрання з двох чи більше можливих варіантів. Виділяють два підвиди цього типу адміністративного розсуду. Перший характеризується наявністю чітких альтернативних варіантів рішення, а другий лежить між «крайніми» межами (наприклад санкція позначена словами «від» і «до»);

диспозитивний тип, коли правова норма уповноважує суб'єкта ухвалювати управлінське рішення на власний розсуд не із варіативного ряду, а за наслідками оцінки конкретних обставин;

інтерпретаційний тип, має місце коли суб'єкт приймає рішення на підставі норми, яка оперує оціночними поняттями (необхідність, доцільність, поважність, суспільний інтерес, тощо).

Наразі у науковців та практиків відсутня єдина позиція стосовно питання про ступінь свободи владного органу у процесі ухвалення управлінських рішень, особливо при реалізації диспозитивного та інтерпретаційного типу адміністративного розсуду. Зазначена проблема породжена ще й тим, що у законодавстві відсутні стандарти застосування дискреції.

Проблеми судового контролю

Безумовно, ухвалені із застосуванням дискреції рішення суб'єктів владних повноважень підпадають під судовий контроль, підставами якого є конституційні приписи (ст. 19, 55, 124 Конституції України), ординарні закони (ст.ст. 4, 19 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України), підзаконні акти.

Переконані, що саме судова практика застосування законодавства щодо контролю за адміністративним розсудом здатна визначити належні межі дискреції. Фактично йдеться про окремий вид розсуду, тобто судовий, який не отожднюється з адміністративним.

Адміністративні суди створені та діють з метою **захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин** (стаття 125 Конституції України).

Завданням адміністративного судочинства є **захист** прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій, в тому числі на виконання делегованих повноважень шляхом справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду адміністративних справ (частина перша ст. 2 КАС України).

Юрисдикція адміністративних судів поширюється на правовідносини, що виникають у зв'язку з здійсненням суб'єктом владних повноважень владних управлінських функцій, зокрема на публічно-правові спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності (частина перша та друга ст. 17 КАС).

Будь яке управлінське рішення стосовно особи, ухвалене державним чи муніципальним органом незалежно від способу прийняття, рівня і місця органу у відповідній системі, правових підстав, мотивів, способу та форм ухвалення підлягає судовому контролю, а відсутність закону про адміністративні процедури поширює дію правил статті 2 КАС на адміністративні органи, як вимоги щодо стандартів ухвалення ними управлінських рішень (йдеться про безсторонність, добросовісність, тощо).

Як вбачається зі змісту частини першої ст.5 КАС (способи судового захисту) та частини другої ст.245 КАС (повноваження суду), для захисту порушеного права у разі ухвалення протиправного управлінського рішення, суд може:

- визнати протиправними дії, бездіяльність, рішення суб'єкта владних повноважень чи окремі його положення і скасувати або визнати нечинним рішення чи окремі його положення;
- зобов'язати відповідача вчинити певні дії чи утриматися від вчинення певних дій;
- зобов'язати відповідача вирішити питання з урахуванням правової оцінки, наданої судом у рішенні.

Важливо, що суд **може обрати інший спосіб захисту прав, який не суперечить закону і є ефективним.**

Аналіз судових рішень дає підстави для висновку про належне і відносно однакове розуміння судами змісту дискреційних повноважень. Натомість, у разі встановлення судом порушень реалізації таких повноважень, обрання належного способу захисту вбачається проблемним.

Залежно від обсягу судового контролю за дискреційними повноваженнями виокремлюють дві групи правових систем серед країн Ради Європи [6, с. 65-66].

У першій діє принцип **повного судового контролю** (характерно для німецької правової традиції). Зокрема у Німеччині лише у деяких випадках судовому контролю не підлягає вільний вибір адміністративними органами своїх оцінок. Зокрема це рішення екзаменаційного характеру, надання характеристики державним службовцям, рішення-прогнози, чи рішення щодо оцінки ризиків, рішення адміністративно-політичного характеру. Подібного підходу дотримуються суди Польщі та Литви.

Друга група держав визнає широку **адміністративну гнучкість**, як на рівні фактів, так і на рівні юридичних наслідків, дотримуючись правила: суддя не замінює і не повинен замінювати адміністративний орган. Так трибунал Франції може визнати акт управління протиправним, однак не уповноважений зобов'язувати владний орган до ухвалення рішення конкретного змісту.

Адміністративне судочинство України стосовно судового контролю за дискреційними повноваженнями формувалося відповідно до німецької правової традиції.

Однак, суди часто схиляються до висновків про визнання оспорюваного рішення протиправним із покладенням на суб'єкта обов'язку повторно ухвалити управлінське рішення. Звісно, це зумовлено пануючою доктриною про неможливість підміни судом органу владних повноважень відповідно до класичного поділу влади як такої. Разом з тим, вважаємо такий підхід ірраціональним, таким, що не узгоджується із згаданою метою запровадження адміністративного судочинства та дією принципу верховенства права, зокрема такої його складової, як правова визначеність.

Варто зауважити негативні тенденції, що відбулися в процесуальному законодавстві у ході процесуальної реформи 2016 року, які суттєво послаблюють судовий контроль за рішеннями, діями, бездіяльністю суб'єктів владних повноважень.

Зокрема йдеться про встановлення абз. 2 ч. 4 ст. 245 КАС України процесуальних меж судового контролю, коли у випадку, якщо прийняття рішення на користь позивача передбачає право суб'єкта владних повноважень діяти на власний розсуд, суд зобов'язує суб'єкта владних повноважень вирішити питання, щодо якого звернувся позивач, **з урахуванням його правової оцінки, наданої судом у рішенні**.

Крім того, ч. 5 ст. 77 КАС України визначено, що суд не може витребувати докази у позивача в адміністративних справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень, окрім **доказів на підтвердження обставин, за яких, на думку позивача, відбулося порушення його прав, свобод чи інтересів**.

Вбачається, що такі зміни не є синхронізованими з новими конституційними приписами ст. 125 Конституції України, які визначили, що завданням адміністративного судочинства є саме захист прав осіб у публічно – правових відносинах.

По - суті, йдеться про певні ознаки «сповзання» до французької моделі судового адміністративного контролю та відмови від задекларованих конституційних імперативів. Відтак Верховному Суду належить забезпечити, зокрема через правозастосовчу

практику та тлумачення відповідного процесуального законодавства, повернення до високих стандартів захисту прав у адміністративному судочинстві.

Звісно, у разі прийняття управлінського рішення неналежним органом, за відсутності у нього повноважень, з явним порушенням процедури розгляду (ігнорування права особи бути вислуханою, без зазначення мотивів, тощо) можливий висновок про відсутність розгляду питання як такого. За таких обставин відсутній інший спосіб відновлення права особи, ніж покладення на орган обов'язку належно, відповідно до закону прийняти рішення.

У разі, якщо виключною компетенцією ухвалювати конкретне рішення (присвоювати ранг, чергове військове звання, тощо) наділений суб'єкт владних повноважень, можна погодитися з позицією судів, які визнавши оскаржуване рішення протиправним, зобов'язують відповідача ухвалити законне рішення з обов'язковим врахуванням правової оцінки суду, яка унеможлиблює прийняття рішення аналогічного оскарженому.

Варто погодитися із твердженнями судів про ефективність способу захисту порушеного права, що є результатом ухвалення рішення, яке виключає подальшу протиправну діяльність органу чи, як варіант, яке б стало самостійною підставою для примусового виконання.

Отже, чинниками, що впливають на ефективність судового контролю за дискреційними рішеннями владного органу є, по-перше, усічене тлумачення поняття «дискреції», як права органу обирати один із альтернативних варіантів рішень, що характерне для імперативного розсуду і не враховує існування диспозитивного та інтерпретаційного його типів. Таке розуміння дискреції штучно обмежує коло питань, що повинен з'ясувати суд при вирішенні спору, зокрема стосовно меж розсуду, дотримання суб'єктом основних прав особи чи загальних конституційних принципів.

По-друге, помилковим є твердження про виключну компетенцію суб'єкта владних повноважень видавати управлінський акт і неможливість судом зобов'язувати орган ухвалити відповідне рішення з метою захисту порушеного права.

В українських реаліях відхід від принципу повного судового контролю означає вихід за межі конституційних засад в діяльності адміністративних судів та втрати ними своєї ролі.

Визначення меж судового контролю

Водночас, можна виокремити наступні основні правила визначення меж судового контролю.

Критеріями перевірки законності управлінського рішення є конституційні положення про те, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у

спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (формальний критерій), а складові принципу верховенства права дають суду підстави досліджувати зміст ухваленого (сутнісний критерій) на предмет відповідності легітимній меті, недискримінації, пропорційності, тощо.

За відсутності чітких меж дискреційних повноважень адміністративного органу застосовною може бути практика Європейського суду з прав людини, який досліджує питання про втручання органів влади у права людини за допомогою трискладового тесту:

- Чи було втручання передбачене законом?
- Чи переслідувало воно легітимну мету?
- Чи було необхідним у демократичному суспільстві?

Вітчизняний алгоритм перевірки та міжнародні стандарти оцінки рішень адміністративного органу зобов'язують суд з'ясувати:

- Чи були перевищені межі розсуду?
- Чи є застосування/незастосування дискреційного повноваження протиправним?
- Чи не була допущена помилка у застосуванні дискреційного повноваження?
- Чи не порушило дискреційне повноваження основні права особи чи загальні конституційні принципи?

Позитивна відповідь на будь-яке із запитань матиме (повинна мати) наслідком визнання оскаржуваного рішення протиправним із визначенням способу (комплексу способів) ефективного захисту, який залежить від змісту суб'єктивного права, за захистом якого звернулася особа, та від характеру порушення такого права.

Обрання конкретного способу захисту покладає на суд обов'язок скористатися власною дискрецією з дотриманням основних засад судочинства.

Суд може зобов'язати орган (посадову особу) повторно розглянути заяву (звернення) лише у випадку якщо є підстави вважати, що розгляду порушеного питання з яким звернулася особа не відбулось у силу того, що:

- заява (звернення) були розглянуті не уповноваженим суб'єктом владних повноважень (без повноважень або з перевищенням повноважень);
- розгляд відбувся не у порядку визначеному законом, тобто коли є підстави вважати, що розгляд як такий не відбувся, або відбувся з суттєвими порушеннями, що вплинули на ухвалене органом владних повноважень рішення.

Визначальним критерієм ефективності судового захисту від неправомірної діяльності на виконання дискреційних повноважень є постановлення рішення, яке унеможливує повторне звернення до адміністративного органу або повторне вирішення ним того ж питання.

Про ефективний захист може йтися і у випадках коли:

- Порушене право особи поновлено.

- Відновлено попередній статус позивача.
- Усунуті перешкоди в реалізації суб'єктивного права.
- Задоволена вимога про захист правового інтересу.
- Рішення суду може бути звернено для примусового виконання, тобто є реально виконуваним і містить заходи, які забезпечили мету звернення особи до суду.

Висновки

В Україні доцільно застосовувати модель повного судового контролю, а визнання оспорюваного рішення суб'єкта протиправним із покладенням на суб'єкта обов'язку повторно ухвалити управлінське рішення суперечить принципу верховенства права, за виключенням обставин, коли:

- був відсутній розгляд питання як такий (недотримання процедури прийняття рішення, прийняття рішення неналежним суб'єктом);
- наявна виключна компетенція відповідного органу ухвалювати конкретне рішення (присвоювати ранг, чергове військове звання, тощо).

Можна виокремити два критерії перевірки судом законності управлінського рішення: формальний та сутнісний.

Ознакою ефективного судового захисту від неправомірної діяльності на виконання дискреційних повноважень є постановлення рішення, яке унеможливорює повторне звернення до адміністративного органу або повторне вирішення ним того ж питання.

Перелік використаних джерел

1. Закурін М.К. Дискреція – дія на власний розсуд. *Поняття та прояв. Вісник господарського судочинства*, 2009, № 4. С.17– 24.
2. Грінь А. А. До питання про поняття «дискреційні повноваження органів виконавчої влади». *Держава і право. Юридичні і політичні науки*, 2014, вип. 65. С. 101–107.
3. Перепелюк В. *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 (дата звернення 12.07.2021)
4. Грінь А. А. *Дискреційні повноваження органів виконавчої влади України та їх реалізація: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2019. 256 с.*
5. Харенко О.В. *Адміністративний розсуд у діяльності суб'єктів публічного адміністрування. Часопис Київського університету права*, 2018, №3. С.119 – 124.
6. Губська О. *Особливості реалізації дискреційних повноважень суб'єктами владних повноважень і вибору судами способу захисту під час здійснення адміністративного судочинства. Слово Національної школи суддів України*, 2020, № 4(33). С. 58 – 75.

References

1. Zakurin M.K. (2009) *Dyskretsiia – diia na vlasnyi rozsud. Poniattia ta proiav. [Discretion is an action at one's own option. Concept and manifestation]*. *Visnyk hospodarskoho sudochynstva*, no. 4, pp.17 – 24 [ukr.].
2. Hrin A. A. (2014) *Do pytannia pro poniattia «dyskretsiini povnovazhennia orhaniv vykonavchoi vlady»*. [On the concept of «discretionary powers of the executive branch»]. *Derzhava i pravo. Yurydychni i politychni nauky*, 2014, no. 65, pp. 101–107[ukr.].
3. Perepelyuk, V. (2018). *Naukovyi vysnovok shchodo mezh dyskretsiinoho povnovazhennia subiekta vladnykh povnovazhen ta sudovoho kontroliu za yoho realizatsiieiu*. [Scientific conclusion on the limits of discretion of the subject of power and judicial control over its implementation]. Retrieved from: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/naukovi_visnovki/nauk_visnovok_01_03_2018 [ukr.].
4. Hrin A. A. (2019) *Dyskretsiini povnovazhennia orhaniv vykonavchoi vlady Ukrainy ta yikh realizatsiia [Discretionary powers of executive authorities of Ukraine and their implementation] dys. ... kand. yuryd. nauk : 12.00.07*, Kyiv, 2019, 256 p. [ukr.].
5. Kharenko, O.V. (2018). *Administratyvnyi rozsud u diialnosti subiektiv publichnoho administruvannia [Administrative discretion in the activities of public administration entities]*. *Chasopys Kyivskoho universytetu prava*, no. 3, pp.119 – 124[ukr.].
6. Hubska O. (2020). *Osoblyvosti realizatsii dyskretsiinykh povnovazhen subiektamy vladnykh povnovazhen i vyboru sudamy sposobu zakhystu pid chas zdiisnennia administratyvnoho sudochynstva [Peculiarities of the exercise of discretionary powers by the subjects of power and the choice by the courts of the method of protection during the administrative proceedings]*. *Slovo Natsionalnoi shkoly suddiv Ukrainy*, no. 4(33), pp. 58 – 75[ukr.].

ОНИЩУК М. Проблемні питання здійснення судового контролю за дискрецією суб'єкта владних повноважень.

У статті визначається поняття «дискреційні повноваження», розглядаються типи адміністративного розсуду, підходи до обсягу судового контролю над реалізацією дискреційних повноважень у різних європейських країнах, критерії ефективного судового контролю над здійсненням дискреційних повноважень, а також формулюються висновки щодо меж дискреційних повноважень владних суб'єктів.

Ключові слова: верховенство права, адміністративний розсуд, процесуальний розсуд, судовий контроль, спосіб захисту прав.

ОНИЩУК Н. Проблемные вопросы осуществления контроля за дискрецией субъекта властных полномочий.

В статье определяется понятие «дискреционные полномочия», рассматриваются типы административного усмотрения, подходы к объему судебного контроля за

реализацией дискреционных полномочий в различных европейских странах, критерии эффективного судебного контроля за осуществлением дискреционных полномочий, а также формулируются выводы относительно границ дискреционных полномочий властных субъектов.

Ключевые слова: верховенство права, административное усмотрение, процессуальное усмотрение, судебный контроль, способ защиты прав.

ONISHCHUK M. *The problematic issues of judicial control over the discretion of the authority.*

The purpose of the article is to define the concept of «discretionary powers», to formulate conclusions on the limits of discretionary powers of government authorities, to analyze the limits of judicial control over discretionary powers, the correlation between court procedural discretion and public administration discretion.

The theoretical and methodological basis of the study are modern general scientific and special legal methods of scientific knowledge. The formal-logical method and the method of analysis and synthesis are used in the study of doctrinal provisions on the concept of «discretionary powers». The method of comparative legal analysis is used in the study of foreign models of judicial control over the exercise of discretionary powers.

The article defines the concept of «discretionary powers», considers the types of administrative discretion, approaches to the scope of judicial control over the implementation of discretionary powers in different European countries, gives the criteria for effective judicial control over the exercise of discretionary powers.

The attribute of effective judicial protection against illegal activity in the exercise of discretionary powers is the issuance of a court decision that makes it impossible to re-apply to the administrative body or re-resolve the same issue. Based on this, it is concluded that in Ukraine it is appropriate to apply the model of full judicial control, and the recognition of the disputed decision as illegal with the obligation to re-adopt the administrative decision is contrary to the rule of law principle, except the situations when:

- there was no real consideration of the issue as such (non-compliance with the decision-making procedure, decision-making by an inappropriate subject);
- there is an exclusive competence of the relevant body to make a specific decision (assign a rank, military rank, etc.).

Key words: rule of law, administrative discretion, procedural discretion, judicial control, remedies.