

ЗВІТ:
**«Дискреція адміністративних органів
і судовий контроль за її реалізацією»
(проект)**

Едіт Целлер
Роман Куйбіда
Роман Мельник

вересень 2020



THIS PROJECT IS FUNDED BY
THE EUROPEAN UNION



Ця публікація підготовлена за фінансової підтримки Європейського Союзу. Її зміст є виключною відповідальністю проєкту Право-Justice, який фінансується ЄС, і не обов'язково відображає погляди Європейського Союзу.

Едіт Целлер, президент Асоціації європейських адміністративних суддів, суддя Адміністративного суду Відня, міжнародний експерт проєкту ЄС «Право-Justice»

Роман Куйбіда, кандидат юридичних наук, заступник голови правління Центру політико-правових реформ. Протягом більше десяти років викладав на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Брав участь у науково-консультативних радах судів, дорадчих органах при різних державних органах. Член Громадської ради доброчесності (2016-2020). Автор та співавтор багатьох досліджень, підручників, коментарів та інших публікацій з питань судоустрою, судочинства, адміністративної юстиції.

Роман Мельник, професор, доктор юридичних наук, член правління ГО «Німецько-український правознавчий діалог», віце-президент з питань науки Академії адміністративно-правових наук, учасник чисельних німецько-українських проєктів у сфері прав людини, адміністративного права та адміністративної юстиції. Автор та співавтор багатьох досліджень, підручників, коментарів та інших публікацій з питань адміністративного права та адміністративної юстиції.

За редакцією **Костянтина Красовського** та **Іллі Черногоренка**, національних експертів проєкту ЄС «Право-Justice»

ЗМІСТ

Скорочення	5
Вступ	6
I. Загальне резюме	6
A. Доктрина	
B. Стандарти та рекомендації Ради Європи	
C. Законодавство та судова практика держав-членів ЄС	
D. Національне законодавство та практика	
E. Настанови щодо контролю за реалізацією дискреції	
II. Огляд доктрини	10
A. Зміст поняття «дискреція адміністративного органу»	
B. Мета дискреції	
C. Нормативні форми уповноваження на застосування дискреції	
D. Види дискреції адміністративного органу	
E. Вимоги до застосування дискреції	
F. Незаконне (протиправне) застосування дискреції	
G. Дискреція та невизначені юридичні поняття	
III. Стандарти та рекомендації Ради Європи	19
A. Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи	
B. Позиції Венеційської комісії	
C. Практика ЄСПЛ	
IV. Законодавство та судова практика держав-членів Європейського Союзу	27
A. Данія	
B. Німеччина	
C. Франція	
D. Угорщина	
E. Нідерланди	
F. Словенія	
G. Іспанія	
H. Вплив права ЄС на національні підходи	
V. Національне законодавство та судова практика	37
A. Національне законодавство	
B. Національна судова практика	
VI. Настанови щодо контролю за реалізацією дискреції адміністративного органу	52
A. Рекомендації щодо кумулятивного контролю за реалізацією дискреції	
B. Загальний алгоритм перевірки правомірності реалізації дискреційного повноваження	

Скорочення:

ВРП	Вища рада правосуддя
ВП ВС	Велика Палата Верховного Суду
ВККС	Вища кваліфікаційна комісія суддів України
ЄКСЛ	Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
ЄС	Європейський Союз
КАС України	Кодекс адміністративного судочинства України
КМРЄ	Комітет Міністрів Ради Європи
РЄ	Рада Європи
Суд ЄС	Суд справедливості Європейського Союзу

ВСТУП

Дискреційні повноваження дають можливість органу державної влади, органу місцевого самоврядування, а також іншим суб'єктам управлінської діяльності (далі – адміністративний орган) приймати максимально зважені та справедливі рішення під час правозастосування.

У 2019 році дискреція адміністративних органів і судовий контроль за її реалізацією стали предметом Моніторингу адміністративного судочинства в Україні, здійсненого Проектом ЄС «Право-Justice». Результати моніторингу показали, що в національному законодавстві відсутні чіткі правила щодо межі судового втручання в дискреційні повноваження адміністративних органів, а також те, що немає розмежування між дискреційними повноваженнями виборних та невиборних органів влади, і не визначено різницю в обсязі повноважень суду при перегляді індивідуальних та колегіальних рішень. Водночас дослідження виявило те, що поняття тлумачення законів та дискреція недостатньо розмежовані у всіх сферах української юридичної доктрини.

Відповідно, у межах Проекту ЄС Право-Justice, група національних та міжнародних експертів дослідила питання дискреції адміністративних органів і судовий контроль за її реалізацією під кутом зору юридичної доктрини, європейських стандартів, національного законодавства та судової практики.

За результатами дослідження експерти розробили настанови (алгоритм) щодо контролю за реалізацією дискреції адміністративного органу (див. Розділ VI).

Експертна група складалася з двох національних експертів:

- Роман Куйбіда, кандидат юридичних наук
- Роман Мельник, професор, доктор юридичних наук та міжнародного експерту:
- Едіт Целлер, суддя

Структурно аналіз складається з шести розділів:

- I. Загальне резюме та висновки (підготовлено групою національних та міжнародних експертів)
- II. Огляд доктрини (підготовлено Романом Мельником)
- III. Стандарти та рекомендації Ради Європи (підготовлено Романом Куйбідою та Едіт Целлер)
- IV. Законодавство та судова практика держав-членів Європейського Союзу (підготовлений Едіт Целлер)
- V. Національне законодавство та судова практика (підготовлено Романом Мельником і Романом Куйбідою)
- VI. Наставови щодо контролю за реалізацією дискреції (підготовлено Романом Мельником, Романом Куйбідою і Едіт Целлер).

ЗАГАЛЬНЕ РЕЗЮМЕ

A. Огляд доктрини

1. Дискреція (адміністративний розсуд), будучи видом повноваження адміністративного органу, надає останньому певний простір, оскільки він може здійснювати вибір між декількома допустимими під кутом зору закону (права) рішеннями. Він може діяти або не діяти, а коли він діє, то обирає один або декілька з можливих варіантів дій.
2. Дискреція (адміністративний розсуд) є необхідною та безальтернативною для управлінської діяльності адміністративного органу юридичною конструкцією, завдяки якій вирішується низка важливих завдань, центральними з яких є забезпечення справедливої, ефективної та орієнтованої на індивідуальні потреби приватної особи правозастосовної та правотворчої діяльності названих суб'єктів.
3. Виділяються три основних види дискреції адміністративного органу:
 - дискреція щодо рішення/дії. Адміністративний орган має право самостійно вирішити, чи буде або не буде він приймати рішення/діяти;
 - дискреція щодо одного з варіантів рішення/дії. Адміністративному органу надається можливість прийняти одне з юридично допустимих рішень або вчинити одну із юридично допустимих дій;
 - дискреція щодо способу дії. Адміністративному органу надається можливість самостійно вирішити, яким чином він буде діяти у конкретній ситуації.
4. Дискреція не є довільною; вона завжди здійснюється відповідно до закону (права), оскільки згідно з ч. 2 ст. 19 Конституції України *«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»*.
5. Зв'язаність дискреції адміністративного органу законом (правом) робить можливим здійснення адміністративними судами перевірки рішень (дій), прийнятих адміністративним органом внаслідок реалізації дискреційних повноважень.
6. Панівна на сьогоднішній день думка про можливість перевірки адміністративними судами виключно формальної законності (правомірності) дискреції усе частіше піддається обґрунтованій критиці, що призводить до поступового розширення меж контролю адміністративних судів за дискреційними повноваженнями адміністративних органів.
7. Адміністративні суди можуть контролювати як відповідність реалізації дискреції закону (праву), так і узгодженість рішень (дій), прийнятих на підставі дискреції, з правами людини і громадянина,

загальними принципами публічної адміністрації, процедурними нормами, обставинами справи, наявними ресурсами тощо.

8. Незаконна реалізація дискреції може знаходити прояв у різних формах: а) перевищення повноваження на застосування дискреції; б) незастосування/недостатнє застосування дискреції; в) зловживання дискрецією.
9. Від дискреції необхідно відрізнити невизначені юридичні поняття. Різниця між ними полягає у тому, що якщо дискреція перебуває на боці юридичних наслідків норми, то невизначені юридичні поняття знаходяться на боці юридичного складу, що вимагає застосування для пізнання сутності (змісту) таких понять відповідних методик тлумачення права. Тлумачення невизначених юридичних понять може здійснюватися з використанням граматичного, системного, історичного, телеологічне тлумачення.

В. Стандарти та рекомендації Ради Європи

10. Ні практика ЄСПЛ, ні рекомендації Ради Європи (щодо судового перегляду адміністративних актів або щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами) безпосередньо не визначають, як слід організувати судовий контроль. Однак, незалежно від структури судової системи, вимоги статті 6 (1) ЄСПЛ повинні бути виконані.
11. Стандарти і рекомендації різних інституцій Ради Європи здійснюють когерентний вплив на національні правові системи. Стосовно реалізації дискреційних повноважень адміністративними органами ці стандарти і рекомендації спрямовані на запобігання свавіллю з їхнього боку та надмірному втручанню у людські права.
12. Судова практика ЄСПЛ щодо ст. 6 (1) ЄСПЛ (з питань необхідного обсягу судового контролю) встановлює загальну рамку, в межах якої дискреційна влада може здійснюватися і юридично контролюватися. Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи, Венеційської комісії хоч формально і не мають обов'язкового характеру, однак вони є дуже важливими для національної практики, зокрема для надання змістовного тлумачення, а також розширення принципів, втілених в ч. 2 ст. 2 КАС України, які встановлюють вимоги, зокрема й для реалізації дискреційних повноважень.
13. У практиці ЄСПЛ вироблено низку принципів і тестів, які дають судам орієнтири під час судового контролю за реалізацією дискреційних повноважень адміністративними органами.

С. Законодавство та судова практика держав-членів ЄС

14. Судовий контроль за рішеннями та діями адміністративних органів дозволяє контролювати й реалізацію дискреційних повноважень, хоча в різних національних юрисдикціях формат, обсяг та глибина такого контролю відрізняються.
15. Загалом є дві окремі групи правових систем, що 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. Судовий перегляд також пов'язаний з відмежуванням дискреції від застосування невизначених юридичних понять.

Друга група держав визнає досить широку адміністративну гнучкість як на рівні фактів, так і на рівні юридичних наслідків, дотримуючись основного принципу: як правило, суддя не замінює і не повинен замінювати адміністративний орган. Це 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).

Франція могла б вважатися однією з таких країн (див. *Ultra vires proceedings and full appeal proceedings*, тобто "*recours pour excès de pouvoir*", "*recourse n annulation*"). У Франції суди зазвичай перевіряють переважно відповідність адміністративного рішення формальним критеріям, зокрема відповідність вимогам законодавства. Винятки мають місце лише у випадку серйозних порушень основоположних прав і ретельність контролю змінюється відповідно до різних категорій скарг/позовів. Однак з розвитку судової практики, як правило, очевидно, що завдання адміністративного судочинства охоплює не лише гарантування об'єктивної законності адміністративних дій, а й включає правовий захист на індивідуальному (суб'єктивному) рівні.

16. І Німеччина, і Франція розрізняють обов'язкове адміністрування та дискреційне виконання законів.
17. Що стосується невизначених юридичних понять: і німецька, і французька система надають адміністративним органам певний обсяг дискреційних повноважень (*Beurteilungsspielraum / erreurs manifests d'appréciation*). Хоча, згідно з німецькою доктриною, це не «розсуд», німецька судова практика все-таки на належному рівні розробила певні межі судового контролю в цих сферах. Судовий контроль, як правило, не втручається у високо технічні сфери, але також існує тенденція застосовувати його щодо нормативних рішень адміністративних галузевих органів.
18. Історично була тенденція уточнювати і цим звужувати дискрецію, яку раніше вільно застосовували адміністративні органи (які часто заявляли в судах, що суди не повинні переглядати свої рішення через дискрецію) з метою захисту індивідуальних прав. В основному судова практика вищих судів сформувала тонкі розмежування і є ключовими гравцями для подальшого затвердження, що також розглядаються під кутом зору економічних та інших суспільних потреб.
19. Загальним критерієм судової практики щодо контролю дискреційних рішень є такий постулат:

У будь-якому випадку процесуальна справедливість (дотримання процедури) та контроль за процесуальною справедливістю повністю актуальні також у справах, коли дискреційні повноваження здійснюються адміністративним органом. Так можна уникати свавілля та це повинно відповідати принципам ефективного судового контролю.

Відтак, загалом судовий перегляд можливий тоді, коли дискреційне рішення було прийнято *ultra vires* (тобто адміністративний орган вийшов за правові межі обсягу дискреційних повноважень) або адміністративний орган використовував інші, ніж юридичні критерії для здійснення дискреції.

Також, якщо дискреційні повноваження не використовувалися для дотримання законної мети (або інших основних принципів, таких як пропорційність або рівність), адміністративний акт буде скасовано.

20. Однак у тих системах (або категоріях судових проваджень, як, наприклад, у Франції), де закон покладає на суддів функцію перевіряти навіть правильність застосування дискреції, суди уповноважені ухвалювати рішення у спорі, вирішуючи справу по суті. Так склалося, що суди в країнах з німецькою правовою традицією здійснювали більш ретельний контроль за дискрецією.
21. У Німеччині здійснення дискреції обмежується здійсненням розсуду щодо юридичних наслідків.
22. Французька доктрина щодо дискреції не обмежується рівнем юридичних наслідків (але включає рівень юридичних фактів), і вона, насамперед, була розроблена на основі судової практики Державної ради.
23. Судовий контроль щодо дотримання дискреції є обмеженим у всіх європейських країнах (або в цілому: надання обсягу дискреційних повноважень адміністрації). У Франції та Німеччині (як і в інших європейських судових системах) судовий контроль дискреції визначається основоположними правами та принципом пропорційності, оскільки ці принципи не втручаються в дискрецію, надану законодавцем адміністративним органам.

D. Національне законодавство та судова практика

24. На рівні національного законодавства закріплено основні стандарти (принципи), які мають бути дотримані адміністративними органами під час прийняття рішень (вчинення дій) на підставі дискреції. Неврахування (невиконання) цих стандартів може стати підставою для визнання адміністративним судом, який має право контролювати їх дотримання, прийнятого рішення (вчиненої / невчиненої дії) протиправним.
25. Попри відсутність терміну «дискреційні повноваження адміністративного органу» в законі, вага цього поняття в практиці адміністративного судочинства є суттєвою і помітно зростає.
26. Найскладнішим для судової практики є питання глибини (меж) судового контролю за правильністю застосування дискреції адміністративного органу.
27. Практика Верховного Суду (Великої Палати) дозволяє зробити висновки, що для перевірки, чи діяв орган на підставі та в межах своїх повноважень, доцільно з'ясувати, зокрема:
 - чи є ці повноваження дискреційними;
 - якщо так, то чи їхня реалізація (нереалізація) може бути об'єктом судового контролю, чи ж дискреція адміністративного органу має виключний характер;
 - якщо ж реалізація дискреційних повноважень може зазнати судового втручання для захисту порушених прав особи, то чи переслідував орган легітимну мету, чи діяв прозоро і в якомога послідовніший спосіб; чи дотримав процедурні гарантії; чи належно вмотивував рішення; чи не є воно свавільним (довільним), нерациональним, не підтвердженим доказами або ж помилковим щодо юридичних фактів; не об'єктивним або явно несправедливим.
28. Водночас потрібно визнати, що практика Верховного Суду потребує кращої кореляції з критеріями оцінювання рішень, дій чи бездіяльності адміністративних органів, що визначені в ч. 2 ст. 2 КАС України, з наданням їм змістовного наповнення відповідно до релевантних рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи. У разі посилання на практику ЄСПЛ доцільно вказувати відповідні рішення цього Суду та пункти, щоб усунути будь-які сумніви у коректності такого посилання.

ОГЛЯД ДОКТРИНИ

1. Для української юридичної доктрини та, особливо, практики правозастосування дискреція є доволі новою юридичною категорією та мало з'ясованою за своїм змістом. У радянський період у роботах з адміністративного права «дискреція» («адміністративний розсуд») практично не вивчалася.
2. З огляду на це, проаналізуємо сучасні погляди на інститут дискреції, які мають місце на рівні європейської та української юридичної доктрини, й далі на їх підставі сформулюємо рекомендації для адміністративних органів¹ та адміністративних судів.

А. Зміст поняття «дискреція адміністративного органу»

3. Про **дискрецію адміністративного органу** (адміністративний розсуд) йдеться в тих випадках, коли частина норми права, що містить юридичні наслідки (зокрема, санкції), передбачає декілька варіантів можливої (допустимої) реакції адміністративного органу на події або вчинки учасників правовідносин. У цьому випадку, на думку як європейських, так і українських авторів, такому органу наданий певний простір, оскільки він може здійснювати вибір між декількома допустимими під кутом зору закону (права) рішеннями. Він може діяти або не діяти, а коли він діє, то обирає один або декілька з можливих варіантів дій².

Увага!

Офіційне (легальне) визначення категорії «**дискреційні повноваження**» (або що теж саме – **адміністративний розсуд**) закріплено у Методології проведення антикорупційної експертизи (далі – Методологія), затвердженій наказом Міністерства юстиції України від 24.04.2017 № 1395/5, де під ними (дискреційними повноваженнями) розуміється «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, проектом нормативно-правового акта»³.

4. Дискреція, як наголошується в англійській науковій літературі, це не обов'язок, а **повноваження** адміністративного органу, оскільки юридична концепція дискреції передбачає можливість вибору між альтернативними способами дій та/або бездіяльністю. У разі, якщо законодавство передбачає

¹ Адміністративний орган – категорія синонімічна до таких понять як суб'єкт владних повноважень, суб'єкт публічного управління, суб'єкт публічної адміністрації.

² Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck, München, 2011, S. 147; Брєбан Г. Французское административное право: Пер. с фр. / Под ред. и со вступ. ст. С. В. Боботова. – М.: Прогресс, 1988. – С. 191-192; Ткач Г. Правова природа дискреційних повноважень органу виконавчої влади // Державне управління: Проблеми адміністративно-правової теорії та практики / Авер'янов В. (заг. ред.). – К., 2003. – С. 124.; Основи адміністративного судочинства та адміністративного права / Куйбіда Р., Шишкін В. (заг. ред.) . – К., 2006. – С. 166.

³ Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи: Наказ Міністерства юстиції України від 24.04.2017 № 1395/5 // <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1395323-17#n8>

прийняття лише певного конкретного рішення, то це не є реалізацією дискреції (повноважень), а є виконанням обов'язку⁴.

5. Розділяючи ідею про віднесення дискреції до повноважень, німецькі вчені, конкретизуючи цю тезу, наголошують на тому, що застосування адміністративного розсуду має бути завжди зв'язаним з конкретним випадком, що, як наслідок, виключає застосування «загального розсуду»⁵, тобто заборон чи обмежень, спрямованих на майбутнє.

Приклад

Не може бути обмежена діяльність якогось підприємства через те, що воно, на думку адміністративного органу, може у майбутньому завдати шкоду навколишньому природному середовищу. Рішення про заборону або незаборону діяльності підприємства (рішення на підставі адміністративного розсуду) може бути прийнято виключно за результатами вивчення обставин конкретної справи (ситуації), яка вже знаходить (знайшла) прояв у зовнішньому середовищі.

6. Водночас, дискреція використовується адміністративним органом як під час прийняття індивідуального рішення (адміністративного акту), так і під час підготовки і видання нормативного акту. В останньому випадку йдеться про можливість (повноваження) адміністративного органу самостійно (не порушуючи меж, встановлених законом) формулювати зміст (положення) підзаконних нормативних актів.

Увага!

Щодо останньої тези (у частині судового контролю за прийняттям нормативних актів) британські вчені пишуть, що вибір органів влади не повинен «... захищатись від судового контролю лише тому, що такий вибір приймає форму правила»⁶. Зрозуміло, що перегляд адміністративних актів загальної дії як таких, а не перегляд їх застосування у конкретних обставинах, суттєво розширює можливості для судового контролю. З огляду на це, вчені вважають, що судді у таких випадках мають уникати вирішення гіпотетичних спорів, особливо у політично суперечливих сферах⁷ та обмежуватись лише виправленням чітко визначених помилок у застосуванні законодавства (навіть і в актах загальної дії)⁸. Таким чином, якщо йдеться про перегляд політики [у значенні нормативного акту], як такої (безпосередньо), а не в контексті її застосування у конкретних обставинах, то єдиною підставою для судового перегляду у Сполученому Королівстві є помилка у застосуванні законодавства (illegality).

В. Мета дискреції

7. Мета дискреції (адміністративного розсуду) адміністративного органу зводиться до того, що:

- по-перше, завдяки дискреції забезпечується індивідуалізація та справедливість вирішення тих або інших справ, бо вони розглядаються в межах конкретних обставин, які можуть бути враховані відповідним суб'єктом;

⁴ Nedjatigil, Zaim M. Judicial Control of Administrative Discretion: A Comparative Study (Great Britain, France, Germany, Netherlands, Italy). *Anglo-American Law Review* 14.2 (1985), p. 97.

⁵ Maurer H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Verlag C.H. Beck, München, 2011, S. 148.

⁶ Paul Craig, *Administrative Law* (8th edn, Sweet and Maxwell 2016), p. 469.

⁷ Bernard Schwartz and William Wade, *Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and the United States* (Clarendon Press 1972), p. 283.

⁸ *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112.

- по-друге, такі повноваження сприяють адміністративній гнучкості, дозволяючи адміністративним органам, які приймають рішення, адаптуватися до мінливих обставин та пріоритетів (за умови дотримання обмежень законності та розумності)⁹ та сприяють підвищенню ефективності (раціональності) та оперативності управлінської діяльності¹⁰;

- по-третє, дискреція дозволяє максимально повно врахувати права, свободи та інтереси приватної особи і, особливо, під час їх зважування з публічним інтересом.

С. Нормативні форми уповноваження на застосування дискреції

8. Відповідь на питання про те, чи надає яка-небудь норма права адміністративному органу дискрецію або ні, необхідно шукати безпосередньо в нормі. В абсолютній більшості випадків текст самої норми дає необхідну відповідь (наприклад, використовуються такі формулювання як «може», «має право» або «повинен»). Менш поширеними є ситуації, коли відповідь на питання про наявність чи відсутність права на дискрецію виникає за результатами тлумачення відповідної норми¹¹.

Увага!

У Методології проведення антикорупційної експертизи¹² зазначено, що дискреційні повноваження можуть закріплюватися в нормативно-правових актах, проектах нормативно-правових актів такими способами:

1) за допомогою оціночних понять, наприклад: «за наявності поважних причин орган вправі надати...», «у виключних випадках особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може дозволити ...», «рішення може бути прийнято, якщо це не суперечить суспільним інтересам ...» тощо;

2) шляхом перерахування видів рішень, що приймаються органом (особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування), не вказуючи підстав для прийняття того чи іншого рішення або шляхом часткового визначення таких підстав;

3) шляхом надання права органу (особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування) при виявленні певних обставин (настанні конкретних юридичних фактів) приймати чи не приймати управлінське рішення залежно від власної оцінки цих фактів.

9. Треба розуміти, що єдиного чи повного переліку законодавчих (нормативних формулювань), з яких можна було б зробити чіткий висновок про наявність в адміністративного органу права (повноваження) на застосування дискреції, не існує. Наявність уповноваження на дискрецію, таким чином, необхідно завжди докладно перевіряти шляхом аналізу закону з урахуванням висновків органів судової влади¹³.

⁹ Mcharg, Aileen. Administrative Discretion, Administrative Rule-Making and Judicial Review // SSRN Electronic Journal, 2017, p. 270.

¹⁰ Friedrich, J. Carl. 1940. Public Policy and the Nature of Administrative Responsibility. *Public Policy*. Cambridge: Harvard University Press, p. 3-34.; Коломоець Т.О. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – С. 40.

¹¹ Йорг Пуделька Понятие усмотрения в административном праве Германии и его отграничение от судебного усмотрения // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия Право, 2017, Том 8, Вып. 4. – С. 444.

¹² Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи: Наказ Міністерства юстиції України від 24.04.2017 № 1395/5 // <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1395323-17#n8>.

¹³ Загальне адміністративне право: підручник / [Гриценко І.С., Мельник Р. С., Пухтецька А.А. та інші]; за заг. ред. І. С. Гриценка. – К. : Юрінком Інтер, 2017. – С. 442.

D. Види дискреції

10. Можуть бути виділені три основних види дискреції:

1) **дискреція щодо рішення/дії.** Адміністративний орган має право самостійно вирішити, чи буде або не буде він приймати рішення/діяти¹⁴;

Приклад

У разі виявлення порушень об'єктами нагляду вимог законодавства у сфері містобудівної діяльності, головні інспектори будівельного нагляду мають право ініціювати притягнення посадових осіб цього об'єкта до дисциплінарної відповідальності (п. 3 ч. 4 ст. 411 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності»), тобто адміністративний орган має *право як ініціювати, так і не ініціювати* притягнення винних осіб до дисциплінарної відповідальності. Прийняття такого рішення знаходиться у межах дискреції головного інспектора будівельного нагляду.

2) **дискреція щодо одного з варіантів рішення/дії.** Адміністративному органу надається можливість прийняти одне з юридично допустимих рішень або вчинити одну із юридично допустимих дій¹⁵;

Приклад

Національна комісія з питань державного регулювання у сфері зв'язку та інформатизації має право прийняти рішення про вилучення (повністю або частково) в оператора телекомунікацій номерного ресурсу (ч. 4 ст. 70 Закону України «Про телекомунікації»), тобто адміністративний орган має *право обирати між повним і частковим вилученням* номерного ресурсу.

3) **дискреція щодо способу дії.** Адміністративному органу надається можливість самостійно вирішити, яким чином він буде діяти у конкретній ситуації¹⁶;

¹⁴ Селіванов А. О. Адміністративний процес в Україні: реальність і перспективи розвитку правових доктрин / А. О. Селіванов. – К.: Ін Юре, 2000. – С. 61; Кучерявенко М.П. Особливості розсуду в податково-правовому регулюванні // «ScienceRise: Juridical Science», 2017, № 1 (1), С. 37-41; Загальне адміністративне право: підручник / [Гриценко І.С., Мельник Р. С., Пухтецька А.А. та інші]; за заг. ред. І. С. Гриценка. – К.: Юрінком Інтер, 2017. – С. 407; Мельник Р.С., Бевзенко В.М. Загальне адміністративне право: Навчальний посібник / За заг. ред. Р.С. Мельника. – К.: Ваіте, 2014. – С. 278.

¹⁵ Євсєєв О.П. Процедури в конституційному праві України: дис. ... канд.. юрид. наук; Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – Харків, 2008. – С. 90; Основи адміністративного судочинства та адміністративного права / навч. посібник / за заг. редакцією Куйбіди Р. О., Шишкіна В. І., 2006. – С. 167; Лагода О.С. Адміністративна процедура: теорія і практика застосування: дис. ... канд.. юрид. наук; Національний університет державної податкової служби України. - Ірпінь, 2007. – С. 94-95 тощо.

¹⁶ Резанов С. Класифікація адміністративного розсуду: поняття та його види // Митна справа, 2015, № 5 (101), Ч. 2. – С. 181–184; Лагода О.С. Адміністративна процедура: теорія і практика застосування: дис. ... канд.. юрид. наук; Національний університет державної податкової служби України. - Ірпінь, 2007. – С. 94-95 тощо.

Приклад

Поліція відповідно до покладених на неї завдань вживає заходи для забезпечення публічної безпеки та порядку на вулицях, площах, у парках, скверах, на стадіонах, вокзалах, в аеропортах, морських і річкових портах, інших публічних місцях (п. 10 ч. 1 ст. 23 Закону України «Про поліцію»), тобто поліція *самостійно приймає рішення про те, які саме заходи будуть нею вжиті для виконання названого завдання.*

Е. Вимоги до застосування дискреції

11. Дискреція зазвичай не є абсолютним повноваженням (правом). Обов'язковою умовою для її застосування є зв'язаність дискреції нормативними актами, що, як наслідок, виключає існування «вільного розсуду» або розсуду за межами закону (права). «Орган влади має (= зобов'язаний) «здійснювати свою дискрецію відповідно до мети і наданих повноважень та дотримуватися меж дискреції, передбачених законом». Якщо орган влади не виконує цих юридичних зобов'язань, він діє «з помилковим застосуванням дискреції» і, отже, протиправно¹⁷.
12. Застосовуючи дискрецію, як наголошують німецькі автори, адміністративні органи мають зважати також на основоположні права людини і громадянина¹⁸ та загальні принципи управління (насамперед, необхідність та пропорційність), які є об'єктивними межами для здійснення дискреції, але водночас і аргументами порівняльного співвідношення (для з'ясування питання, чи не було перевищення або зловживання дискрецією). Їхнє порушення перетворює дискреційне рішення на протиправне¹⁹.
13. Реалізація дискреції, згідно із західноєвропейською доктриною, покладає на адміністративний орган також і обов'язок дотримуватися **процедурних норм**, чітко викладених у нормативному акті, яким визначається його юрисдикція²⁰. Але й за межами цих юридичних критеріїв у вужчому розумінні не починається сфера вільної доцільності. Не слід забувати також і про масштаби економічності й економності. Відповідно застосування дискреції буде визнаним правильним (безпомилковим) не лише, коли не було скоєно жодних юридичних помилок, але і за умови, що адміністративний орган **діяв, зберігаючи ресурси та максимально розумно і зважено**²¹.
14. У процесі прийняття рішення на підставі дискреції, наголошують французькі автори, мають бути враховані також і фактичні обставини, які супроводжують процес його прийняття. У разі якщо відповідний орган користується своїм дискреційним повноваженням, він не повинен допускати помилок при констатації юридичних фактів. Помилки в оцінці фактичних обставин, неправильні розрахунки, проведені ним, все це може викликати незаконність (протиправність) прийнятого на підставі дискреції рішення. Подібні наслідки викликають також і випадки, коли під час прийняття акту на підставі дискреції адміністративний орган допускає очевидні прорахунки в оцінках. Очевидна помилка під кутом зору логіки є тим самим, що і зловживання владою під кутом зору моральності.

¹⁷ Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck, München, 2011, S. 148.

¹⁸ Шмідт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права / Ебергард Шмідт-Ассманн; [пер. з нім. Г. Рижков, І. Сойко, А. Баканов]; відп. ред. О. Сироїд. - [2-ге вид., перероблене та доповнене]. - К.: «К.І.С.», 2009. – С. 72.

¹⁹ Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck, München, 2011, S. 150.

²⁰ Council of Civil Service Unions and others v Minister for the Civil Service [1984] 3 All ER 935, p. 951

²¹ Шмідт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права / Ебергард Шмідт-Ассманн; [пер. з нім. Г. Рижков, І. Сойко, А. Баканов]; відп. ред. О. Сироїд. - [2-ге вид., перероблене та доповнене]. - К.: «К.І.С.», 2009. – С. 239-240.

Адміністрація має право на здійснення своїх повноважень, але вона не має права вчиняти абсурдні дії²².

15. Поряд з цим, для досягнення поставленої мети адміністративний орган зобов'язаний застосовувати **відповідні засоби**. Витрати мають відповідати результату або бути меншими. Наприклад, не можна знищити щось цінне (знести пам'ятку архітектури національного значення) і на цьому місці побудувати менш вартісну споруду (торгівельний центр)²³.

F. Незаконна(протиправна) реалізація дискреції

16. Незаконна (протиправна) реалізація дискреції стосується тих випадків, коли адміністративний орган порушує закон (право), виходячи, наприклад, за межі наданих йому повноважень. У випадках, коли ж йдеться про те, що, скажімо, такий суб'єкт обрав менш доцільне рішення (з переліку можливих), то у такій ситуації, як підкреслюється у німецькій юридичній літературі, казати про незаконну (протиправну) реалізацію дискреції підстав немає²⁴.

17. Незаконна (протиправна) реалізація дискреції, згідно з німецькою доктриною, може знаходити прояв у різних формах:

а) **перевищення повноваження на застосування дискреції** має місце тоді, коли адміністративний орган обирає юридичний наслідок, що перебуває поза межами дискреційного правила / норми, що уповноважує на дискрецію;

б) **незастосування / недостатнє застосування дискреції** знаходить прояв, коли адміністративний орган не використовує надані йому повноваження застосувати дискрецію, наприклад, з легковажності або через помилкове припущення, що в силу обов'язковості норми він мав право на (без)діяльність;

в) **зловживання дискрецією** має місце, коли її здійснення не спрямоване на передбачені законом цілі або коли при її здійсненні належним чином не враховано відповідні властиві їй критичні аспекти. Повноваження завжди надаються адміністративному органу не в його власних інтересах і не в інтересах окремого громадянина, а з метою задоволення публічних інтересів. Якщо суб'єкт застосування дискреції використовує повноваження з іншою метою, ніж досягнення публічного інтересу, то він діє протиправно і його протиправні дії (рішення) можуть бути оскаржені в суді²⁵.

18. Якщо жодної з наведених помилок немає, то рішення (дія) адміністративного органу, можливо, є не найдоцільнішим, але це не робить його незаконним (протиправним). Подібні помилки (щодо доцільності) можуть бути виправлені лише в межах процедури позасудового (адміністративного) оскарження, а не в межах адміністративного судочинства²⁶.

19. Дискреція, даючи адміністративному органу можливість вибирати між різними способами поведінки, в окремих випадках може звужуватись, аж до перетворення на один єдиний варіант рішення. Це

²² Брэбан Г. Французское административное право: Пер. с фр. / Под ред. и со вступ. ст. С. В. Боботова. – М.: Прогресс, 1988. – С. 194, 194.

²³ Административное право зарубежных стран. Учебное пособие. - М. Издательство «СПАРК», 1996. – С. 93.

²⁴ Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck, München, 2011, S. 148.

²⁵ Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck, München, 2011, S. 149; Брэбан Г. Французское административное право: Пер. с фр. / Под ред. и со вступ. ст. С. В. Боботова. – М.: Прогресс, 1988. – С. 193.

²⁶ Пуделька Й. Понятие усмотрения в административном праве Германии и его отграничение от судебного усмотрения // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия Право, 2017, Том 8, Вып. 4. – С. 445-446.

стається тоді, коли лише одне рішення є правильним і безпомилковим здійсненням дискреційної влади, а будь-яке інше рішення буде зловживанням нею. Орган влади, як наголошується у німецькомовній юридичній літературі, відтак, зобов'язаний «вибрати» це єдине рішення, яке залишається в такому випадку. У таких випадках дискреція зводиться «до нуля» або «дискреція зникає»²⁷.

Приклад

Відповідно до законодавства про поліцію цей орган принципово володіє дискрецією в питанні про те, вчиняти або ні будь-які дії, коли і щодо кого їх застосувати з метою попередження загроз публічній безпеці і порядку. Однак якщо існують певні загрози для правових благ високого рангу, наприклад для конституційного права, то право органу поліції діяти з дискрецією (тобто щодо питання про те, чи необхідно взагалі діяти) може звестися до нуля. У такому випадку невчинення дій буде дискреційною помилкою і в цьому сенсі стане протиправним²⁸.

Г. Дискреція та невизначені юридичні поняття

20. Близьким до проблематики дискреції є питання невизначених юридичних понять. Це пов'язано з тим, що в обох випадках адміністративний орган дає власну оцінку ситуації та приймає остаточне рішення. Різниця ж між ними полягає у тому, що якщо дискреція перебуває на боці юридичних наслідків норми («дискреція щодо юридичних наслідків», «дискреція про дії», «дискреція щодо вибору одного з варіантів рішень»), то невизначені юридичні поняття знаходяться на боці юридичного складу²⁹, що вимагає застосування для пізнання сутності (змісту) таких понять відповідних методик тлумачення права³⁰.
21. Різні юридичні поняття мають різний ступінь визначеності. Окремі категорії, що знайшли закріплення в текстах нормативних актів, з огляду на їх легальні (офіційні) визначення, або, враховуючи результати судової практики, є доволі чіткими і однозначними для розуміння. Водночас юридичні акти наповнені і чисельними категоріями, які мають бути інтерпретовані (розтлумачені) у кожному конкретному випадку їх застосування. До таких понять відносяться, наприклад, публічний інтерес, загальне благо, поважна причина, надійність, придатність, потреба, особливо тяжкий випадок, спотворення, забруднення, ушкодження природного пейзажу тощо.
22. Застосування цих понять у кожному окремому випадку вимагає оцінки, а часто також прогнозу майбутнього; це, у свою чергу, можливо лише у разі врахування, оцінки та порівняльного зважування явищ, що конкурують. Не завжди можна чітко встановити єдине можливе правомірне рішення. Адміністративний орган повинен, незважаючи на ці труднощі, в конкретному випадку дістатись до конкретного рішення³¹. З цієї причини дискреція та уповноваження щодо тлумачення невизначених юридичних понять не становлять юридичних конструкцій, що чітко розмежовані між собою; вони зумовлюються різною законодавчою технікою та можуть взаємозамінюватися під різними методичними кутами зору³².

²⁷ Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck, München, 2011, S. 151.

²⁸ Йорг Пуделька Понятие усмотрения в административном праве Германии и его отграничение от судебного усмотрения // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия Право, 2017, Том 8, Вып. 4, С. 446.

²⁹ Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck, München, 2011, S. 151.

³⁰ Більш докладно про методики тлумачення права див.: Методика вирішення юридичних задач (казусів): теоретичні та практичні аспекти : навч. посіб. / Б. Шлоер, В. Поєдинок, І. Лукач, О. Косілова ; за заг. редакцією Р. Мельника. – Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2020; Німецька методика права : навчальний посібник / Е. Соколов, С. Роснер, Р. Мельник. – Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019.

³¹ Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck, München, 2011, S. 153.

³² Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen, S. 172.

23. Поряд з цим, варто враховувати, що доволі часто можна зустріти і змішані юридичні норми, тобто ті, які містять в юридичному складі положення з невизначеними юридичними поняттями, а в юридичних наслідках – уповноваження на використання дискреції. Кожна з цих частин норми підлягає оцінці за своїми властивими їй правилами³³.
24. Здійснюючи тлумачення невизначених юридичних понять, адміністративні органи мають зважати на **методи тлумачення**.
25. Кожне тлумачення юридичних понять, зафіксованих у законі, має починатися з вивчення значення відповідного слова.
26. Тлумачення закону повинно базуватися на першочерговості формулювання. Необхідно запитати, яке об'єктивне значення має вислів чи речення у загальному мовленні, яким послуговується законодавець (тлумачення формулювання). Якщо це веде до чіткого результату, тоді інший спосіб тлумачення (як то історичне тлумачення [підготовча робота] та телеологічне тлумачення [яким є задум]) зазвичай є недоцільним.
27. Однак, оскільки кожна норма, яку слід розтлумачити, виражається в реченні, необхідно також звертати увагу на положення слова, яке підлягає тлумаченню в його граматичному (граматичне тлумачення) або в структурному контексті правового положення в межах закону (системне тлумачення). Отже, тлумачення слів у поєднанні з граматичним та системним тлумаченням, як правило, переважає над усіма іншими методами тлумачення. Однак іноді також слід застосовувати телеологічне та історичне тлумачення («підготовча робота» та «яким є задум?»)
28. Будь-яке тлумачення повинно відповідати основоположним правам та Конституції / основним принципам.
29. Часом практикується інструмент застосування **аналогії права (закону)**, який є частиною судової практики: він стосується застосування певних положень законодавства у подібних ситуаціях.
30. Аналогія – це не сам метод тлумачення, а спеціальна оцінка права установою, на яку покладено завдання із застосування закону. Аналогія є прийнятною лише у випадку справжньої (незапланованої) юридичної прогалини, яка існує в прив'язці до чинного законодавства, але жодним чином не визначена. Роблячи це (закриваючи цю прогалину аналогічним застосуванням у подібних ситуаціях), адміністративний орган повинен прагнути не до пошуку рішення в кожному окремому випадку, а до рішення в межах системи. Аналогію потрібно застосовувати обережно.

Приклади

1. Вибір установи передбачений законом, але кворум не згадується. Це компенсується аналогічним формулюванням схожого положення, яке передбачає вибір органу з певним кворумом.
2. Якщо в законі немає положення про строки для оскарження чи відмови в розгляді, навіть якщо оскарження чи відмова в розгляді прямо передбачені законом, виходити з такої ситуації слід застосовуючи за аналогією строки, прямо визначені у випадках, які можна порівняти.

³³ Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck, München, 2011, S. 163.

31. У французькій юридичній традиції жодна «аналогія» як така не застосовується, навіть для «юридичних прогалів» (яких немає в доктрині). Замість того, щоб застосовувати «аналогію», вона посилається на «загальні принципи» або «загальні норми», що виходять із правових норм, створених суддями, або просто на загальні правові положення.
32. Право ЄС також слід тлумачити під кутом зору його застосування національними суддями. Тут застосовуються такі принципи тлумачення, у тому числі на думку суддів Суду ЄС:
- тлумачення слів та граматичне тлумачення;
 - системне тлумачення;
 - телеологічне тлумачення;
 - динамічна інтерпретація відповідно до принципу «*effet utile*» [«корисного ефекту»]: положення має тлумачитися таким чином, щоб його мета була досягнута, наскільки це можливо;
 - тлумачення вторинного права відповідно до первинного закону ЄС: при тлумаченні незрозумілих частин директив, постанов чи рішень слід бути обережними, щоб результат тлумачення відповідав вищому законодавству ЄС (первинному закону, який включає також загальні правові принципи права ЄС та Хартії основних прав ЄС).

Якщо однозначне роз'яснення концепції права ЄС шляхом тлумачення неможливе, слід подати преюдиціальний запит до Суду ЄС (*детальніше про стандарти ЄС див у Розділі IV*).

33. Що стосується підходів ЄСПЛ, то початковим пунктом тлумачення має бути стаття 31 (1) Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. У ній ідеться про те, що міжнародний договір повинен тлумачитися добросовісно відповідно до звичайного значення, яке слід надавати термінам договору в їхньому контексті, а також у світлі об'єкта і цілей договору. Кілька основних принципів тлумачення Конвенції впливають із цього «телеологічного принципу».
34. Також тут важливо зазначити: це автономне тлумачення, незалежно від того, як його можуть зрозуміти держави-учасниці. Тлумачення формулювання саме по собі має пріоритет. Утім, при тлумаченні норми, також має значення воля сторін договору. Тлумачення слід робити добросовісно, а конкретний контекст слід брати до уваги поряд із телеологічними міркуваннями.
35. На основі телеологічної інтерпретації практики ЄСПЛ були розроблені деякі загальні принципи, які можна застосувати при тлумаченні Конвенції (наприклад, юридична визначеність, ефективний захист прав, передбачених Конвенцією, законність, субсидіарність, еволюційне/динамічне тлумачення, пропорційність).
36. Тут слід зазначити (але це не стосується роботи національних адміністративних органів та національних суддів), що так звана «доктрина широкої дискреції» ЄСПЛ визнає за національними адміністративними та судовими органами певну дискрецію за певних обставин.
37. Обсяг судового контролю може поширюватися на фактичні обставини, що мають юридичне значення, та застосування права в конкретній справі. Важливим є питання, якою мірою суд може втручатися при здійсненні судового контролю всередині країни. Питання розподілу влади з одного боку та юридичної визначеності / ефективного остаточного рішення є актуальними знаменниками (*детальніше про стандарти Ради Європи див у Розділі 3*).

|||. СТАНДАРТИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ РАДИ ЄВРОПИ

1. Джерелом для формування міжнародних стандартів (рекомендацій) є національні доктрини, кращі практики і традиції. Пізніше ж міжнародні стандарти впливають на розвиток законодавства і практики більшої кількості країн. Також важливим міжнародним інструментом впливу є міжнародні юрисдикційні установи, які виводять певні правила, коли аналізують конкретні справи щодо порушень міжнародних зобов'язань, і ці правила проникають у національні юрисдикції.
2. Рада Європи через свої органи виробила певні стандарти, рекомендації, які з метою протидії свавілля влади встановлюють певні межі та орієнтири для реалізації дискреційних повноважень адміністративних органів, роблять поведінку цих органів більш передбачуваною і справедливою. Розглянемо правила (принципи), які сформулювали Комітет Міністрів Ради Європи, Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія) і Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) щодо дискреції адміністративних органів та судового нагляду за її реалізацією.

A. Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи

3. Комітет Міністрів Ради Європи на основі попередньої експертної роботи за участю фахівців з різних держав (і навіть правових систем) сформував низку рекомендаційних документів, які зачіпають питання адміністративного права, зокрема й різні аспекти дискреції адміністративних органів.
4. У 1977 році Комітет Міністрів Ради Європи затвердив першу із серії рекомендацій у сфері загального адміністративного права – **Резолюцію (77) 31 про захист особи стосовно актів адміністративної влади** (пізніше такий вид документів став називатися рекомендаціями)³⁴.
5. Резолюція стосується заходів чи рішень (адміністративних актів), які вжито/прийнято при застосуванні державно-владних повноважень і які, з огляду на свій характер, безпосередньо зачіпають права, свободи чи інтереси особи. Фактично вона визначила процедурні гарантії для особи в межах адміністративних проваджень (незалежно від реалізації в них дискреційних повноважень), такі як:
 - право особи бути вислуханою;
 - доступ до інформації;
 - допомога і представництво;
 - зазначення мотивів;
 - повідомлення про способи оскарження (перегляду).
6. Резолюція визначила зміст цих принципів, а для їх кращого розуміння та застосування доцільно звертатися також до роз'яснювального коментаря, який супроводжує цю Резолюцію³⁵. Перевірка дотримання процедурних гарантій є важливою, щоб зрозуміти, чи адміністративний орган, реалізуючи дискреційні повноваження, діяв орган добросовісно, не допускаючи свавілля або недбалості.

³⁴ Resolution (77) 31 on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities // <https://rm.coe.int/16804dec56>.

³⁵ Неофіційний переклад українською мовою міститься у виданні: Основи адміністративного судочинства та адміністративного права: Навч. посібник / За заг. ред. Куйбіди Р.О., Шишкіна В.І. — К.: Старий світ, 2006.

Приклад

У ч. 2 ст. 2 КАС України зазначено, що суд перевіряє серед іншого, чи діяв адміністративний орган з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення. Часто в судовій практиці вважається, що залучення особи до прийняття рішення (заслуховування особи) є суто дискреційним правом адміністративного органу, посилаючись, наприклад, на такі формулювання законів як «орган може запросити особу, щодо якої вирішується питання» або подібні. Проте насправді така «дискреційність» відсутня у багатьох випадках, якщо б суд тлумачив національне законодавство в світлі принципів Резолюції (77) 31: «*Стосовно адміністративного акту, який, з огляду на свій характер, спроможний зачіпати права, свободи чи інтереси особи, якої він стосується..., така особа може подати факти та аргументи, і, якщо необхідно, докази, які відповідний адміністративний орган влади повинен прийняти до розгляду*». Таким чином, право особи бути заслуханою повинно бути забезпечено, якщо за наслідками провадження стосовно особи може бути прийнято несприятливе для неї рішення, тоді як вона може повідомити важливі для ухвалення рішення факти та аргументи, подати докази, які можуть вплинути на зміст рішення.

7. У 1980 році Комітет Міністрів Ради Європи схвалив **Рекомендацію № R (80) 2 стосовно здійснення адміністративною владою дискреційних повноважень**³⁶. Документ містить визначення дискреційного повноваження, яке часто цитується в українській судовій практиці («повноваження, яке адміністративний орган, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою дискреції – тобто, коли такий орган може обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за даних обставин»).
8. По-перше, Комітет Міністрів Ради Європи доповнив загальні процедурні гарантії, визначені попередньою Резолюцією, такими специфічними правилами:
 - будь-які загальні адміністративні приписи стосовно застосування дискреційних повноважень мають або оприлюднюватися, або повідомлятися особі, якої вони стосуються, у відповідний спосіб і в необхідному обсязі, якщо вона звертається з такою вимогою, до або після прийняття акту або вчинення дії стосовно неї;
 - якщо адміністративний орган, здійснюючи дискреційне повноваження, відступає від загальних адміністративних приписів і такий відхід має несприятливі наслідки для прав, свобод чи інтересів особи, її має бути повідомлено про підстави для такого рішення або в акті, який стосується цієї особи, або, на її клопотання, в письмовій формі в межах розумного строку.
9. Також Комітет Міністрів Ради Європи вказав, що акт, прийнятий / вжитий при здійсненні дискреційних повноважень, може бути перевірений принаймні на предмет законності судом або іншим незалежним органом.
10. По-друге, Комітет Міністрів Ради Європи сформулював принципи, які слугують змістовними гарантіями ухвалення справедливого рішення (деякі з них, наприклад, рівність, своєчасність є також процедурними гарантіями).
11. Так, здійснюючи дискреційні повноваження, адміністративний орган:
 - переслідує лише ту мету, задля якої його наділено такими повноваженнями;

³⁶ Recommendation No R (80) 2 concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities // <https://rm.coe.int/16804f22ae>.

- дотримується принципу об'єктивності й безсторонності, враховуючи лише ті чинники, які стосуються конкретної справи;
- дотримується принципу рівності перед законом, не допускаючи несправедливої дискримінації;
- забезпечує належну рівновагу між несприятливими наслідками, які його рішення може мати для прав, свобод чи інтересів осіб, та переслідуваною при цьому метою;
- приймає своє рішення в межах строку, прийнятного під кутом зору питання, яке вирішується;
- забезпечує послідовне застосування загальних адміністративних приписів з одночасним врахуванням конкретних обставин кожної справи.

Усі ці принципи – дотримання мети повноваження, безсторонності, рівності та недискримінації, пропорційності, розумності строку, обґрунтованості – втілені в ч. 2 ст. 2 КАС України як критерії для перевірки оскаржених рішень, дій чи бездіяльності адміністративного органу. Ці критерії не містять докладного опису в процесуальному законі, тому для їх правильного застосування доцільно звертатися до зазначеної рекомендації і роз'яснювального коментаря до неї³⁷.

12. У 1987 році Комітет Міністрів на доповнення до двох попередніх рекомендацій прийняв **Рекомендацію № R (87) 16 стосовно адміністративних процедур, які зачіпають права великої кількості осіб**³⁸. Документ стосується прийняття ненормативних (індивідуальних) підзаконних актів, які зачіпають інтереси великої кількості осіб. Він містить такі принципи:

- заінтересованих осіб має бути поінформовано у відповідний за цих обставин спосіб і ознайомлено з тими чинниками, які дають їм змогу оцінити можливі наслідки такого акту для їхніх прав, свобод та інтересів;
- адміністративний орган може зажадати від осіб, які мають спільні інтереси, призначити одного або кількох спільних представників чи бути представленими об'єднаннями чи організаціями;
- адміністративний орган на запит повинен надати доступ до всіх наявних чинників, з якими пов'язано прийняття відповідного акту;
- адміністративний орган може проводити узгоджувальну процедуру шляхом однієї або кількох з процедур: обмін письмовими зауваженнями, проведення закритих або відкритих слухань, представництво в дорадчому органі компетентного адміністративного органу.
- заінтересовані особи повинні мати право навести факти та аргументи, а якщо необхідно, докази, а адміністративний орган повинен взяти їх до уваги;
- адміністративний акт має бути доведений до відома громадян, зацікавлені особи можуть отримати доступ до відповідної інформації: основних висновків, які впливають з процедури; підстав, якими обґрунтовується адміністративний акт; інформації стосовно звичайних засобів юридичного захисту та строку, в межах якого їх необхідно використати;
- адміністративний акт підлягає контролю з боку суду або іншого незалежного органу;
- якщо адміністративний акт спроможний зачепити права, свободи чи інтереси осіб на території сусідньої держави, процедура узгодження повинна бути доступною для заінтересованих осіб у цій державі в порядку, який виключає будь-яку дискримінацію.

³⁷ Неофіційний переклад українською мовою міститься у згаданому раніше виданні – «Основи адміністративного судочинства та адміністративного права».

³⁸ Recommendation No R (87) 16 on administrative procedures affecting a large number of persons // <https://rm.coe.int/16804eaa5c>. Неофіційний переклад разом із роз'яснювальним коментарем українською мовою міститься у зазначеному вище виданні.

13. **Рекомендація 2004 (20) щодо судового перегляду адміністративних актів**³⁹ містить вимоги до інструментів адміністративної юстиції. У ній зазначено, що всі адміністративні акти (нормативні та індивідуальні) підлягають судовому контролю; суд повинен мати повноваження здійснювати контроль щодо будь-якого порушення закону, включаючи питання відсутності компетенції, порушення процедурних норм та зловживання владою.

Увага!

У роз'яснювальному коментарі зауважено, що «Рекомендація не перешкоджає державам визначати дуже обмежене коло передбачених законом винятків зі сфери судового контролю – це, наприклад, може стосуватися певних актів у сфері закордонних справ, міжнародних угод, у сфері оборони чи національної безпеки ... Щодо адміністративних актів, які є результатом здійснення дискреційного повноваження, хоча таке повноваження, у принципі, судовому контролю не підлягає, суд може з'ясувати питання, чи вийшов відповідний адміністративний орган за дозволені межі, коли користувався такою свободою дискреції, і чи допустив які-небудь очевидні помилки».

14. У 2007 році Комітет Міністрів підсумував попередні свої напрацювання у сфері адміністративного права комплексним документом – **Рекомендацією (2007) 7 про належну адміністрацію**⁴⁰. У документі зазначено, що органи державної влади діють у багатьох сферах і відіграють ключову роль у демократичному суспільстві. У рекомендації також зазначається, що держави-члени Ради Європи повинні «сприяти належному управлінню в межах принципів верховенства права та демократії». Також ця рекомендація вказує на право приватних осіб вимагати юридичного захисту, коли їхні права, свободи чи інтереси зазнають негативного впливу у разі, якщо публічна адміністрація виконує свої обов'язки незаконним або недоречним чином. У додатку до Рекомендації – Кодекси належної адміністрації серед іншого зафіксовані та конкретизовані принципи:
- правозгідності (законності);
 - рівності;
 - безсторонності;
 - пропорційності;
 - юридичної визначеності;
 - вчинення дій протягом розумного строку;
 - участі;
 - поваги до приватності;
 - прозорості.

В. Позиції Венеційської комісії

15. Венеційська комісія готує висновки на найважливіші законопроекти для держав як членів Ради Європи, так і не членів під кутом зору цінностей і принципів Ради Європи. Її висновки не є обов'язковими, але впливають на правові системи різних держав, зважаючи на авторитетність цієї інституції. Також вона готує тематичні дослідження і доповіді, де узагальнює свої позиції з певних питань.

³⁹ Recommendation Rec 2004 (20) on judicial review of administrative acts // [https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?Reference=Rec\(2004\)20](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?Reference=Rec(2004)20). Неофіційний переклад разом із роз'яснювальним коментарем українською мовою міститься у зазначеному вище виданні.

⁴⁰ Recommendation CM/Rec(2007)7 on good administration // <https://rm.coe.int/16807096b9>.

16. Одним із найбільш всеохоплюючих документів Венеційської комісії є *Мірило правовладдя*⁴¹ («правовладдя» в українській правничій термінології – за змістом повний відповідник терміну «верховенство права»). Цей документ було схвалено також Комітетом Міністрів Ради Європи та Парламентською Асамблеєю Ради Європи.
17. Одним зі складових принципів правовладдя за цим документом є «запобігання зловживанню (надужиттю) повноваженнями», що розкривається за допомогою питання:

Чи є наявними юридичні гарантії щодо протидії свавіллю та зловживанню повноваженнями (détournement de pouvoir) з боку органів публічної влади?

- i. якщо так, то яким є юридичне джерело такої гарантії (Конституція, статутне право, судова практика)?
 - ii. чи є наявними чіткі юридичні обмеження дискреційних повноважень, зокрема коли їх здійснюють органи виконавчої влади в управлінській діяльності?
 - iii. чи є наявними механізми запобігання зловживанню дискреційними повноваженнями (*détournement de pouvoir*), реагування на зловживання ними та покарання за це? Якщо посадовцям надано дискреційні повноваження, чи передбачено судовий нагляд за їх здійсненням?
 - iv. чи зобов'язані органи публічної влади надавати достатнє обґрунтування своїх рішень, особливо коли рішення зачіпають права особи? Чи брак обґрунтованості є справжньою підставою для оскарження таких рішень у суді?
18. Далі Венеційська комісія пояснює, що здійснення повноважень у спосіб, що призводить до виразно несправедливих, невмотивованих, нерозумних або деспотичних рішень, є порушенням правовладдя. Неприборканість виконавчої влади при здійснюванні нею дискреційних повноважень суперечить правовладдю. Тому з метою захисту від свавілля акти права мають вказувати на обсяг будь-якого з дискреційних повноважень. Зловживання дискреційними повноваженнями має бути предметом судового або іншого незалежного контролю. Наявні юридичні засоби щодо цього мають бути чіткими й доступними. Обов'язковість вмотивування має також застосовуватись і до адміністративних рішень⁴².

С. Практика ЄСПЛ

19. ЄСПЛ є судом права, і юрисдикція Суду обмежена переглядом відповідності вимогам Конвенції. У своїх рішеннях ЄСПЛ передусім посилається на положення Конвенції, оскільки це єдине обов'язкове джерело права для Суду. Однак він також розробив різні юридичні джерела для тлумачення положень ЄКПЛ: судова практика самого ЄСПЛ, закони та практика договірних держав-членів ЄСПЛ, а також юридичні документи (договори та м'яке право (*soft law*), включаючи рекомендації), вироблені Радою Європи.
20. Практика ЄСПЛ, на відміну від рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи та Венеційської комісії, має не рекомендаційний, а зобов'язувальний характер.
21. ЄСПЛ неодноразово наголошував на необхідності законодавчого визначення меж дискреції адміністративних органів і сам вдавався до оцінки, чи не призвела реалізація дискреції до свавільного порушення людських прав чи свобод.

⁴¹ Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016) // [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e;); переклад українською: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-ukr.](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-ukr.)

⁴² Там само (див. п. 64-68).

22. Найчастіше ЄСПЛ аналізує втручання органів влади в людські права під кутом зору такого тесту:
- чи було передбачене таке втручання законом?
 - чи переслідувало воно легітимну мету?
 - чи було необхідним у демократичному суспільстві?
23. Ставлячи ці питання, ЄСПЛ виходить за межі формальної законності (навіть у першому питанні ЄСПЛ вимагає, щоб закон був якісним – чітким і передбачуваним). Цей тест цілком придатний для оцінювання реалізації дискреційних повноважень, за умови, що ця реалізація призвела до втручання в людські права та свободи.
24. У питаннях, які стосуються основоположних прав, надання правової дискреції виконавчій владі у вигляді необмежених повноважень було б несумісним з принципом правовладдя. Відповідно закон має достатньо чітко визначати межі такої дискреції та порядок її реалізації⁴³.

Приклад

У справі «Корецький та інші проти України» ЄСПЛ зіштовхнувся з ситуацією, коли орган юстиції відмовив заявникам у реєстрації їхнього громадського об'єднання, посилаючись на невідповідність деяких положень статуту законодавству: зокрема положень про право об'єднання з місцевим статусом мати осередки в інших містах, залучати як членів волонтерів, здійснювати видавничу діяльність. Тоді закон передбачав, що *“реєстрації об'єднанню громадян може бути відмовлено, якщо його статутний або інші документи, подані для реєстрації об'єднання, суперечать вимогам законодавства України”*. ЄСПЛ констатував, що такий закон не був передбачуваним, оскільки дозволяв досить широке тлумачення, був занадто розмитим та надавав державним органам занадто широкі межі дискреції у вирішенні питання, чи може певне об'єднання бути зареєстрованим. За такої ситуації доступна заявникам процедура судового перегляду не стала на заваді свавільній відмові у реєстрації. Далі ЄСПЛ визнав, що органи державної влади вдалися до радикального за своїм впливом на заявників заходу, який не допустив, щоб об'єднання заявників навіть розпочало їх основну діяльність, попри мирний характер такої діяльності. Такі обмеження не переслідували “нагальну соціальну необхідність”, тому втручання не може вважатися необхідним в демократичному суспільстві.

25. Стосовно реалізації дискреційних повноважень має бути достатній офіційний (хоча і не обов'язково судовий) контроль, який забезпечує ефективні механізми захисту від довільної їх реалізації. Однак можна стверджувати, що в таких справах має бути більш чітка презумпція на користь судового нагляду, і якщо його немає, держава-відповідач повинна пояснити чому⁴⁴.

Наприклад, ЄСПЛ негативно оцінював спроби вивести з-під судового контролю деякі види актів. Зокрема, у справі «Капітал Банк АД проти Болгарії»⁴⁵ ЄСПЛ визнав невинуватим під кутом зору права на справедливий суд рішення національних судів Болгарії відмовитися від обговорення висновку про неспроможність банку, що було засноване на Законі про банки 1997 року, який виключив зі сфери судового контролю рішення Болгарського національного банку про відкликання ліцензії банку на основі його неспроможності.

⁴³ Див. п. 47 рішення ЄСПЛ у справі «Корецький та інші проти України» // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85679>, п. 68 рішення ЄСПЛ у справі «Мейлоун проти Сполученого Королівства» // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57533>.

⁴⁴ Див. детально “The Margin of Appreciation: Interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights”, by Stevan Greer, Human Rights files, No 17, page 17 // [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17\(2000\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17(2000).pdf).

⁴⁵ Див. п. 98 - 116 рішення ЄСПЛ у справі «Капітал Банк АД проти Болгарії» // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71299>.

26. У справі «Ramons Nunes de Carvalho e Sa проти Португалії»⁴⁶ Велика палата ЄСПЛ узагальнила загальні принципи щодо обсягу судового перегляду (відповідно до статті 6 (1) ЄСПЛ):
- суд чи трибунал повинен мати юрисдикцію розглядати всі фактичні та юридичні питання, що мають значення для спору, який він розглядає;
 - вимога про те, що суд чи трибунал повинен мати “повну юрисдикцію”, буде виконана, якщо буде встановлено, що відповідний судовий орган здійснював “достатню юрисдикцію” або забезпечував “достатній перегляд” у провадженні, що розглядалось ним; таким чином, “повна юрисдикція” має автономне визначення незалежно від характеристики внутрішнього законодавства;
 - в принципі, роль статті 6 не полягає в тому, щоб гарантувати доступ до суду, який може замінити власною оцінкою або висновком оцінку адміністративних органів;
 - чи буде проведений перегляд достатнім, залежатиме від обставин справи: отже, ЄСПЛ повинен, наскільки це можливо, обмежитися вивченням питання, порушеного у справі, та встановленням, чи в цьому конкретному випадку обсяг перегляду був адекватним.
27. Оцінюючи «достатність» судового перегляду загалом (включаючи судовий контроль за реалізацією дискреції), ЄСПЛ бере до уваги такі чинники, як:
- що є предметом оскарженого рішення: чи передбачає це здійснення адміністративного розсуду (і якщо так, то наскільки)? чи це спеціалізоване питання, що вимагає професійних знань чи досвіду?
 - які процесуальні гарантії були наявні в процесі провадження в адміністративному органі? яким чином відбувався процес прийняття рішень в адміністративному органі?
 - який зміст спору, включаючи бажані та фактичні підстави апеляції?

У контексті оскарження у галузі адміністративного права відповідь на те, чи були межі судового нагляду «достатніми», може залежати не лише від дискреційного чи технічного предмету оскарженого рішення і конкретної проблеми, яку заявник бажає підняти перед судом як центральну, але також, більш загально, від природи «цивільних прав і обов'язків», що зачіпаються, і природи політики, яка проводиться у відповідному національному законодавстві. Тому достатність перегляду оцінюється в контексті кожної конкретної справи⁴⁷.

28. Таким чином, інтенсивність судового контролю за здійсненням адміністративними органами дискреційних повноважень може відрізнятися, і вона може бути меншою щодо здійснення дискреції у спеціалізованій сфері права.
29. ЄСПЛ досліджував інтенсивність перегляду національними судами дискреційних повноважень адміністративних органів зокрема у таких справах (див. *фактичні обставини справ та висновку Суду у відповідних рішеннях*):

⁴⁶ Див. п. 176 і наступні рішення Великої палати ЄСПЛ у справі «Ramons Nunes de Carvalho e Sa проти Португалії» // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187507>.

⁴⁷ Див. п. 154-155 рішення ЄСПЛ у справі «Сігма Радіо Телевіжн ЛТД проти Кіпру» // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105766>, п. 179-181 рішення Великої палати ЄСПЛ у справі «Ramons Nunes de Carvalho e Sa» // <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187507>.

- *Tsanova-Gecheva проти Болгарії* (справа щодо дискреції Ради правосуддя у Болгарії призначати суддів на адміністративні посади у місцевих судах та межі судового контролю за реалізацією відповідної дискреції);
- *Bryan проти Сполученого Королівства* (справа щодо дискреційних повноважень органу місцевого самоврядування ухвалювати рішення про знесення об'єктів будівництва на підставі відсутності дозволу на таке будівництво);
- *Potocka та інші проти Польщі* (справа щодо експропрійованого у 1947 році майна та юрисдикції адміністративного суду щодо його повернення);
- *Sigma Radio Television Ltd проти Кіпру* (справа щодо дискреційних повноважень контролюючого органу у сфері телерадіомовлення);
- *Galina Kostova проти Болгарії* (справа щодо дискреції Міністра юстиції Болгарії позбавляти арбітражного керуючого права здійснювати свою діяльність на підставі порушення вимог законодавства щодо банкрутства);
- *A. Menarini Diagnostics S.r.l. проти Італії* (справа щодо дискреції антимонопольного органу застосовувати штрафні санкції за порушення конкурентного законодавства).

IV. ЗАКОНОДАВСТВО ТА СУДОВА ПРАКТИКА ДЕРЖАВ-ЧЛЕНІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

1. Через різноманітні системи адміністративних юрисдикцій в Європі досить складно узагальнити питання про судовий контроль за здійсненням дискреційних повноважень. Однак порівняльне розуміння сприяє уникненню недоліків, а також розробці належної практики.
2. Європейські судові системи засновані переважно на трьох різних традиційних підходах: країни загального права зосереджуються на процедурній справедливості та процесуальній коректності, а також прагнуть забезпечити об'єктивну законність рішень.

Франція також здебільшого приділяє увагу об'єктивній законності адміністративних рішень, тоді як країни з німецькою традицією передусім сприймають судовий контроль з метою захисту певних суб'єктивних прав людей. Ці різні підходи також мають наслідки для відповідного обсягу судового контролю та його інтенсивності загалом, зокрема, щодо ухвалених на основі адміністративного розсуду рішень.

3. У континентальній Європі особливості загального права не мають великого впливу на судові системи, але ні німецька, ні французька правові традиції теж не мали вирішального впливу на інші судові системи. Тому в цій главі подано короткий огляд деяких європейських країн із відповідними прикладами та особливим акцентом на французьку та німецьку правові системи.
4. Загальними рисами національних систем є такі.
 - Повинен бути гарантований ефективний юридичний захист, що стосується і судового перегляду дискреції. Питання розподілу владних повноважень, з одного боку, та юридична визначеність, а також ефективне остаточне рішення є відповідними знаменниками для всіх національних підходів.
 - Загалом інтенсивність судового контролю за адміністративними актами різниться залежно від національних правових традицій, і в усіх країнах судовий контроль за дискрецією обмежений порівняно із "середньою" щільністю контролю.
 - Дискреційні рішення користуються меншим судовим контролем, а сфера перегляду, як правило, обмежена.
5. У європейських судових системах, як правило, розуміють, що дискреція адміністративних органів відноситься до справ, передбачених законодавцем, коли ці органи можуть мати різний ступінь свободи дій. Дискреція надається адміністративним органам з різних причин, наприклад, коли певні обставини неможливо наперед передбачити в законі, або фактична ситуація настільки складна, що правильне рішення може бути прийняте лише після належного розгляду всіх відповідних фактів справи.

A. Данія

6. Якщо законодавством не встановлено інше, судовий контроль охоплює також питання дискреції. Однак часто закон зводить контроль до юридичних питань (сюди входить перегляд обставин справи).
7. Якщо адміністративне рішення не засновано на дискреції, суд може змінити рішення та прийняти рішення по суті, в іншому випадку суд завжди може скасувати незаконне рішення і повернути питання на вирішення органу, який приймав рішення.
8. У тих випадках, коли закон залишає адміністративному органу право вибору щодо того, чи приймати певне рішення, тоді можуть розглядатися лише питання права.
9. Іноді адміністративний орган має право на певну широту повноважень, особливо, якщо адміністративний орган краще володіє ситуацією на місці⁴⁸.

B. Німеччина

10. Конституційною основою для реалізації дискреції адміністративним органом є ч. 4 ст. 19 Основного Закону ФРН про принципи ефективного судового захисту та принцип законності (діє «на підставі» законів). Це є основою німецької судової практики щодо меж судового контролю та «можливості прийняття рішень» / «широти повноважень»⁴⁹ для адміністративних органів у випадку індивідуальних адміністративних рішень. Це означає, що, згідно з науковим підходом і судовою практикою, саме національний законодавець визначає цей обсяг / широту повноважень адміністративних органів, а Конституція передбачає обмеження для законодавця при наданні такого обсягу / широти. У будь-якому випадку важливо мати ефективний судовий контроль.
11. Німецька доктрина та судова практика є досить складною порівняно з практикою інших країн (наприклад, Франції, Великої Британії). Тому доцільно розібратися в деталях також стосовно юридично-теоретичних основ німецької доктрини щодо адміністративних (індивідуальних) рішень.
12. Деякі принципові твердження:
 - німецьке законодавство та судова практика⁵⁰ розмежовують поняття «зв'язане обставинами управління» та «дискреційне управління»;
 - тлумачення невизначених юридичних понять не є дискрецією (деякі вчені критично до цього ставляться, але це усталена судова практика);
 - німецька доктрина та судова практика розрізняють в структурі норми права такі елементи: юридичні факти та юридичні наслідки справи. Не завжди «обсяг прийнятого рішення» / «дискреція» може застосовуватися на підставі обох елементів правової норми; «дискреція»

⁴⁸ Zoltan Szente and Konrad Lachmayer „The principle of effective legal protection in administrative law. A European comparison”, page 100.

⁴⁹ Leeway for decisions (i.e. “Entscheidungsspielräume”), див. також ст. 40 Німецького адміністративного процедурного акту, яка передбачає, що адміністративний орган може застосовувати дискреційні повноваження, у відповідності з метою правової авторизації і в межах, встановлених законом.

⁵⁰ This distinction exists also in Spain, Italy or UK, see Daniel Giltard “Le pouvoir d'appréciation dans l'action administrative”, Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Splitu god. 52/2015, str. 11-24, page 12

існує лише на рівні юридичних наслідків, але не на рівні юридичних фактів. Однак з огляду на останні події (у сферах галузевої політики) її вже не можна чітко відрізнити;

- судовий контроль стосується перевірки законності рішення, проте суд може тлумачити та застосовувати закон вільно, а судовий контроль є відносно необмеженим, взагалі-то повним судовим контролем. Повний судовий контроль проводиться щодо невизначених юридичних понять: вони повністю контролюються судом.
13. Щодо «дискреційних (індивідуальних) рішень» адміністративних органів, згідно з німецькою юриспруденцією, адміністративні органи користуються такими «можливостями приймати рішення» / «широкою розсуду» / «дискрецією» (по відношенню до судового контролю, внаслідок чого в усіх цих справах судовий контроль є обмеженим) у таких категоріях справ:
- a) існує загальна дискреція адміністративного органу: це дискреція адміністративного органу в конкретному випадку щодо конкретних юридичних наслідків; як тільки юридичні факти повністю встановлені, законодавець надає адміністративному органу можливість обрати з кількох різних альтернативних юридичних наслідків, наприклад, коли в будинку є об'єкт, який створює певну небезпеку вибуху, адміністративний орган може зобов'язати власника АБО орендаря усунути небезпеку, позбавившись від небезпечного об'єкта;
 - b) існує певна широта дискреції у сфері земельного та просторового планування: це стосується дискреції у випадках схем планування, міського та регіонального планування, норм планування будівництва та є необхідним, оскільки законодавчі норми не регулюють зміст, а процедура орієнтована на досягнення цілі;
 - c) існує певна дискреція щодо сфер, у яких доцільно оцінювати юридичні терміни: тут адміністративний орган користується певною дискрецією в застосуванні (але не в тлумаченні!) певних незрозумілих юридичних термінів: це стосується випадків оцінки державного службовця чи рішення, пов'язаного з експертизою, рішення щодо / на підставі наказу про проведення експертизи, а також у випадках, коли необхідно провести спеціальну оцінку ризиків або прийняти рішення прогностичного характеру. У таких випадках оцінки ефективності (у школі, університеті та на державній службі), ухвалення рішень прогностичного характеру та рішень, пов'язаних із оцінкою ризиків, адміністративний орган користується «дискрецією» на рівні юридичних фактів (а не на рівні юридичних наслідків), і судовий контроль є обмеженим;
 - d) існує певна дискреція в регулюванні окремих напрямків: вона ґрунтується на досить новій судовій практиці, коли регуляторні органи приймають рішення у сферах секторальної політики (енергетики, телекомунікацій, поштових послуг, залізниці). Наприклад, у рішенні Федерального адміністративного суду⁵¹ визнано дискрецію за регулятором сфери телекомунікацій під час вирішення спору щодо зобов'язання надати доступ на ринок та дати можливість різним постачальникам телекомунікаційних послуг, які конкурують між собою, надавати послуги на ринку. Ця дискреція є новелою і не перебуває повною мірою ні на рівні юридичних фактів, ні на рівні юридичних наслідків;
 - e) не як на дискрецію / широту розсуду, а більш загально – як на обмежений судовий контроль та надання дозволу адміністративним органам приймати остаточне рішення без повного

⁵¹ Від 27 січня 2010 року, 6С22/08.

судового контролю слід сприймати останнє рішення Федерального адміністративного суду⁵² з питань охорони природи. Тут суд постановив, що коли відповідно до стану речей із наявними науковими знаннями на питання не можна дати відповідь, і всі факти були досліджені, а стан речей із наявними знаннями досяг своєї межі, суддя приймає правдоподібну оцінку адміністративного органу як підставу для прийняття рішення.

14. Щодо розрізнення юридичних фактів і юридичних наслідків, то, з одного боку, дискреція існує не на рівні фактів, а лише на рівні юридичних наслідків. З іншого боку, тлумачаться невизначені юридичні поняття. Хоча в тлумаченні норми присутня певна широта розсуду, воно не є дискрецією. Тому у цьому випадку здійснюється повний судовий контроль.

Винятком можуть бути певні випадки «широти розсуду» / «обсягу неприйняття рішень», згадані у пунктах «d» та «e». Тут також присутній обмежений судовий контроль, хоча це не є «дискрецією» *strictu sensu*.

15. Судовий контроль у випадках «а» - «d» обмежений, оскільки суд перевіряє:
- чи було перевищено законодавчі обмеження (рамки, у межах яких може застосовуватися дискреція і які повинні бути передбачені відповідним чинним законодавчим положенням) дискреції, або
 - чи застосовувалася дискреція / широта розсуду у спосіб, що не відповідає меті наданих повноважень;
 - чи мало місце неправильне застосування встановлених законом критеріїв/аспектів, що стосуються здійснення дискреції;
 - чи були відповідні процесуальні недоліки, свавільність у прийнятті рішення, порушення визнаних основних принципів.
16. З практичної точки зору суддя має поставити такі питання:
- чи усвідомлював адміністративний орган, що законодавець надав право застосувати дискрецію?
 - чи повністю адміністративний орган дослідив та встановив усі відповідні факти у справі?
 - чи пропорційно застосовано дискрецію щодо інших законів, особливо Конституції/ основоположних прав (чи були дії адміністративного органу необхідні для досягнення законної мети? Чи були дії належними? Чи були дії достатніми?)
17. Коли адміністративний орган не використав дискрецію в конкретній справі, використав неправильні критерії / аспекти або неправильно оцінив критерії / аспекти або обрав альтернативу, не дозволена цим законодавчим положенням, – це є очевидними помилками.
18. Якщо є такі очевидні помилки, суд не повинен сам здійснювати дискреційні повноваження; натомість, він скасовує рішення та повертає справу до адміністративного органу. Однак у справі,

⁵² Від 23 жовтня 2018 року про закон про захист довкілля

коли дискреція *de lege* все одно зводиться лише до одного варіанта («зменшення до нуля»), суд може ухвалити рішення по суті справи.

19. Крім того, адміністративний орган має можливість «виправити» недоліки щодо застосованої ним дискреції під час судового розгляду: він може доповнити свої дискреційні міркування⁵³.

С. Франція

20. На відміну від країн з традиціями німецького права, французький підхід не розрізняє невизначені юридичні поняття та дискрецію; усі «обсяги дискреційних повноважень», надані адміністративним органам, вважаються «дискрецією». Більше того, у французькій правовій системі дискреція охоплює не лише свободу розсуду щодо правових наслідків (як у країнах німецької традиції), але включає і свободу розсуду адміністративного органу щодо оцінки фактів (діяти та приймати рішення).
21. Отже, існують випадки, коли адміністративний орган менш зв'язаний законом і при цьому користується деякими дискреційними повноваження (тобто "*pouvoir discrétionnaire*").
22. Напроти, у деяких випадках вимоги щодо дій адміністративного органу є обов'язковими (тобто "*compétence liée*")⁵⁴ : це означає, що дії адміністративного органу юридично вимогами законодавства або адміністративний орган не має іншого виходу, крім як прийняти дане адміністративне рішення (наприклад, заявник просив дозволу на будівництво у зоні у якій будівництво не є можливим в принципі). У цій ситуації адміністративний орган юридично зобов'язаний відмовити у видачі дозволу на будівництво. Або, наприклад, спеціалізований адміністративний орган відмовив особі у статусі біженця і тому префект (як інший адміністративний орган) юридично зобов'язаний відмовити біженцю в дозволі на проживання⁵⁵.
23. Отже, доктрина і підходи в судовій практиці не такі складні, як у німецькому підході, який розрізняє навіть різні види «дискреції» (див. вище)⁵⁶. Такий самий «гнучкий» підхід спостерігається і в судовій практиці Суду ЄС і ЄСПЛ, які також не розрізняють «невизначені юридичні терміни» та «дискрецію» (див. в кінці цієї глави).
24. Більш того, слід зазначити, що у Франції спосіб організації судового контролю має системоутворюючий характер. Відповідно, це стартова позиція для організації судового контролю за реалізацією дискреції адміністративним органом. Також слід зазначити, що судова практика в адміністративних справах (здебільшого Верховного адміністративного суду, так званої французького *Conseil d'Etat*) багато в чому сприяла формуванню системоутворюючого підходу.
25. В основному ідея полягає в тому, щоб контролювати об'єктивну законність адміністративних органів, а також фактично гарантувати індивідуальні права громадян. Тому існують різні умови для подання позову до адміністративних судів на основі різних видів судових процесів.

⁵³ Zoltan Szente and Konrad Lachmayer „The principle of effective legal protection in administrative law. A European comparison”, S. 152.

⁵⁴ Ця диференціація також проводиться в німецькій правовій системі

⁵⁵ Третя категорія випадків стосується випадків, щодо індивідуального права та стандартів, таких як "небезпека для громадського порядку" або "непропорційне порушення сімейного життя", розглядаються як обмеження свободи розсуду суб'єкта владних повноважень.

⁵⁶ Див. більш детально: Univ-Prof. Dr. Markus Ludwigs, "Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte", DÖV, Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft, Heft 10, Mai 2020, S 405-414.

26. Характеристика різних видів позовів / скарг поєднується з відповідним різним судовим переглядом та різними повноваженнями адміністративного судді, який розглядає справу (включаючи контроль за дотриманням дискреції).

27. Основні різні види скарг в адміністративній юрисдикції відповідно до процесуального законодавства та судової практики Державної ради (вищій адміністративний суд у Франції)⁵⁷:

a) «*Ultra vires proceedings*» (i.e. *Contentieux de l'exces de pouvoir*) *recours en annulation*: це найважливіший вид позовів / судових проваджень, і це свого роду «об'єктивна юрисдикція», об'єктивний контроль законності адміністративних рішень (індивідуальних та загальної дії). Щоразу, коли у когось є «юридичний інтерес», він може просити суд скасувати адміністративний акт (або визнати його недійсним). Через такий позов також можна оскаржувати адміністративні рішення індивідуальної дії чи нормативних актів адміністрації. Тут судовий перегляд обмежений щодо дотримання дискреції, якою законодавець наділив адміністративний орган.

Дії контролюються за критеріями дотримання певних правових стандартів (включаючи загальні принципи права, які можуть ефективно захищати осіб, наприклад, право вести нормальне сімейне життя). Суддя може лише скасувати адміністративний акт (зі зворотною силою в часі), а іноді і обмежити наслідки скасування, щоб не було «явно надмірних наслідків» відповідно до конкретної судової практики Державної ради. Актуальним є те, що суддя може надавати тимчасовий правовий захист, і тут повноваження судді стосовно адміністративних органів були посилені, оскільки суддя може зупинити дію адміністративного рішення у разі терміновості, серйозних сумнівів щодо законності рішення чи можливих серйозних порушень основоположних прав. Це також має практичні наслідки для таких дискреційних рішень.

b) *Contentieux* або «повна юрисдикція» (*Recours de pleine jurisdiction*): залежно від галузі права, процес передбачає об'єктивний контроль законності адміністративних рішень, або «суб'єктивну юрисдикцію», подібну до справ подається цивільного судочинства у німецькомовних країнах (як договірні спори із адміністративним органом або спори щодо адміністративної відповідальності). У цьому типі провадження судовий перегляд включає перегляд дискреції адміністративного органу. У цих справах суддя має повний судовий контроль і не зв'язаний з аргументами сторін у справі та може змінити або замінити адміністративний акт.

c) *Contentieux de la prépression* – це провадження актуальне для накладення на особу санкцій (в основному, наприклад, дисциплінарні справи);

d) *Pouvoir d'injonction/pouvoir d'astreinte* – судові повноваження у виконавчому провадженні.

Класифікація «а» – «d» заснована насамперед на матеріальному адміністративному праві⁵⁸.

28. Підхід, що стосується дискреції, поєднується із значеними різними видами позовів та відповідною ретельністю судового перегляду (актуально для «а» та «b»).

⁵⁷ Див. напр. рішення від 16 лютого 2009 р. "société Atom", яким судовий контроль було змінено з А) на Б) або окремі сфери адміністративних санкцій. Підстава, за якою застосовується такий судовий перегляд, часто міститься у відповідному адміністративному законодавстві, наприклад: для екологічних питань Кодекс закону про навколишнє середовище передбачає різні скарги ("відшкодування") для судового перегляду, як ст. L. 514-6, ст. L. 214-3 та деякі інші (юрисдикція *contentieux de plaine*)

⁵⁸ Hugo Flavier, Charles Forger „Administrative Justice in France: between Singularity and Classicism”, BRICS Law Journal, Vol. III (2016), Issue 2

29. В загальному, у законодавстві Франції не існує переліку справ у яких застосовується той чи інший вид судового контролю за дискрецією, але це визначається судовою практикою.
30. Відповідно до наведеної вище класифікації, см переходимо до другого кроку, а саме визначення у яких спорах ми застосовується вказані вище види судового контролю («а» або «b»).
31. Судовий перегляд за реалізації дискреції у справах категорії «а» (*ultra vires proceedings*) стосується можливого перевищення дискреції. Тут фокус судового контролю на конкретному змісті самого дискреційного рішення, чи відповідає таке рішення меті закону та чи є рішення пропорційним.
32. Судова практика, як правило, визнає такі дискреційні повноваження адміністрації в більш технічних сферах адміністративного права або в політичних питаннях. У цих ситуаціях суддя буде здійснювати більш обмежений контроль за адміністративним актом і буде лише визначати "грубі" адміністративні помилки (тобто, за теорію очевидних помилок, "*erreur manifeste d'appréciation*"). Таким чином, лише у випадку очевидних вад діяльності адміністративного органу, його адміністративний акт може бути скасований.
33. Даний вид судового контролю також включає перевірку наявності повноважень у адміністративного органу приймати рішення, а також деякі основні формальні / процесуальні вимоги, яким повинна відповідати адміністрація.
34. Слід підкреслити, що останнім часом спостерігається певна тенденція збільшення обсягу судового контролю за реалізацією дискреції (тобто рух в сторону «повного перегляду»). Однак, чим більш технічна сфера, тим більша ймовірність обмеженого судового контролю: наприклад, у спорах, чи з'явиться театральний твір у репертуарі⁵⁹, щодо оцінки відповідності роботи або диплому, еквівалентності земель сільськогосподарського призначення. Також судовий перегляд обмежений стосовно політичних міркувань (наприклад, щодо підстав для звільнення представника уряду).
35. Існує також певна тенденція створювати незалежні адміністративні органи. Це незалежні органи поза звичайною організаційною структурою адміністративних органів. Вони незалежні від інших адміністративних органів, а також від адміністративних судів і вважаються квазісудовими, їх можна охарактеризувати як трибунали у розумінні ст. 6 ЄСПЛ⁶⁰.
36. Вони утворені в сферах, наприклад, зв'язку загального користування, захисту даних, доступу до адміністративних документів, нагляду за фінансовим ринком. Ці органи можуть приймати індивідуальні та нормативні рішення. Контроль законності цих рішень здійснює лише Державна рада, за винятком рішень про санкції, накладені цими органами, які підлягають повному судовому перегляду адміністративними судами.

D. Угорщина

37. Загалом суди мають повні повноваження у справах податкового чи соціального забезпечення або коли контрольований адміністративний орган є найвищим органом національного рівня. Однак, чи

⁵⁹ Judgement Conseil d'Etat 19 February 1954, Rec.p.118/of 27 April 1951, Rec.p.236/of 23 December 1960, Rec.p.730/of 13 March 1959, Rec.p.179

⁶⁰ Zoltan Szente and Konrad Lachmayer „The principle of effective legal protection in administrative law. A European comparison”, page 114.

може суд змінювати адміністративне рішення по суті залежить від процесуального законодавства, в якому перераховуються види справ, в яких суди можуть ухвалювати рішення по суті.

38. Адміністративні рішення, прийняті із застосуванням дискреційних повноважень, можуть бути скасовані, якщо адміністративний орган, який прийняв рішення, не встановив достатньо обставин справи або не виконав відповідних процесуальних норм, коли критерії / аспекти дискреції неможливо визначити або оцінка доказів не була розумною. Однак лише процесуальні помилки, які впливають на остаточне рішення по суті справи, призводять до скасування адміністративного рішення.

Е. Нідерланди

39. Суди можуть скасовувати адміністративні рішення. Чи на другому етапі суд поверне справу назад або вирішить по суті, залежить від того, чи можливий лише один варіант законного рішення. Якщо після скасування будуть можливими декілька варіантів законних рішень, то суд може прийняти рішення по суті (замість адміністративного органу) у таких випадках дискреції, коли суд переконаний, що нове рішення адміністративного органу не відрізнялося б від рішення суду. При цьому суд може врахувати також аргументи сторін справи, а сторони справи можуть також вимагати від суду рішення по суті справи.
40. Крім того, примітно, що адміністративні суди також мають повноваження ухвалити тимчасове рішення, яким надають адміністративному органу можливість виправити помилку в рішенні (повноваження "адміністративного циклу").

Ф. Словенія

41. Тут дискреційні рішення можуть бути оскаржені на підставі того, що дискреційні повноваження не використовувалися в межах закону або використовувалися без дотримання законних цілей, для яких такі повноваження надавалися ("зловживання дискреційним правом"). Порушення дискреційних повноважень також може статися, якщо дискреція не використовувалася відповідно до принципу пропорційності або її можна було використати більш належним чином для задоволення суспільних інтересів⁶¹.

Г. Іспанія

42. Обсяг перегляду залежить від сукупності проваджень: у справах за скаргами "*acto reglado*" адміністративні суди не мають обмежень (можуть скасувати, вирішити по суті справи, провести повний судовий перегляд). Однак, що стосується "*acto discrecional*", тобто коли адміністративне рішення є дискреційним, адміністративні суди обмежуються тільки перевіркою законності (тобто, якщо були процесуальні порушення, порушення права на участь, вихід за межі повноважень особи, яка приймає рішення). Суди, як правило, погоджуються з адміністративною дискрецією щодо фактичного змісту рішення: коли має місце складне врівноваження протилежних інтересів, адміністративному органу надається більше дискреції.
43. Якщо були помилки при застосуванні дискреційних повноважень, рішення скасовується лише тоді, коли позивач може довести, що влада ігнорувала чіткі законодавчі чи процесуальні права, рішення

⁶¹ Zoltan Szente and Konrad Lachmayer „The principle of effective legal protection in administrative law. A European comparison”, page 271.

не може бути чітко обґрунтоване обставинами справи або коли рішення є явно необґрунтованим або упередженим.

Н. Вплив права ЄС на національні підходи

44. Національні правові системи як Німеччини, так і Франції⁶² постійно змінюються під впливом права ЄС: правові керівні принципи та вимоги ЄС трансформуються у національне адміністративне законодавство держав-членів під час імплементації чи виконання законодавства ЄС. Крім того, певні формати організованої співпраці між різними національними адміністраціями в межах ЄС також впливають на відповідне національне адміністративне законодавство.
45. Принципи ефективності та достатності ЄС, а також належне адміністрування та принцип ефективного судового захисту мають великий вплив на національне адміністративне процесуальне законодавство, в тому числі щодо судового контролю за дискрецією, оскільки значна частина законодавства ЄС застосовується адміністративними юрисдикціями в межах ЄС. Це впливає і буде впливати на національні процесуальні структури (а також навпаки) і пояснює певні особливості судової практики (та зміни в національній судовій практиці і її розвиток), в тому числі щодо глибини контролю, зокрема за дискрецією.
46. У певних конкретних галузях, які регулюються первинним або вторинним законодавством ЄС, наприклад телекомунікації, державна допомога, фармацевтична продукція чи притулок, певні стандарти інтенсивності контролю ґрунтуються на законодавстві ЄС.
47. Також Суд ЄС застосовує певні обсяги дискреційних повноважень адміністративних органів у певних галузях (які ґрунтуються на законодавстві ЄС): наприклад, Візовий кодекс ЄС, телекомунікації (тут чітко зазначено «дискреція») або у галузі податкового законодавства. У цих галузях адміністративним органам надається певний обсяг дискреційних повноважень з обмеженим судовим контролем. Це безпосередньо впливає на відповідне національне процесуальне законодавство.
48. З іншого боку, Суд ЄС також посилив вимоги до судового контролю, що також може вплинути на національне процесуальне законодавство щодо посилення судового контролю в певних галузях (наприклад, законодавство про притулок).
49. Держави-члени повинні застосовувати цей «підхід ЄС», навіть якщо він не відповідає національним правовим традиціям і в майбутньому змінить глибину контролю / судового контролю за дискрецією, а також доступ до правосуддя.
50. Межі судового контролю під кутом зору Суду ЄС:
 - дискрецією щодо передання питання до Суду ЄС наділяються національні (а не вищі) суди;
 - визначення того, чи є національний орган «трибуналом» чи «судом» не входить до дискреції держави-члена; таку оцінку Суд ЄС здійснює автономно;
 - у справах, що мають економічне значення, або високо технічних справах установи (наприклад, Європейська Комісія у справах про державну допомогу, рішеннях у справах про антимонопольне право) мають більш широку дискрецію, і Суд ЄС (включаючи Суд загальної юрисдикції ЄС) не переглядає економічні факти та обставини; лише явно неправильна оцінка або протиправне використання влади можуть призвести до скасування акта / рішення Європейської Комісії.

⁶² Як і правові структури всіх інших країн-членів ЄС.

V. НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО ТА СУДОВА ПРАКТИКА

A. Національне законодавство

Конституційні аспекти

1. Дискреція, будучи видом повноваження адміністративних органів, може існувати лише у межах, визначених правовими нормами. Цей висновок випливає з положень ч. 2 ст. 6 та ч. 2 ст. 19 Конституції України⁶³, які зв'язують органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, а також суб'єктів делегованих повноважень, вимагаючи від них діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Це означає, як наслідок, що дискреція,
 - по-перше, може бути застосована лише у випадку, коли закон (право) уповноважить на це відповідного суб'єкта та,
 - по-друге, застосування дискреції не потягне за собою порушень закону (права).

Форми законодавчого уповноваження на застосування дискреції

2. Законодавчими (нормативними) формулюваннями, з яких можна зробити висновок, що той або інший адміністративний орган може діяти на підставі дискреції є: «може», «має право», «сприяє», «забезпечує», «запобігає» тощо.

Приклади

1. Частина 7 ст. 21 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності»: «Для розгляду спірних питань, що виникають у процесі громадського обговорення, *може* утворюватися погоджувальна комісія».
2. Частина 5 ст. 34 Закону України «Про Національну поліцію»: поліцейський при здійсненні поверхневої перевірки *має право* вимагати відкрити кришку багажника та/або двері салону.
3. Частина 2 ст. 36 Закону України «Про Національну поліцію»: поліцейський *може* обмежувати або забороняти рух транспорту і пішоходів на окремих ділянках вулиць і автомобільних доріг...
4. Пп. 27 п. 4 Положення про Міністерство юстиції України: Мін'юст *сприяє* розвитку надання юридичних послуг з метою реалізації прав, свобод і законних інтересів громадян та юридичних осіб тощо.

3. Поряд з цим уповноваження на застосування дискреції можуть закріплюватися шляхом:
 - перерахування видів рішень, що приймаються адміністративним органом, не вказуючи

⁶³ Частина 2 ст. 6 Конституції України: «Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України».

Частина 2 ст. 19 Конституції України: «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».

підстав для прийняття того чи іншого рішення або шляхом часткового визначення таких підстав;

Приклад

Відповідно до п. 18 абз. 1 ст. 20 Закон України «Про Державну прикордонну службу України» органам, підрозділам, військовослужбовцям, а також працівникам Державної прикордонної служби України надається право відповідно до своєї компетенції обмежувати або тимчасово забороняти у випадках, які спричиняються обставинами, пов'язаними із забезпеченням охорони державного кордону України, та проведенням навчань і бойових стрільб, виконання різних робіт, переміщення транспортних засобів, плавзасобів і доступ осіб на окремі ділянки місцевості чи об'єкти у прикордонній смузі, контрольованих прикордонних районах, за винятком робіт на будовах, що виконуються відповідно до міжнародних договорів, та на будовах державного значення і робіт, пов'язаних з ліквідацією наслідків стихійного лиха та осередків особливо небезпечних інфекційних захворювань.

- надання адміністративному органу при виявленні певних обставин (настанні конкретних юридичних фактів) права (повноважень) приймати чи не приймати рішення залежно від власної оцінки цих фактів.

Приклад

Відповідно до ч. 1 ст. 33 Закону України «Про Національну поліцію» поліцейський *може опитати особу, якщо існує достатньо підстав вважати*, що вона володіє інформацією, необхідною для виконання поліцейських повноважень.

Вимоги до застосування дискреції згідно з Кодексом адміністративного судочинства України

4. На рівні українського законодавства окремі стандарти застосування дискреції можна вивести з ч. 2 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України⁶⁴, в якій, фактично, перераховано вимоги, які мають бути дотримані адміністративним органом під час ухвалення будь-якого рішення, яке зачіпає права, свободи чи інтереси приватної особи.
5. Відповідно, можна зробити висновок, що адміністративний орган, застосовуючи дискрецію, зобов'язаний діяти:
 - *на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами України*. За змістом цей критерій впливає із принципу законності, що закріплений у ч. 2 ст. 19 Конституції України. Водночас, треба розуміти, що термін «закон» у цьому разі треба розуміти широко, включаючи до нього не лише акти парламенту, але і укази Президента України, акти Уряду, накази центральних органів влади, якими можуть затверджуватися положення про той

⁶⁴ Частина 2 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України: «У справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони: 1) на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами України; 2) з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано; 3) обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії); 4) безсторонньо (неупереджено); 5) добросовісно; 6) розсудливо; 7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації; 8) пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія); 9) з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення; 10) своєчасно, тобто протягом розумного строку».

або інший адміністративний орган. Інакше кажучи, адміністративний орган має бути уповноважений «законом» на застосування дискреції. «Закон», поміж іншим, має встановити також і межі повноважень на підставі дискреції та спосіб (способи), в який ці повноваження будуть реалізовуватися. Правило «жодної дії без уповноваження законом», відповідно, діє і у сфері дискреції;

- з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано. Уповноваження на дискрецію повинно переслідувати мету, яка буде обов'язковим критерієм для адміністративного органу, коли той прийматиме рішення щодо вжиття конкретного заходу. Мета уповноваження на дискрецію є одним з інструментів, що дає можливість сформулювати відповідне уповноваження згідно з конституційним принципом юридичної визначеності й обмежити цю дискрецію, аби вона не стала «надто широкою». Первинно мета впливає із самої норми. Однак вона може бути й окремо сформульована у тексті закону, де є відповідне уповноваження на дискрецію. За необхідності для встановлення мети її треба виводити шляхом тлумачення відповідного закону. Якщо методи тлумачення не дають результату, то слід звернутися до конституційного права, зокрема до ст. 3 Конституції України, яка встановлює, що головною метою державної влади є захист прав людини. Мета відповідних повноважень може міститися й у праві, що виходить за рамки відповідного закону, зокрема в інших законах, а також у міжнародних угодах, що стосуються сфери регулювання відповідного закону. Використання повноважень з неналежною метою є зловживання ними;
- обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії). Дискреція дозволяє адміністративному органу прийняти найбільш зважене у конкретних умовах рішення, засноване на особистих (власних) оцінках обставин, а не на чіткому приписі законодавця. Саме тому при застосуванні дискреції необхідно чітко дотримуватися обов'язку ґрунтовно аналізувати і зважувати окремі обставини справи, узгоджуючи їх із законодавчими та іншими юридичними критеріями, які стосуються цієї справи. І навпаки – до уваги не можна брати ті аспекти, які безпосередньо не стосуються конкретного випадку (рішення, ситуації);
- безсторонньо (неупереджено). Ця вимога означає, що під час здійснення дискреційного повноваження адміністративний орган зобов'язаний врахувати всі чинники, які стосуються справи, і розглядати лише такі чинники, належним чином зважуючи їх. При цьому представник органу повинен уникати будь-якого протиправного впливу, не піддаватися особистим симпатіям / антипатіям до учасників справи, а також не повинен мати власного інтересу у результатах вирішення справи (тобто слід уникати конфлікту інтересів);
- добросовісно. Це передбачає обов'язок діяти зі щирим наміром (щиро, правдиво, чесно), сумлінно, докладаючи всіх необхідних зусиль. Недобросовісність обов'язково включає в себе умисел або недбалість;
- розсудливо. При застосуванні дискреції адміністративний орган, як правило, повинен зважити вагомість окремих обставин і прийняти певне рішення, засноване на власних міркуваннях та оцінках. При цьому він повинен діяти розсудливо (раціонально), інакше його рішення буде протиправним. Це положення визначає межі ірраціональності, тобто описує рішення, яке б не прийняв би жоден розумний службовець. Під кутом зору контролю над застосуванням дискреції це означає, що адміністративний суд не повинен здійснювати його, допоки (ще) можна вважати, що відповідне рішення було прийнято розсудливо. Саме у цьому положенні закріплено право на дискрецію, яке дозволяє адміністративному суду залишати за адміністративним органом простір для власних рішень. Відповідно, нерозсудливим слід вважати рішення, дії, бездіяльність, які

суперечать законам логіки та загальноприйнятним моральним стандартам;

- з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації. Адміністративний орган повинен забезпечити рівне ставлення до осіб під час прийняття рішень за однакових (схожих) обставин, тобто за однакових обставин мають застосовуватися однакові юридичні наслідки. Скорочено вимоги принципу рівності можна звести до формули «не можна поводитись з рівним/однаковим свавільно неоднаково, як і з нерівним/неоднаковим свавільно⁶⁵ однаково». Для того, щоб з'ясувати, чи йдеться про однакові чи про різні речі необхідно зіставити усі важливі, під юридичним кутом зору, обставини. І тут велику роль відіграє практика: необхідно знати, як саме адміністративні органи вже вирішували певні види ситуацій. Якщо така практика вже існує, то названі суб'єкти не можуть від неї відступати, не маючи на це відповідного обґрунтування. Дотримання принципу рівності може призвести до того, що можливості рішень адміністративного органу буде звужено аж до ситуації, коли залишиться лише один правильний варіант. Однак принцип рівного ставлення не зобов'язує до того, щоб продовжувати якусь протиправну практику застосування дискреції. Інакше, практикуючи протиправні рішення, адміністративні органи знівелюють чинність права;

- пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія). Цей критерій відображає принцип пропорційності. Метою дотримання цього принципу є досягнення розумного балансу між публічними інтересами, на забезпечення яких спрямовані рішення, дії адміністративного органу та інтересами конкретної особи. Несприятливі наслідки для прав, свобод та інтересів особи мають бути значною мірою меншими від тієї шкоди, яка могла б настати за відсутності такого рішення. Для досягнення суспільно корисних цілей необхідно обирати найменш «шкідливі» для приватної особи засоби.

З іншого боку, цей принцип закликає адміністративний орган утримуватися від вжиття заходів у випадках, коли будь-який захід взагалі може призвести до наслідків, несприятливих для прав відповідної особи і непропорційних до мети, яка переслідується при цьому.

Застосування принципу пропорційності може мати наслідком те, що кількість можливих варіантів дій (рішень), які можуть бути прийняті (вчинені) адміністративним органом, зменшиться, аж до ситуації, коли залишиться лише один правомірний варіант, тобто матиме місце ситуація «звуження дискреції до нуля»;

- з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення. Відповідно до загальноєвропейських стандартів, які на рівні Конституції України впливають із ч. 2 ст. 5, ч. 2 ст. 34, ч. 1 ст. 38, кожній приватній особі, яка вступає у відносини з публічною владою, а особливо з питань, які можуть мати для такої особи несприятливі наслідки, має бути надано право висловитися, сформулювати свою позицію, навести відповідні докази, аргументи та заперечення. Така процедура є необхідною умовою для виконання / дотримання адміністративним органом інших вимог – обґрунтованості, безсторонності, добросовісності, розсудливості тощо;
- своєчасно, тобто протягом розумного строку. Ця вимога означає дотримання часових рамок, що визначені в законодавстві або навіть не визначені, без невиправданого для конкретної ситуації зволікання. Цей принцип набуває особливого значення у тих випадках, коли для законного здійснення діяльності необхідно спочатку отримати від адміністративного органу

⁶⁵ Свавільність» означає «фактичну і чітку / однозначну неадекватність регулювання щодо предмету впорядкування». Див.: BVerfG, Рішення від 16 березня 1955 року, 2 BvR 1/54, BVerfGE 4, стор. 144 (155).

відповідну ліцензію чи дозвіл в якійсь іншій формі. У таких випадках заявникові, який звертається за такою ліцензією чи іншим дозволом, надзвичайно важливо отримати в найближчий можливий строк точну інформацію про рішення органу, який видає таку ліцензію/дозвіл. Відсутність передбаченого законом граничного терміну для прийняття такого рішення може призвести до того, що заявник протягом невизначено тривалого часу перебуватиме в стані непевності, що може спричинити йому значні практичні проблеми і бути прихованою формою свавілля. Те ж саме стосується випадків, коли заходи адміністративного органу в окремій справі створюють ситуацію непевності стосовно меж, в яких відповідна особа може здійснювати свої права, свободи чи інтереси. Визначення того, що у відповідному випадку має вважатися прийнятним строком, залежить від кількох обставин – зокрема, від складності питання, яке вирішується, терміновості прийняття рішення та кількості осіб, яких стосується ця справа⁶⁶.

6. Водночас треба звернути увагу на те, що в окремих випадках закон прямо звужує можливості суду втручатися в діяльність адміністративних органів щодо застосування дискреційних повноважень. Це виправдано поширеним у європейських країнах підходом, що суди зазвичай не повинні підняти своєю оцінкою експертизу спеціалізованого органу.

Приклад

Відповідно до ст. 266-1 КАС України під час розгляду адміністративних справ щодо віднесення банку до категорії неплатоспроможних, відкликання у банку банківської ліцензії та ліквідацію банку, виведення неплатоспроможного банку з ринку, запровадження тимчасової адміністрації у банку та ін. суд використовує як підставу для власної оцінки та покладається на кількісні, якісні оцінки та висновки, зроблені Національним банком України, Фондом гарантування вкладів фізичних осіб, Кабінетом Міністрів України, Міністерством фінансів України, Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку, на підставі яких були прийняті відповідні рішення, крім випадків, якщо:

- 1) оскаржене рішення/акт прийнято з істотним порушенням встановленого порядку його прийняття (порушення, яке істотно вплинуло на результат оцінки);
- 2) кількісні, якісні оцінки та висновки ґрунтуються на очевидно помилкових відомостях та/або не враховують суттєвих обставин (фактів), за умови врахування яких оскаржуване рішення/акт не могло бути прийнято;
- 3) наявні очевидні розбіжності та/або логічні суперечності між кількісними, якісними оцінками та/або висновками;
- 4) оскаржене рішення/акт прийнято за відсутності повноважень або з використанням повноважень всупереч меті, з якою вони надані законом.

Перспективне законодавство

7. Поміщення вимог до рішень та дій адміністративного органу в КАС України можна пояснити тим, що на момент його ухвалення не існувало закону про адміністративну процедуру, в якому ці вимоги і мали би бути закріплені, оскільки саме цей закон повинен встановити стандарти діяльності таких органів.

⁶⁶ Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35-36, № 37, ст. 446; Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / за заг. ред. Р. С. Мельника. – Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019, Загальне адміністративне право: підручник / [Гриценко І.С., Мельник Р. С., Пухтецька А.А. та інші]; за заг. ред. І. С. Гриценка. – К.: Юрінком Інтер, 2017; Рекомендація № R (80) 2 щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами, прийнята Комітетом Міністрів 11 березня 1980 року на 316-му засіданні заступників міністрів // Див.: Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України / Автор-упорядник В. П. Тимошук. – К.: Факт, 2003, С. 469-480.

8. Закон «Про адміністративну процедуру» є надзвичайно важливим нормативним актом, який має впорядкувати відносини між приватними особами та адміністративними органами. Головне завдання цього закону зводиться до того, що він дає можливість зменшити стратегічно слабе становище людини перед органами влади, або, інакше кажучи – завдяки правовому зв'язуванню та покладенню на адміністративний орган обов'язків перед громадянином вдається врівноважити сторони та компенсувати відносну слабкість особи у відносинах з державою⁶⁷. Поряд з цим, значення цього закону полягає і в тому, що він сприятиме підвищенню якості адміністративних послуг, які надаються приватним особам адміністративними органами, що, зокрема, досягається завдяки формалізації (стандартизації) процедур їх діяльності.

Увага!

У п. 7 ч. 1 ст. 2 проекту закону «Про адміністративну процедуру»⁶⁸ сформульоване таке визначення поняття «дискреційне повноваження» - це повноваження, надане законом адміністративному органу діяти на власний розсуд при прийнятті рішення або обирати один із можливих варіантів рішення відповідно до закону та мети, з якою таке повноваження надано.

Хоча наведена дефініція і відрізняється від визначення, закріпленого у Методології проведення антикорупційної експертизи, проте за своєю сутністю вони не відрізняються. Головний акцент зроблений на тому, що адміністративні органи мають право обирати один з можливих варіантів рішення, діючи в межах закону та мети, з якою таке повноваження надане. При цьому, однак, треба відзначити, що ці визначення не враховують існування ще одного виду дискреції, який дозволяє адміністративному органу приймати рішення, чи буде він взагалі діяти.

9. У проекті закону «Про адміністративну процедуру» містяться стандарти (принципи) діяльності адміністративного органу, перелік яких закріплено у ст. 4 законопроекту. Ці стандарти (принципи) мають бути дотримані, зокрема, і під час прийняття рішень (вчиненні дій) на підставі дискреції. Відзначимо, що більшість з них (стандартів) повторюють ті, що зафіксовано у ч. 2 ст. 2 КАС України. Тому далі додатково проаналізуємо лише ті з них, які раніше не згадувалися.

10. До них, зокрема, віднесено:

1) *верховенство права (правовладдя):*

Зміст цього принципу розкрито у доповіді «Верховенство права», схваленій Венеційською комісією яка була заслухана 25–26 березня 2011 року, а пізніше також у документі цієї комісії «Мірило правовладдя» (див. детальніше розділ III цієї публікації). Принцип верховенства права є складною конструкцією, яка містить низку обов'язкових елементів, зокрема: законність; юридичну визначеність; заборону свавілля; доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами; дотримання людських прав; заборону дискримінації та рівність перед законом. Недотримання хоча б одного з названих елементів адміністративним органом означатиме порушення ним принципу верховенства права.

Для питання дискреції важливе значення, у контексті цього принципу, відіграє вимога юридичної визначеності, якій має відповідати законодавче (нормативне) уповноваження на дискрецію. Це,

⁶⁷ Люхтергандт О. Проект Адміністративного процедурного кодексу України та сучасне адміністративне процедурне право // Юридичний журнал, 2002, № 5. - С. 25.

⁶⁸ Проект Закону України «Про адміністративну процедуру» // http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JI02091A.html

зокрема, означає, що саме повноваження не повинно бути настільки «широким», що з нього не буде зрозуміло, коли саме і як саме адміністративний орган може приймати свої рішення⁶⁹;

2) законність;

3) рівність перед законом;

4) обґрунтованість та визначеність;

5) безсторонність (неупередженість) адміністративного органу;

6) добросовісність і розсудливість;

7) пропорційність;

8) відкритість:

Адміністративні органи мають ієрархічну будову, тож вищі її рівні можуть давати нижчим вказівки щодо того, як їм поводитися, а, серед іншого, і щодо того, як саме потрібно застосовувати певні дискреційні повноваження. Форма таких вказівок може бути різною: від конкретного до загального правила поведіння з конкретним законним повноваженням. Такі підзаконні (адміністративні) акти (напр., інструкції, листи тощо) слугують тому, щоб прийняття певних типових рішень, які постали протягом конкретної практики застосування дискреції, зробити правилом або обов'язком, однак вони не можуть повністю виключити дискреційні повноваження, що встановлюються законом. У разі, якщо конкретну практику застосування дискреції вже передбачено, то для громадян важливо її знати, тому що вона дозволяє зрозуміти як застосовуються відповідні закони. Окрім того, з огляду на застосування принципу рівного ставлення до всіх, відкритість адміністративної практики може мати для громадян конкретне юридичне значення. Тому Рекомендація № (80) 2 Ради Європи передбачає, що такі положення про дискреційні повноваження потрібно оприлюднювати (робити їх відкритими)⁷⁰;

9) своєчасність і розумний строк;

10) ефективність:

Адміністративні органи у процесі своєї діяльності, з одного боку, розпоряджуються ресурсами (публічними), які часто є обмеженими, а з іншого, – приймають рішення, які можуть впливати на обсяг (збереження) ресурсів, які належать і приватним особам. З огляду на це, обираючи варіанти рішень (дій), прийнятих на підставі дискреції, такі суб'єкти мають зважувати і на ефективність своєї управлінської діяльності. Принцип ефективності зобов'язує адміністративні органи до того, щоб усі їх дії (рішення) були раціональними, такими, що забезпечували б усе необхідне на підставі чітких завдань, оцінки майбутнього впливу та у випадках, де це можливо, на основі попереднього досвіду. Ефективність вимагає також досягнення належних результатів при мінімізації витрат за ресурсами, процесами, видами діяльності в часі й за обсягами⁷¹;

⁶⁹ Загальне адміністративне право: підручник / [Гриценко І.С., Мельник Р. С., Пухтецька А.А. та інші]; за заг. ред. І. С. Гриценка. – К. : Юрінком Інтер, 2017.

⁷⁰ Загальне адміністративне право: підручник / [Гриценко І.С., Мельник Р. С., Пухтецька А.А. та інші]; за заг. ред. І. С. Гриценка. – К. : Юрінком Інтер, 2017.

⁷¹ Харченко В. Принципи формування системи стратегічного управління розвитком промислового підприємства // Економіка, 2014, № 4. - С. 69.

11) *презумпція правомірності дій та вимог особи:*

З огляду на положення ч. 2 ст. 3 Конституції України, відповідно до якої права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави та держава відповідає перед людиною за свою діяльність, презюмується, що вимоги та дії приватної особи у взаємовідносинах із адміністративним органом є правомірними. Відповідно, на адміністративний орган покладається обов'язок доведення протилежного;

12) *офіційність:*

Принцип офіційності виявляється у тому, що адміністративний орган визначає обставини, які необхідно встановити для вирішення адміністративної справи; визначає, які документи чи інші матеріали мають бути надані приватною особою для вирішення відповідної справи, а у разі неможливості їх отримання заявником має самостійно запитати (виребувати) їх в інших органах публічної влади чи приватних осіб. Цей принцип вимагає від адміністративного органу активної позиції, спрямованої на створення для приватної особи сприятливих умов у вирішенні її адміністративної справи. Поряд з цим, принцип вимагає лише офіційного спілкування з приватними особами, з дотриманням встановлених процедур, у межах офіційного часу роботи відповідного органу;

13) *гарантування права особи на участь в адміністративному провадженні;*

14) *гарантування ефективних засобів юридичного захисту.* Цей принцип вимагає від адміністративного органу надати приватній особі усю необхідну інформацію щодо строків та порядку оскарження прийнятого рішення.

11. У названому законопроекті дещо деталізовано дію принципу законності щодо дій та рішень, прийнятих адміністративним органом на підставі дискреції, зокрема, вважається, що останні будуть законним при дотриманні таких умов:

- дискреційні повноваження передбачені законом;
- дискреційні повноваження здійснюються в межах, передбачених законом;
- правомірний вибір був здійснений адміністративним органом для досягнення мети, з якою йому надані дискреційні повноваження, і відповідає загальним принципам адміністративної процедури;
- правомірний вибір адміністративного органу не становить собою необґрунтований обхід попередніх рішень, прийнятих тим самим адміністративним органом в однакових чи подібних справах.

Увага !

Розуміння змісту вимог, закріплених у ч. 2 ст. 2 КАС України, та ідентичних їм принципів (стандартів, вимог тощо), зафіксованих в інших законах та підзаконних актах, має бути однаковим, оскільки усі ці нормативні акти регулюють управлінську (адміністративну) діяльність одного і того ж кола суб'єктів – органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, органів влади Автономної Республіки Крим, інших суб'єктів, які здійснюють публічно-владні управлінські функції.

12. Названі вище стандарти (вимоги, принципи), які стосуються управлінської (адміністративної) діяльності адміністративних органів «повторюють» ті, які зафіксовано на рівні документів Ради

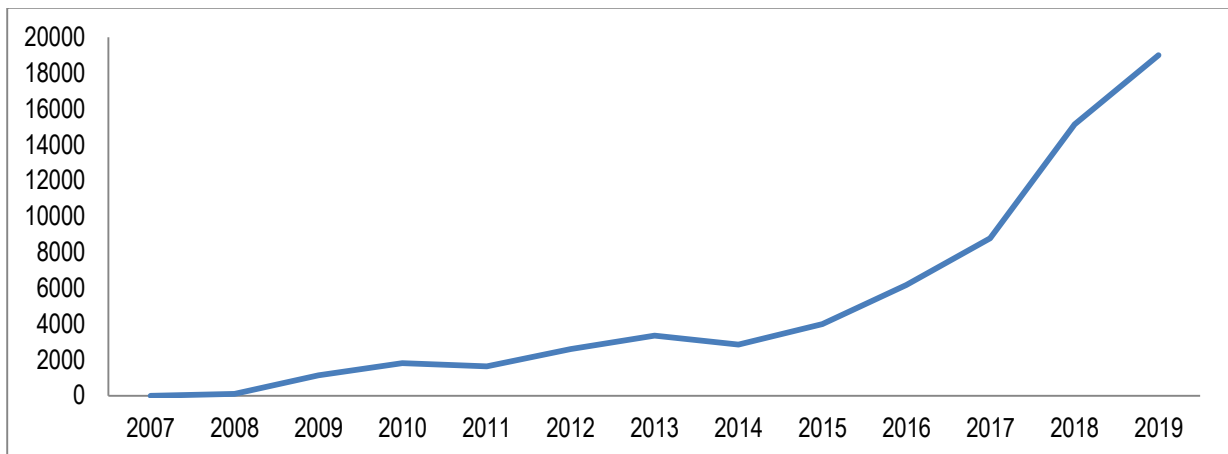
Європи, зокрема, у Рекомендації № R (80) 2 щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами, прийнятій Комітетом Міністрів 11 березня 1980 року⁷².

В. Національна судова практика

Використання судами поняття дискреції адміністративного органу

13. Терміни «дискреція», «дискреційні повноваження» та подібні не вживаються в українському законодавстві на рівні актів Парламенту, Президента та Уряду, за винятком документів політики щодо запобігання корупції у контексті необхідності звуження дискреції для адміністративних органів. Проте вага цих понять в судовій практиці зростає, що свідчить про те, що вони перестали бути суто доктринальними.
14. За даними Єдиного державного реєстру судових рішень, станом на час підготовки цього звіту (2 жовтня 2020 року) термін «дискреція» та похідні слова містяться у 83 890 судових рішень в адміністративних справах, що становить 0,34% усіх судових рішень, ухвалених у таких справах з 2006 року, коли почав наповнюватися цей реєстр.

З року в рік вживання цих термінів у судовій практиці суттєво зростає – майже в геометричній прогресії (див. графік).



15. Особливо цьому сприяє розвиток практики нового Верховного Суду. Так, новий Верховний Суд за майже три роки діяльності ухвалив понад 4 тис судових рішень з використанням цього поняття, з них Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду – 3 950, а Велика Палата Верховного Суду – 199 судові рішення. Їхні попередники послуговувалися цими термінами за десять років, що передували початку функціонування нового Верховного Суду, значно менше – згадка про них є в 1 681 судових рішеннях Вищого адміністративного суду України і 53 рішеннях Верховного Суду України в адміністративних справах.
16. Посилання на дискреційні повноваження адміністративного органу в судовій практиці міститься здебільшого у двох контекстах:

⁷² Рекомендація № R (80) 2 щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами, прийнятій комітетом міністрів 11 березня 1980 року на 316-му засіданні заступників міністрів // Див.: Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України / Автор-упорядник В. П. Тимошук. – К.: Факт, 2003, С. 469-480.

- коли суди констатують відсутність в адміністративного органу дискреційних повноважень для ухвалення певного рішення і вказують, яке саме рішення мало бути прийняте, або ж вдаються до аналізу дотримання меж дискреційних повноважень адміністративного органу, коли визнають наявність таких повноважень;
 - коли суди, констатувавши порушення з боку адміністративного органу-відповідача, утримуються від покладення на нього обов'язку прийняти конкретне рішення на користь позивача, щоб не втручатися в його дискреційні повноваження, натомість зобов'язують повторно розглянути питання щодо особи.
17. Найскладніше і найбільш неоднозначне питання для практики адміністративного судочинства – це глибина (межі) судового контролю за правильністю застосування дискреції адміністративного органу. Так, суди в одних випадках обмежуються оцінкою дотримання формальних вимог закону і якщо вони не порушені, то відповідні рішення, дії чи бездіяльність будуть визнані законними. А в деяких випадках суди застосовують певні принципи, частина з яких є принципами адміністративної процедури, що визначені в ч. 2 ст. 2 КАС України як критерії судової оцінки діяльності адміністративних органів. Також нерідко звертають увагу на якість вмотивування рішень адміністративного органу, ухваленого внаслідок реалізації дискреції. Порушення цих принципів, неналежне вмотивування нерідко стає підставою для визнання рішень, дій чи бездіяльності адміністративного органу протиправними.
18. Бувають випадки, що суди вдаються й до оцінки висновків адміністративного органу, які є предметом його виключної експертизи, що має не юридичний, а наприклад, економічний, фінансовий характер.

Позиції Великої Палати Верховного Суду щодо дискреції адміністративного органу

19. Зважаючи на великий обсяг судової практики з питань дискреційних повноважень, у цьому звіті зупинимося на позиціях Великої Палати Верховного Суду (далі – Велика Палата) з питань дискреції. Більшість позицій Великої Палати сформульовані у справах за участю Вищої ради правосуддя (далі – ВРП) і Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (далі – ВККС), де вона зазвичай є апеляційною і остаточною інстанцією.
20. Велика Палата серед інших проблемних аспектів намагалася сформулювати відповіді на такі питання: що таке дискреційні повноваження, а коли повноваження органу не є такими; які дискреційні повноваження не підконтрольні суду і суд не повинен втручатися в їх реалізацію; коли і як суд все-таки може проконтролювати реалізацію дискреційних повноважень.

Визначення дискреційних повноважень

21. Велика Палата у своїх постановвах⁷³ використовує таке (шаблонне) визначення дискреційних повноважень:

«Згідно з Рекомендацією Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 державам-членам стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень як дискреційне повноваження слід розуміти повноваження, яке адміністративний орган, приймаючи рішення,

⁷³ Див., наприклад, постанови Великої Палати № [748483399](#), [87053613](#), [87857869](#) та ін.).

може здійснювати з певною свободою дискреції, тобто, коли такий орган може обрати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за певних обставин.

Дискреційні повноваження в більш вузькому розумінні – це можливість діяти за власним розсудом, у межах закону, можливість застосувати норми закону та вчиняти конкретні дії (або дію) серед інших, кожні з яких окремо є відносно правильними (законними)».

22. Перший абзац справді є цитатою з Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2, другий – ймовірно походить з наукової статті судді господарського суду Миколи Закуріна⁷⁴. Однак таке поєднання не є вдалим, оскільки складається враження, що наведені визначення співвідносяться як широке і вузьке розуміння дискреційних повноважень, хоча за змістом здається, що ці визначення не відрізняються. Більш того, незрозумілим є використання слова «відносно» у словосполученні «відносно правильними (законними)», яке цьому контексті ставить під сумнів правильність (законність) таких дій.

Наявність / відсутність дискреційних повноважень

23. Велика Палата не раз зіштовхувалася з проблемою, чи є ті чи ті повноваження дискреційними. В одних випадках наявність таких повноважень визнавалася навіть з огляду на досить чітке і, здавалося, безальтернативне положення закону, в інших – заперечувалася. Водночас це свідчить про унікальність кожного спору, а не про непослідовність практики.

Наприклад, один спір виник внаслідок відхилення адміністративного органу від досить чіткого положення закону. Велика Палата дійшла висновку, що адміністративний орган правомірно використав свою дискрецію задля досягнення легітимної мети, відійшовши від буквального застосування закону з метою дотримання принципів права.

Приклад

ВККС оголосила конкурс на вакантні суддівські посади, але лише між кандидатами на посаду судді, які пройшли попередній добір. Суддя, яка також хотіла взяти участь у конкурсі, щоб скористатися правом на переведення, оскаржила призначення цього конкурсу до Верховного Суду, бо вважала себе дискримінованими. При цьому вона посилалася на положення Закону «Про судоустрій і статус суддів», за яким ВККС *«проводить конкурс на зайняття вакантних посад суддів місцевого суду на основі рейтингу кандидатів на посаду судді та суддів, які виявили намір бути переведеними до іншого місцевого суду, за результатами кваліфікаційних іспитів, складених у межах процедури добору суддів чи в межах процедури кваліфікаційного оцінювання відповідно».*

Суд першої інстанції задовольнив позов, оскільки визнав, що положення закону не залишало ВККС можливості вибору – і для кандидатів і для суддів мав бути оголошений єдиний конкурс.

Натомість Велика Палата як суд апеляційної інстанції не погодилася з таким висновком. Вона послалася на те, що судді та кандидати на посаду судді від початку перебували у різних умовах складання кваліфікаційного іспиту та з різницею між прохідним бар'єром не на користь кандидатів. Складання єдиного рейтингу ставило б кандидатів на посаду судді у завідомо не вигідне становище. Єдиний рейтинг можливий лише тоді, коли умови добору та оцінювання мають бути ідентичними (рівними) для усіх учасників (кандидатів та суддів) для справедливого визначення переможців на

⁷⁴ Див. Закурін М. К. Дискреція – дія на власний розсуд. Поняття та прояв // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 4 // <https://ks.arbitr.gov.ua/sud5024/8/8/721>. Цікаво, що в судову практику (див., наприклад, судові рішення судів різних інстанцій та юрисдикцій, включаючи рішення нового Верховного Суду, № [68311318](#), [71864106](#), [75190206](#), [75224024](#), [72899434](#), [73758684](#)) ця цитата проникнула з помилковим посиланням на правову позицію Верховного Суду України, начебто висловлену в постанові від 21 травня 2013 року № 21-87а13, однак зазначена постанова Верховного Суду України насправді не містила такого чи подібного формулювання (див. постанову № [31841626](#)).

основі єдиного рейтингу. Але в цьому випадку відповідні процедури добору / оцінювання відбувалися в різний час і за різними методиками.

Велика Палата також зазначила у постанові⁷⁵:

«Задля належного формування суддівського корпусу ВККС користується широким рівнем дискреції. Велика Палата Верховного Суду вважає, що спосіб, у який ВККС вирішила забезпечити недискримінаційний підхід до проведення конкурсів, а саме шляхом проведення окремих конкурсів серед кандидатів на посаду судді та суддів, які виявили намір бути переведеними до іншого місцевого суду запобігає дискримінації учасників. ... спосіб проведення двох окремих конкурсів, обраний ВККС, вирішує завдання належного формування суддівського корпусу».

В інших випадках Велика Палата визнавала відсутність дискреції в адміністративного органу, зважаючи на чіткі приписи закону.

Приклад

ВККС своїм регламентом встановила умови прийнятності висновків Громадської ради доброчесності в межах процедури кваліфікаційного оцінювання суддів (кандидатів на посаду судді). У разі недотримання цих вимог колегія ВККС могла залишити висновок без розгляду. У практиці були такі випадки, але колегія ВККС, залишивши висновок без розгляду, визнавала суддю таким, що відповідає займаній посаді, проте водночас зазначала в рішенні, що воно набере чинності лише за умови підтримки на пленарному засіданні ВККС. Суддя оспорував таку приписку, обґрунтовуючи, що якщо висновок не відповідає регламенту ВККС, то його не можна вважати, що він юридично існує, а тому нема законних підстав виносити це питання на пленарне засідання.

Велика Палата не погодилася з такою позицією позивача і зазначила, що в колегії ВККС не було іншого законного вибору, ніж зробити те, що вона зробила:

«...якщо у процесі кваліфікаційного оцінювання з'являється таке правове явище чи обставина, як висновок ГРД, то тоді закон імперативно й безальтернативно визначає, коли рішення колегії ВККС про здатність судді здійснювати правосуддя у відповідному судді набирає сили остаточного, а також хто, яким чином й якою кількістю голосів має підтримати таке рішення. Із цього законодавчого формулювання висновується, що саме ВККС у пленарному складі на своєму засіданні може оцінити слушність висновку ГРД й дати відповідь на інші питання, пов'язані з цим висновком, серед іншого й на ті, що стосуються не тільки змісту (суті), але й стосовно його дійсності, достовірності, об'єктивності, правдивості, дотримання форми, строку та порядку затвердження і подання.

... колегія ВККС, коли ухвалює рішення про винесення на розгляд Комісії у пленарному складі питання щодо підтримки рішення про підтвердження суддею здійснювати повноваження у відповідному суді, не задіює власних владних повноважень й не вдається до застосування якісних і кількісних критеріїв чи інших оцінних характеристик, власного розсуду, а лише відтворює, реалізує волю, веління, функцію норми закону. За цієї правової ситуації колегія ВККС не здійснює своїх дискреційних повноважень»⁷⁶.

Дискреційні повноваження, в реалізацію яких суд не втручається

24. У низці постанов Велика Палата визнала неможливість судового контролю за реалізацією певних дискреційних повноважень, хоча використовувала для цього різні аргументи.
25. Зокрема, згідно з позицією Великої Палати, право Президента підписати закон чи його вето вважати хоч і є дискреційним повноваженням, але не відноситься до управлінських, а тому не підпадає під

⁷⁵ Див. постанову Великої Палати № [87985471](#).

⁷⁶ Див. постанови Великої Палати № [90458948](#), [90458949](#).

контроль суду адміністративної юрисдикції. Як наслідок – позивачу було відмовлено у відкритті провадження в адміністративній справі за його вимогами визнати незаконними позиції Президента, висловлені під час вотування закону⁷⁷.

26. Також Велика Палата визнала суто дискреційними повноваження Президента України звернутися до Конституційного Суду України з конституційним поданням про визнання неконституційним закону, і вважала це підставою відмовити у задоволенні вимоги зобов'язати його – Президента – внести конституційне подання щодо конкретного закону⁷⁸. Цікаво, що цього разу Велика Палата не ставить під сумнів належність цієї вимоги до адміністративної юрисдикції, хоча, здається, за юридичною природою це повноваження також не є управлінським.
27. Велика Палата також сформулювала позицію, що суд не може переоцінювати рішення компетентних органів щодо відповідності судді чи кандидата на посаду судді відповідним критеріям, зокрема доброчесності. Наприклад, під час добору суддів до Вищого антикорупційного суду Велика Палата встановила, що *«спеціальним органом [для оцінки відповідності кандидата визначеним законом критеріям оцінювання – прим. автора] є ВККС за участю ГРМЕ [Громадської ради міжнародних експертів – прим. автора], а отже, їх повноваження щодо вирішення питання відповідності кандидата такому критерію є дискреційними та знаходяться в межах їх виключної компетенції»*⁷⁹. На переконання суду, оцінка таких загальних категорій як «доброчесність» і «суспільна довіра» завжди має суб'єктивний характер, тому вирішальним є особисте переконання кожного члена спільного складу ВККС та ГРМЕ, яке, зрештою, і визначає характер їх голосування.
28. В одній зі справ Велика Палата оцінювала положення підзаконного нормативно-правового акта, і, не виявивши прямого порушення закону, визнала, що його зміст лежить в сфері дискреції органу, який затвердив цей акт.

Приклад

Кандидат на посаду судді оскаржив положення затвердженого ВККС Порядку проведення іспиту та методики встановлення його результатів у процедурі кваліфікаційного оцінювання, яке передбачало «відсів» кандидатів, які не проявили певного рівня компетентності, після складання іспиту. Позивач вважав неправильним припинення участі у конкурсі особи лише за одним із критеріїв оцінювання (компетентність), тоді як за іншими критеріями (доброчесність, професійна етика) вона могла би показати кращі результати, ніж інші кандидати.

Велика Палата у відповідь зазначила, що *«...норми Закону передбачають, що порядок та методологія кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення, а також порядок проведення іспиту та методика встановлення його результатів затверджуються Комісією.*

*Ці норми врегульовують дискреційні повноваження ВККС як органу, відповідального за формування суддівського корпусу особами, які мають належний кваліфікаційний рівень, щодо визначення процедури проведення конкурсу на зайняття посад суддів Верховного Суду, в тому числі визначення етапів проведення відповідного кваліфікаційного оцінювання суддів, послідовності цих етапів та методів оцінки результатів їх проходження учасниками»*⁸⁰.

29. У кількох випадках Велика Палата відмовилася переглядати внесену до ВРП за наслідками неуспішних результатів кваліфікаційного оцінювання рекомендацію ВККС про звільнення судді з посади і закрила провадження у справі, посилаючись на те, що це є проміжним, а не кінцевим

⁷⁷ Див. постанову Великої Палати №[90228190](#).

⁷⁸ Див. постанови Великої Палати №[87902766](#), [90458897](#).

⁷⁹ Див. постанови Великої Палати №[89819921](#), [85679190](#), [84899470](#), [84899470](#).

⁸⁰ Див. постанову Великої Палати №[86206231](#).

рішенням в межах «кваліфікаційного» провадження. Воно може стати об'єктом контролю лише у разі реалізації цієї рекомендації рішенням ВРП про звільнення судді з посади разом з таким рішенням. Інакше суд дублюватиме функції ВРП, яка під час розгляду подання ВККС про звільнення судді ВРП може і не погодитися з висновком ВККС⁸¹.

30. Хоча, здається, тут практика Великої Палати не є однозначною, оскільки в багатьох випадках вона аналізувала рішення ВККС щодо неуспішного кваліфікаційного оцінювання суддів до потрапляння їх на розгляд ВРП. Велика Палата не констатувала про зміну своїх підходів.

Судовий контроль за дискрецією адміністративних органів

31. Велика Палата визнає необхідним здійснювати судовий контроль за реалізацією дискреційних повноважень, але такий контроль є обмеженим. Вона «тестує» реалізацію адміністративним органом дискреції залежно від обставин справи за допомогою різних питань:

- чи переслідував орган легітимну мету, та чи діяв прозоро і в якомога послідовніший спосіб⁸²;
- чи дотримано процедурні гарантії⁸³;
- чи належно вмотивоване рішення⁸⁴;
- чи не є рішення (висновки) адміністративного органу свавільними (довільними), нераціональними, не підтвердженими доказами або ж помилковими щодо фактів; необ'єктивними⁸⁵ або явно несправедливими⁸⁶.

32. Ці критерії Велика Палата формулює або самостійно, або посилаючись на практику Європейського суду з прав людини (зазвичай не називаючи рішень цього Суду). У другому випадку зазвичай використовується такий (шаблонний) текст:

«З приводу можливості оцінки судами актів та дій органів державної влади під час виконання ними дискреційних повноважень Європейський суд з прав людини (далі - ЄСПЛ) у своїх рішеннях зробив правовий висновок, згідно з яким у таких випадках судовий контроль є обмеженим.

Зокрема, ЄСПЛ указав, що за загальним правилом національні суди повинні утримуватися від перевірки обґрунтованості таких актів, однак суди повинні проконтролювати, чи не є викладені у них висновки адміністративних органів щодо обставин у справі довільними та нераціональними, не підтвердженими доказами або ж помилковими щодо фактів; у будь-якому разі суди повинні дослідити такі акти, якщо їх об'єктивність та обґрунтованість є ключовим питанням правового спору»⁸⁷.

33. Здебільшого Велика Палата не звертається до критеріїв оцінювання рішень, дій чи бездіяльності адміністративних органів, що визначені в ч. 2 ст. 2 КАС України, хоча в багатьох випадках це би дало достатню юридичну основу для тих висновків, які вона робила, або, можливо, навіть призвело б до інших висновків.

Ось декілька прикладів застосування зазначених питань-критеріїв до конкретних ситуацій.

⁸¹ Див. постанову Великої Палати №[89819880](#), [89316544](#), [89251556](#), [89083216](#).

⁸² Див., наприклад, постанову Великої Палати №[87985471](#).

⁸³ Див., наприклад, постанови Великої Палати №[86401189](#), [90458931](#).

⁸⁴ Див., наприклад, постанови Великої Палати №[86903843](#), [90458913](#).

⁸⁵ Див., наприклад, постанови Великої Палати №[90458936](#), [87053613](#), [86877154](#).

⁸⁶ Див., наприклад, постанову Великої Палати №[89903936](#).

⁸⁷ Див., наприклад, постанови Великої Палати №[89397027](#), [87857869](#), [87053613](#) тощо.

У згаданому вище спорі щодо конкурсу на вакантні посади (див п. 28 цього розділу) для кандидатів на посаду судді, де чинні судді вважали, що мають право на участь у такому конкурсі на рівні з кандидатами, які пройшли відбір, Велика Палата визнала, що ВККС діяла з легітимною метою, прозоро і послідовно, оскільки призначила конкурс серед кандидатів для вирішення нагальної проблеми браку суддівських кадрів (переведення суддів за конкурсними процедурами фактично призводить до міграції, але не поповнення суддівського корпусу), запобігаючи несправедливій дискримінації, яка виникла б через неспівмірність балів кандидатів і суддів.

У декількох випадках з посиланням на порушення процедурних гарантій Велика Палата визнала протиправною відмову ВРП у внесенні подання про призначення кандидатів на посаду судді. ВРП у рішеннях про відмову посилалася на обставини, що можуть негативно вплинути на суспільну довіру до судової влади у зв'язку з такими призначеннями. Ці обставини конкретно вказувалися лише у рішеннях, але не піднімалися ні до, ні під час обговорення кандидатур на засіданні ВРП з їх участю. Велика Палата зазначила, що «ВРП наділена широкою свободою розсуду при розгляді питання щодо внесення подання Президенту України про призначення на посаду судді, однак мають бути дотримані усі процедурні гарантії та принципи відбору кандидатів, з урахуванням можливості кожного з них бути ознайомленим з усією інформацією, на підставі якої приймається відповідне рішення»⁸⁸.

В іншому випадку суддя оспорив відмову ВККС у перегляді результатів виконання практичного завдання в межах кваліфікаційного оцінювання, зокрема посилався на те, що його не повідомили про час розгляду його заяви про перегляд. Велика Палата ухвалюючи рішення на користь відповідача (ВККС) зазначила, що перегляд ВККС рішень, прийнятих палатою чи колегією, є дискреційним правом ВККС, а не імперативним обов'язком, а допущення ВККС порушень у частині неналежного повідомлення позивача про розгляд його заяви не може свідчити про протиправність ухваленого Комісією рішення з огляду на відсутність обґрунтованих підстав для перегляду рішення ВККС про результати іспиту⁸⁹.

34. Велика Палата визнавала протиправними рішення, прийняті в межах дискреційних повноважень, але які не були належним чином вмотивовані. Наприклад, Велика Палата визнала протиправною відмову ВККС у допуску судді до конкурсу до Вищого антикорупційного суду внаслідок наявності дисциплінарного стягнення.

Приклад

Позивачка подала заяву на участь у конкурсі, але не була допущена колегією ВККС з посиланням на закон, який забороняє участь у конкурсі особам з непогашеним дисциплінарним стягненням. Позивачка оспорила це рішення до ВККС з огляду на те, що вона є викривачкою корупційного правопорушення, але була притягнута до дисциплінарної відповідальності, на її думку, незаконно, бо закон забороняє піддавати викривача негативним заходам впливу за викриття корупційного злочину. Недопущення до конкурсу також є негативним заходом впливу, який заборонений законом.

⁸⁸ Див. постанову Великої Палати №[90458931](#). Також див. постанову у подібній справі - №[86401189](#), де підкреслено не лише право знати інформацію, що компрометує, а й прокоментувати чи спростувати її в змагальних умовах.

⁸⁹ Можливо, рішення суду було би іншим, якби він звернув увагу на згадане у ч. 2 ст. 2 КАСУ України право особи на участь у процесі прийняття рішення (право бути вислуханою). У пояснювальній записці до Резолюції (77) 31 Комітету міністрів Ради Європи про захист особи від актів адміністративних органів влади впродовж адміністративного провадження особі має бути забезпечено право на розгляд її справи: їй має бути надано можливість подавати факти і доводи. Щоб відповідна особа могла ефективно здійснити своє право, вона повинна бути відповідно поінформованою про можливість подати факти, аргументи й докази.

ВККС підтвердила рішення колегії про недопущення до конкурсу з посиланням на ті самі положення закону, що й колегія.

Велика Палата задовольнила позов, зазначивши таке: «ВККС мала би, навіть більше, зобов'язана була навести мотиви незгоди з ними [аргументами позивачки]. Натомість на доводи позивачки про її статус викривача і пов'язані з ним гарантії, встановлені законом, однією з яких є неможливість притягнення викривача до відповідальності чи застосування негативних наслідків за викриття особи у скоєнні корупційного злочину, у спірному рішенні не наведено жодних мотивів спростування чи незгоди або, навпаки, визнання їх слушності... Велика Палата Верховного Суду не заперечує дискреції ВККС ухвалити відповідне рішення... у разі встановлення в особи, яка претендує на вакантну посаду судді, непогашеного дисциплінарного стягнення. Поряд з тим встановлення такої обставини не повинно спонукати ВККС до проявів пасивності і нез'ясування відомостей та підстав, що ґрунтуються на законі і можуть мати привілейоване й пріоритетне значення чи силу порівняно з тими положеннями, яким ВККС фактично надала перевагу»⁹⁰

35. В іншому випадку Велика Палата ухвалила рішення на користь судді, щодо якого ВРП відмовилася вносити подання про призначення безстроково, посилаючись на ухвалення суддею політично вмотивованого рішення. Велика Палата звернула увагу на те, що ВРП за тих самих умов внесла подання про призначення інших двох суддів, які брали участь в ухваленні цього рішення. ВРП жодним чином не обґрунтувала, чим роль судді-позивача відрізнялася, що до нього застосовано інший юридичний наслідок. Велика Палата констатувала порушення з боку ВРП принципу рівності та вимоги про вмотивованість судового рішення⁹¹.

⁹⁰ Див. постанову Великої Палати №[90458913](#).

⁹¹ Див. постанову Великої Палати №[86903843](#).

VI. НАСТАНОВИ ЩОДО КОНТРОЛЮ ЗА РЕАЛІЗАЦІЄЮ ДИСКРЕЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНОГО ОРГАНУ

A. Рекомендації щодо кумулятивного контролю за реалізацією дискреції

1. Судовий контроль за дискрецією, виступаючи частиною загальних повноважень адміністративних судів, впливає насамперед з ідеї про те, що приватні особи мають суб'єктивне право, пов'язане з безпомилковим (правильним) застосуванням дискреції адміністративним органом⁹². Назване право, залежно від сфери, де воно реалізується та умов (юридичної ситуації), в яких перебуває приватна особа, може належати або до матеріального суб'єктивного права (змістом якого є інтерес, пов'язаний з отриманням конкретного результату (рішення) у справі) або до формального процедурного права (змістом якого є інтерес, пов'язаний з належним облаштуванням (організацією) процедури прийняття рішення)⁹³, що в будь-якому випадку відкриває можливості для його (права) судового захисту.
2. З проведеного аналізу стає очевидним, що розуміння меж та глибини судового контролю за дискрецією адміністративного органу з часом змінювалося. Якщо (у тих країнах, де адміністративна юстиція функціонує ще з кінця XIX ст. – початку XX ст.) спочатку практика йшла шляхом повної неприпустимості змістовної перевірки дискреційного рішення, то сьогодні вже і, так звані, внутрішні межі дискреції (у певній частині, наприклад, обов'язок діяти розсудливо) можуть бути предметом перевірки з боку адміністративного суду. Більш правильною та сучасною видається позиція, що адміністративний суд може і має перевіряти дотримання предметних / сутнісних рамок рішення, які впливають зі встановлених законом меж, що передбачають дискрецію, а також з конституційних принципів, таких як заборона надмірного втручання та принцип рівності⁹⁴. Поряд з цим, зазначимо, що навіть цей перелік елементів (обставин), які може перевірити адміністративний суд, даючи оцінку рішення адміністративного органу, прийнятого на підставі дискреційного повноваження, є неповним і має бути розширеним.

Увага!

На відміну від німецького Положення про адміністративні суди, у ст. 114 якого чітко визначено, що адміністративні суди, перевіряючи рішення (дії, бездіяльність), прийняті на підставі дискреції, контролюють лише їх правомірність, КАС України не містить подібних положень. Це є принциповим для визначення ширшого обсягу судового контролю за дискрецією адміністративного органу.

На підтвердження зробленого висновку (про розширення меж судового контролю) можна навести також положення ч. 3 ст. 43 Закону України «Про місцеві державні адміністрації»⁹⁵, відповідно до якого розпорядження голови місцевої державної адміністрації може бути оскаржено до суду, поміж іншим, також і з підстав його недоцільності, неекономності та/або неефективності.

⁹² Детальні міркування і докази: Hauelsen, DVBl. 1952, S. 521-524 та NJW 1954, S. 418 і наст., а також з судової практики Федерального адміністративного суду (BVerwG) у Bachof, VerfR 1, Teil 1 B 64. S. 65 та Teil 2 B 99. S. 223; VerfR II B 257, S. 243.

⁹³ Michael Hoffman Becking Zum Stand der Lehre vom Recht auf fehlerfreie Ermessenentscheidung // Deutsches Verwaltungsblatt, 1970, Heft 21, S. 850-858.

⁹⁴ Michael Hoffman Becking Zum Stand der Lehre vom Recht auf fehlerfreie Ermessenentscheidung // Deutsches Verwaltungsblatt, 1970, Heft 21, S. 850-858.

⁹⁵ Про місцеві державні адміністрації : Закон України від 9 квітня 1999 р. № 586-XIV // Відомості Верховної Ради України, 1999, № 20-21, Ст. 190.

3. Зважаючи на європейські стандарти і рекомендації, національне законодавство та судову практику, загальний алгоритм судового контролю за дискрецією адміністративного органу під час прийняття ним рішення може мати такий вигляд:

- з'ясування наявності/відсутності дискреційного повноваження в адміністративного органу та його природи (управлінське, суто політичне, законотворче, пов'язане з відправленням правосуддя);
- перевірка, чи діяв орган під час реалізації дискреційного повноваження у межах, наданих йому нормативним актом та у спосіб визначений законом;
- з'ясування, чи не є дискреційне повноваження абсолютним, чи діяв адміністративний орган з легітимною метою, чи були дотримані необхідні процедурні гарантії, чи забезпечена належна якість прийнятого рішення (вчиненої дії).

Розглянемо викладене більш детально.

В. Загальний алгоритм перевірки правомірності реалізації дискреційного повноваження

4. У кожній справі, де оскаржується рішення, дії чи бездіяльність адміністративного органу, для задоволення позову суд має встановити не лише протиправність поведінки адміністративного органу, а й порушення нею прав, свобод чи інтересів позивача.
5. Цей алгоритм є послідовним переліком питань, відповівши на які суд зможе перевірити, чи не була реалізація дискреційного повноваження протиправною. Водночас цей алгоритм не стосується перевірки судом питань, чи не порушив адміністративний орган у кожному конкретному випадку прав, свобод та інтересів позивача, заснованих на нормах матеріального права.

