

УДК 351.95

DOI 10.37566/2707-6849-2020-4(33)-5

**Олена ГУБСЬКА,**  
*суддя Касаційного адміністративного суду у складі  
Верховного Суду, тренер Національної школи суддів України,  
доктор юридичних наук, доцент*



## ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ СУБ'ЄКТАМИ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ І ВИБОРУ СУДАМИ СПОСОБУ ЗАХИСТУ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА

**Постановка проблеми.** Упродовж багатьох років проблема розсуду (дискреції) привертає увагу вітчизняних і зарубіжних учених—юристів і практиків, які по-різному розуміють сам термін, його види та межі.

Державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Дискреційними повноваженнями в Україні володіють суб'єкти владних повноважень, однак і судові органи можуть обирати такий спосіб захисту, який найкраще зможе захистити права осіб. Разом з тим однією із проблем є занадто широке тлумачення державними органами меж дискреційних повноважень, коли законодавець залишає

на розсуд органу вирішення питання діяти чи не діяти; якщо діяти, то в який спосіб; а інколи й відсутність законодавчого закріплення таких меж. Зазначена ситуація призводить до правової невизначеності, втручання у права юридичних та фізичних осіб, втручання у самостійність іншої гілки влади або органу, перевищення повноважень та прийняття протиправних рішень.

Крім того, залишається дискусійним питання можливості та необхідності судового втручання у дискреційні повноваження державного органу з метою повного захисту порушених прав юридичних та фізичних осіб.

**Стан дослідження.** Питання дискреції (розсуду) були предметом дослідження як вітчизняних, так і зарубіжних науковців у різних сферах юридичної науки. Це такі вчені, як: А. Барак, А. Бонер, В. Бевзенко, О. Гончаренко, Ю. Грошевий, А. Гринь, Ф. Веніславський, В. Дубовицький, М. Закурін, В. Канцір, О. Капліна, М. Коваль, В. Кожевніков, П. Куфтирєв, О. Лагода, Г. Панова, О. Папкова, М. Погорецький, К. Пронін, М. Рісний, О. Рарог, С. Резанов, О. Рогач, О. Сеньків, Ю. Соловей, І. Тітко та ін.

**Метою статті** є на основі аналізу норм національного законодавства, міжнародно-правових актів, практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) окреслити поняття дискреції та дискреційних повноважень, встановити, чи існують межі дискреційних повноважень суб'єктів владних повноважень, та як їх визначити. Крім того, необхідно встановити обставини, які впливають на обраний судом спосіб захисту прав особи.

**Виклад основного матеріалу.** Необхідно акцентувати увагу на тому, що дискрецію (розсуд) у першу чергу застосовують у своїй діяльності суб'єкти владних повноважень.

«Дискреція» є словом французького походження, уперше використане у 1705 р., та має багато визначень.

Словник іншомовних слів під словом «дискреція» розуміє вирішення посадовою особою або державним органом певного питання на власний розсуд.

В Юридичній енциклопедії дискреційні повноваження визначаються як право глави держави, глави уряду, інших посадових осіб органів державної влади діяти за певних умов на власний розсуд у межах закону [1, с. 195].

Семантичний і етимологічний аналіз понять «дискреція» і «розсуд» свідчить про їх подібність, а у перекладі з різних мов вони мають такі значення, як: «розсуд, свобода дій, вільний вибір, право розсуду, дискреційне право, розсудливість, обережність, надані на власний розсуд, що діють за власним розсудом, дискреційні».

Термін «розсуд» загалом трактується українськими науковцями як право органів виконавчої влади (їх посадових осіб) щодо «вибору варіанта поведінки, рішення чи передбачуваного наслідку правової норми». Розсуд є певним процесом і результатом вибору особою варіанта поведінки (рішення, дії чи бездіяльності), що має суб'єктивний, інтелектуально-логіко-вольовий характер. При цьому розсуд

як явище містить різні сутнісні відтінки, які впливають зі свободи волі суб'єкта, що його застосовує [2].

Відповідно до англійського словника слово «розсуд» перекладається на сучасну англійську мову як «discretion» (*представляти, передавати на чийсь розсуд, на розсуд будь-кого, діяти на власний розсуд*) [3].

Значений інститут досить широко використовується в багатьох країнах: *freies Ermessen* (вільна оцінка) у Німеччині, *administrative discretion* в Англії, *flit skon* (вільне судження) у Данії, *attività discrezionale* в Італії, *discretionnaire bevoegdheid* (дискреційна компетенція) у Нідерландах [4].

Аналіз законодавства України дає змогу зробити висновок, що хоча саме поняття дискреції (розсуду) часто зустрічається в численних законах і підзаконних нормативно-правових актах, але на сьогодні законодавча дефініція поняття «розсуд» відсутня.

Уперше ідея нормативного визначення дискреції та її критеріїв була закріплена у наказі Міністерства юстиції України «Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи» № 1380/5 від 23 червня 2010 року.

Так, дискреційні повноваження – це 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 кількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом [5].

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.

Відповідно до Додатку до Рекомендації № P(80)2 Комітету Міністрів Ради Європи дискреційне повноваження – це повноваження, що його адміністративний орган влади, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду. Тобто, коли такий орган може обрати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає кращим за певних обставин [6].

11.04.2018 Верховним Судом було оприлюднено «Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією» [7].

У ньому резюмується, що дискреційне повноваження може полягати у виборі діяти чи бездіяти. Якщо діяти – у виборі варіанта рішення чи дії серед варіантів, що прямо або опосередковано закріплені в законі. Важливою ознакою такого вибору є те, що він здійснюється без необхідності узгодження з кимось обраного варіанта.

Вибір варіанта передбачає встановлення фактичних обставин справи й надання їм юридичної оцінки; пошук відповідної норми права та перевірку її дії або вирішення питання щодо застосування аналогії (закону); з'ясування змісту норми права

(тлумачення правової норми); здійснення вибору оптимального варіанта рішення, вчинення дій, утримання від дій. Таке право органу виконавчої влади (посадової особи) зумовлене певною свободою, тобто адміністративним розсудом, в оцінюванні, діях або утриманні від дій (бездіяльність), а якщо у діях – то у виборі одного з варіантів рішень (дій) чи правових наслідків. Це вибір лише однієї із законних альтернатив. Вибір може здійснюватися між двома й більше альтернативами. При цьому вибір може бути обмеженим, коли всі альтернативи, з яких слід вибирати, вичерпно передбачені законом (закритий перелік альтернатив). Крім того, вибір може здійснюватися з невизначеної кількості альтернатив, тобто вибір може бути необмеженим (*так званий відкритий перелік альтернатив*).

У літературі існує думка, що «відкритий» перелік повноважень дає простір для довільного розширення поля дискреції державних службовців.

«Закритий» перелік створює, як правило, чіткі перешкоди для довільної зміни компетенції органів виконавчої влади (посадових осіб). Обмежений характер дискреційних альтернатив може проявлятися подвійно – прямо закріплюватися у тексті закону або впливати зі змісту правової норми.

У Науковому висновку щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією також зазначається, що дискреційне повноваження надається шляхом його закріплення в оціночному понятті, відносно визначеній нормі, альтернативній нормі, нормі із невизначеною гіпотезою. Для окреслення дискреційного повноваження законодавець використовує, зокрема, слова «може», «має право», «за власної ініціативи», «дбає», «забезпечує», «веде діяльність», «встановлює», «визначає», «на свій розсуд». Однак наявність такого терміна в законі не свідчить автоматично про наділення суб'єкта владних повноважень дискреційним повноваженням. Він є приводом для докладного аналізу закону на предмет того, що відповідне повноваження є дійсно дискреційним.

Верховний Суд неодноразово зазначав, що при реалізації дискреційного повноваження суб'єкт владних повноважень зобов'язаний поважати основоположні права особи й дотримуватися: конституційних принципів; принципів реалізації відповідної владної управлінської функції; принципів здійснення дискреційних повноважень; змісту публічного інтересу; положень власної компетенції; вказівок, викладених в інтерпретаційних актах; фахових правил, закріплених у нормативних актах; адміністративної практики; судової практики; процедурних вимог.

На думку українських науковців Р. Куйбіди та Р. Мельника, виділяють 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 [8].

Цікавою з точки зору *меж застосування* адміністративного розсуду є *класифікація адміністративного розсуду*, що панує в сучасній доктрині адміністративного права.

1) імперативний тип – можливість обирати один із декількох запропонованих альтернативних дій;

2) диспозитивний тип – можливість діяти на власний розсуд;

3) інтерпретаційний тип – можливість інтерпретації невизначених юридичних понять, на кшталт «необхідність», «публічний інтерес», «суспільний інтерес», «національний інтерес», «доцільність», «достатність», «з важливих підстав», «з об'єктивних причин» тощо [9].

З огляду на зазначене найоптимальнішим видом адміністративного розсуду є розсуд імперативного виду, відповідно до якого враховуються конкретні обставини та обирається дія з-поміж альтернативних варіантів.

На нашу думку, застосування диспозитивного виду, який передбачає надто широку свободу дій, обмежену, по суті, лише принципами адміністративного права, є недопустимим, оскільки така невизначеність створює численні ризики, зловживання дискреційними повноваженнями.

Однак на сьогодні в законодавчих нормах, які закріплюють повноваження суб'єктів владних повноважень, міститься значна кількість оціночних і невизначених понять, наприклад, «у виключних випадках особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може дозволити...». При цьому законодавець рідко встановлює достатньо ознак, які дають можливість суб'єкту правозастосування конкретизувати і з'ясувати зміст та обсяг таких понять. Тим самим законодавець уповноважує суб'єктів публічного адміністрування на застосування адміністративного розсуду лише на підставі їх правосвідомості, тому неправильне правозастосування є неминучим. Такі обставини суперечать принципу законодавчої визначеності.

Адміністративний розсуд можна також класифікувати *за суб'єктом*, що його застосовує, на індивідуальний та колективний (посадова особа й колегіальний орган).

Індивідуальний розсуд має місце, коли рішення приймається одноособово, колективний – коли суб'єктом прийняття рішення є кілька компетентних посадовців.

*За ієрархією органів виконавчої влади* можна говорити про адміністративний розсуд, що застосовують:

– Кабінет Міністрів України;

– міністерства;

– інші центральні органи виконавчої влади – агентства, служби, інспекції, центральні органи виконавчої влади зі спеціальним статусом; територіальні органи міністерств та інших центральних органів виконавчої влади;

– місцеві державні адміністрації: обласні та районні, а також Київська та Севастопольська міські, районні у містах Києві та Севастополі [10].

*Основною проблемою поняття і застосування адміністративного розсуду виступає визначення його меж, встановлення ступеня свободи органів державної влади у процесі здійснення владних повноважень.*

Оскільки Конституція України має найвищу юридичну силу, а закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй, відповідно й органи державної влади (їх посадові особи) у процесі застосування розсуду не можуть порушувати норми законодавства, права та свободи людини і громадянина, які є найвищою соціальною цінністю, визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

На нашу думку, для встановлення меж адміністративного розсуду найбільш доцільним є застосування міжнародних стандартів обмеження дискреційних повноважень. Вони доволі чітко та лаконічно сформульовані в Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2. Так, державний орган влади, приймаючи конкретне рішення, має прагнути досягнення мети, задля якої його наділено відповідними повноваженнями; дотримуватися принципу об'єктивності й безсторонності, враховуючи лише ті фактори, які мають відношення до цієї конкретної справи; дотримуватися принципу рівності перед законом, не допускати несправедливої дискримінації; забезпечувати належну рівновагу (пропорційність) між метою рішення та його негативними наслідками для прав, свобод чи інтересів осіб; приймати рішення в межах розумного строку з урахуванням характеру справи; послідовно та узгоджено застосовувати загальні адміністративні приписи, враховуючи конкретні обставини кожної справи [11].

*Рекомендація 2004 (20) щодо судового перегляду адміністративних актів* містить положення про те, 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.

У одному із документів Венеційської комісії – *Мірило правовладдя*, схваленого Комітетом Міністрів Ради Європи та Парламентською Асамблеєю Ради Європи, зазначається, що здійснення повноважень у спосіб, що призводить до виразно несправедливих, невмотивованих, нерозумних або деспотичних рішень, є порушенням правовладдя. З метою захисту від свавілля акти права мають вказувати на обсяг будь-якого з дискреційних повноважень. Обов'язковість вмотивування має також застосовуватись і до адміністративних рішень.

З практики Європейського суду, зокрема справи «Волохи проти України» (заява № 23543/02), випливає таке: у національному праві має бути передбачено засіб правового захисту від довільних втручань органів державної влади в права, гарантовані Конвенцією. Будь-яка законна підстава для застосування адміністративного розсуду може створити юридичну невизначеність, що є несумісною з принципом верховенства права без чіткого визначення обставин, за яких компетентні органи здійснюють такий розсуд, або навіть спотворити саму суть права. Отже, законом

повинно з достатньою чіткістю бути визначено межі та порядок здійснення розсуду, з урахуванням легітимної мети певного заходу, аби забезпечити особі адекватний захист від довільного втручання в здійснення її діяльності. Конкретна норма закону повинна містити досить чіткі положення про рамки і характер здійснення відповідних дискреційних повноважень, наданих органам державної влади. У разі, якщо закон не має достатньої чіткості, повинен спрацьовувати принцип верховенства права [12, с. 57].

У рішенні у справі «Гасан і Чауш проти Болгарії» вказується: «Суд вважає, що у зв'язку з цим національне законодавство має передбачати правовий засіб захисту від свавільного втручання органів державної влади у права, гарантовані Конвенцією. У питаннях, які зачіпають основні права, дане законодавство суперечило б верховенству права – одному з передбачених Конвенцією основних принципів демократичного суспільства, якщо під правом діяти на власний розсуд, наданим органам виконавчої влади, мається на увазі необмежена влада. Тому межі наданих компетентним органам дискреційних повноважень мають бути абсолютно чітко визначені в законодавстві. Суд зазначає, що у даному випадку відповідне законодавство не передбачало чітких критеріїв щодо реєстрації керівництва конфесій, що змінилося, а також не передбачало ніяких процедурних гарантій захисту від свавільного використання дискреційних повноважень...».

Найчастіше ЄСПЛ аналізує втручання органів влади в права людини під кутом зору такого тесту: чи було передбачене таке втручання законом? чи переслідувало воно легітимну мету? чи було необхідним у демократичному суспільстві?

Отже, Європейський суд з прав людини аргументовано доводить, що дискреційні повноваження не є необмеженими, а суд повинен рішення, прийняті органами владних повноважень під час реалізації дискреційних повноважень, контролювати максимально ефективно, щоб забезпечити можливість повторного порушення органом виконавчої влади (посадовою особою) закону, а також повторне звернення до суду. Відповідно, ігнорування органами виконавчої влади (їх посадовими особами) рішень судів порушує принцип юридичної визначеності та ставить під сумнів дієвість судової системи України, що має набагато більший суспільний інтерес, аніж принцип невтручання суду у дискреційні повноваження органу влади.

Судова практика та доктринальна адміністративно-процесуальна наука зайняли дві кардинально протилежні позиції щодо вирішення питання змісту (меж) правової перевірки судами адміністративних актів, виданих у межах вільного розсуду.

Так, в Україні суди через принцип поділу влади мають право перевіряти лише правомірність дій державної влади, але доцільність її рішень не підпадає під судову перевірку.

Ми погоджуємося з думкою науковців, що в суді може бути заявлена вимога про встановлення наявності таких помилок, як:

- незастосування розсуду;
- порушення меж розсуду. При цьому орган може *перевищити повноваження* на застосування дискреції в тому випадку, коли адміністративний орган обирає

юридичний наслідок, що перебуває поза межами дискреційного правила, або *зловживати дискрецією*, коли її здійснення не спрямоване на передбачені законом цілі; – неправильне застосування розсуду.

Отже, суб'єктом публічної адміністрації у процесі своєї діяльності може бути допущена протиправна бездіяльність та/або вчинення дій чи прийняття рішення з перевищенням наданих повноважень або не на підставі та не у спосіб, що визначені у законі [13].

Чітких меж втручання суду в розсуд суб'єкта публічної адміністрації закон не встановлює, і ці межі визначаються судом самостійно з урахуванням певних чинників. Такі чинники під час розгляду та вирішення судової справи можуть бути різними. Зокрема, суд має зважати на засади судочинства, приписи норм матеріального і процесуального права, обставини справи, позовні вимоги та обґрунтування позову, адміністративно-правовий статус відповідача і його повноваження, позицію відповідача, моральні принципи та інші чинники. Суд має керуватися принципом верховенства права. У разі відсутності закону він застосовує аналогію закону або аналогію права. Ми погоджуємось, що судовий орган не має перевищувати межі свого втручання у діяльність суб'єкта владних повноважень. Однак його втручання має бути ефективним та достатнім для забезпечення виконання завдань адміністративного судочинства.

Судова практика ЄСПЛ щодо ст. 6 (1) (з питань необхідного обсягу судового контролю) встановлює загальну рамку, у межах якої дискреційна влада може здійснюватися і юридично контролюватися. Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи, Венеційської комісії хоча 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 у частині другій ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України), які встановлюють вимоги, зокрема й для реалізації дискреційних повноважень.

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. Цей підхід передусім спрямований на об'єктивний судовий перегляд і тому застосовується в системах, які зосереджуються на об'єктивному юридичному аналізі (на противагу судовому перегляду на основі суб'єктивних прав, тобто німецькому підходу) [8].

У процесі запровадження адміністративного судочинства в Україні значною мірою був використаний досвід Німеччини.

Разом з тим чинне законодавство Німеччини має свої відмінності. Так, наприклад, відповідно до абз. 4 § 19 Основного Закону Німеччини будь-який акт державної влади підлягає повному судовому контролю.

У частині першій § 114 Положення про адміністративні суди міститься опис меж повноважень судів при перевірці рішень, прийнятих адміністративним органом на основі розсуду: якщо адміністративний орган повноважний здійснювати діяльність на власний розсуд, то суд також перевіряє, чи є адміністративний акт або відмова від його видання протиправними з тієї причини, що було перевищено встановлені законом межі розсуду, чи право на вільний розсуд було здійснено у формі, яка не відповідає меті наданих повноважень.

У діяльності судів Німеччини перевіряються такі обставини, які виникають при виконанні публічною адміністрацією владних управлінських функцій: 1) перевищення меж вільного розсуду; 2) незастосування вільного розсуду, коли це було потрібно за законом; 3) помилкове застосування розсуду (коли адміністративний орган не керується цілями наданого повноваження чи виходить у процесі прийняття рішення з обставин, що не стосуються справи); 4) порушення основних прав і загальних конституційних принципів при прийнятті акта, зокрема, у межах розсуду (насамперед принципу пропорційності).

Як свідчить судова практика Німеччини, лише в деяких виняткових випадках судовому контролю не підлягає вільний вибір адміністративними органами своїх оцінок, а саме: 1) рішення екзаменаційного характеру (випускні іспити у школі, державні іспити тощо) і близькі до них; 2) надання характеристик державним службовцям з боку їх керівників; 3) рішення оціночного характеру органів, до складу яких входять особливі експерти чи представники інтересів різних суспільних груп; 4) рішення-прогнози чи оцінки ризиків, передусім у сферах екологічного і економічного права; 5) рішення адміністративно-політичного характеру. У Німеччині здійснення дискреції обмежується здійсненням розсуду щодо юридичних наслідків.

Подібний підхід до меж судового контролю у Великій Британії. Повноваження суду у сфері публічного права здійснюються або через виконання законного права на подачу апеляції, або через право суду на судовий перегляд. В загальному, суд відхилить рішення виконавчої влади лише тоді, коли мала місце правова помилка. Така помилка може полягати в неправильному тлумаченні закону, в неналежній процедурі прийняття рішення, у невмотивованості рішення або коли при здійсненні дискреційних повноважень спосіб здійснення повноважень був незіставним з метою, якої хотіли досягти. Як зазначає Генрі Брук (Президент Фонду Європейського права лорда Слінна), суд повинен пам'ятати, що саме виконавча влада, а не суд, приймає рішення. Він не відхилить рішення лише через те, що не погоджується з ним [14].

У французькій адміністративно-правовій доктрині при перегляді рішень адміністрації діє принцип «*Juger l'administration c'est encore administrer*» – тобто «судити адміністрацію означає здійснення адміністративної діяльності». Коментуючи цей принцип, французькі вчені-адміністративісти зазначають: «Персонал

адміністративної юстиції вправі консультиватися з апаратом управління; суддя і адміністрація разом сприяють найкращій реалізації поточної управлінської діяльності» [15].

Предметом перегляду адміністративного трибуналу (суду) є і правозастосовна діяльність державного апарату, і нормативні акти, які приймають адміністративні органи і посадові особи всіх рівнів, у тому числі і Президент Франції.

Акт управління може бути визнаний судом неправомірним (межі судової перевірки) у випадку: некомпетентності, яка має вияв передусім у прийнятті акта не тим органом, який повинен був його прийняти; в порушення повноважень законодавчої і судової влади шляхом втручання у сферу їхніх повноважень, узурпації влади; порушення закону; незаконності або відсутності мотивів; незаконності мети у формі перевищення влади (зловживання владою); порушення форми або процедури прийняття адміністративного акта. Проте суддя у випадку визнання дій адміністрації незаконними не може зобов'язати вчинити її певні дії. Так, суддя може скасувати адміністративне рішення, оштрафувати винну особу, призначити компенсацію, але не може зобов'язати адміністрацію поновити особу у посаді, звільнити будинок тощо. Французька доктрина щодо дискреції не обмежується рівнем юридичних наслідків (але включає рівень юридичних фактів).

Так, американські юристи протягом тривалого часу вели диспути між прихильниками повного розгляду судом адміністративної справи «з нуля» і прихильниками, які вважали, що суд у даному випадку повинен здійснювати обмежений контроль, суть якого у перевірці лише юридичної сторони справи.

У 1912 році Верховний суд США, переглядаючи справу *Interstate Commission v. Union Pacific R.R.* щодо наказу Комісії міжштатної торгівлі про зниження залізничного тарифу, сформулював відомі принципові положення щодо межі перевірки судом адміністративного рішення: «Суд не повинен розглядати питання про доцільність наказу або про те, постановив би він подібне рішення на підставі аналогічних свідчень... Федеральний Закон про адміністративну процедуру від 1946 року остаточно визначив межі судового контролю за адміністрацією. Закон уповноважив суди перевіряти як формальну сторону справи (порушення встановлених правовими нормами процедур), так і матеріальну сторону (порушення норм матеріального права, порушення законодавства щодо прав і обов'язків приватних осіб і винесення рішень, не обґрунтованих фактами). Так, у § 706 п'ятого розділу Зводу законів вказується декілька підстав, за якими суд може визнати адміністративні дії, рішення чи висновки незаконними і скасувати їх: 1) якщо вони мимовільні, випадкові, являють собою зловживання дискреційною владою або іншим чином не відповідають закону; 2) якщо вони порушують конституційні права, повноваження, привілеї чи імунітети; 3) якщо установа порушила встановлену законом компетенцію тощо; 4) якщо установа не дотрималася встановленої процедури; 5) якщо дія, рішення чи висновки не ґрунтуються на суттєвих доказах; 6) якщо рішення не обґрунтовується фактами у тому ступені, що факти підлягають розгляду знову судом, який буде переглядати справу [16]. Фактично це встановлює правило, за яким суд скасовує

адміністративний акт у випадку: якщо адміністративний орган перевищив свої повноваження або якщо він діє у межах повноважень, але неправильно застосовує норму права.

Судовий контроль за законністю адміністративної діяльності є однією з найбільш важливих гарантій прав людини. Його критеріями слугують прямо встановлені у правових нормах правила та вимоги, що випливають із правових принципів і норм законодавства, які встановлюють межі реалізації повноважень органів виконавчої влади та їх посадових осіб (у тому числі дискреційних).

КАС України не містить чітких положень, якими повинні керуватися суди, під час визначення меж судової перевірки.

Під час визначення меж такої перевірки суди керуються як міжнародними стандартами обмеження дискреційних повноважень, передбаченими рекомендаціями Комітету Міністрів Ради Європи, документами Венеційської комісії, рішеннями Європейського суду, так і нормами частини першої ст. 2 КАС України [17], відповідно до якої завданням адміністративного судочинства в Україні є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів у сфері публічно-правових відносин з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень [17]. Тобто адміністративне судочинство є одним з ефективних способів зобов'язати орган виконавчої влади (посадову особу) вчинити певні дії або утриматись від них, замість довготривалого та безрезультатного листування та оскарження.

Адміністративний суд, перевіряючи рішення, дію чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень на відповідність закріплені частиною другою ст. 2 КАС України критеріям, не втручається у дискрецію (вільний розсуд) суб'єкта владних повноважень, не ставить своїм завданням підняти компетентні національні органи.

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;
- 4) безсторонньо (неупереджено);
- 5) добросовісно;
- 6) розсудливо;
- 7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації;
- 8) пропорційно;
- 9) з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення;
- 10) своєчасно, тобто протягом розумного строку.

Враховуючи наведене вище, можна погодитись з думкою українських науковців щодо послідовності та переліку з'ясування питань, які виникають під час розгляду відповідної категорії справ:

1. Чи були наявні у суб'єкта владних повноважень дискреційні повноваження під час прийняття рішення. Чи не було це дискреційне повноваження абсолютним.

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 діяв орган 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; необ'єктивним або явно несправедливим [8].

2. Чи діяв суб'єкт владних повноважень відповідно до частини другої ст. 2 КАС України, забезпечуючи якість прийнятого рішення (у межах, наданих йому нормативним актом, та у спосіб, визначений законом, обґрунтовано, добросовісно, розсудливо, безсторонньо, пропорційно, з дотриманням принципу рівності перед законом).

3. Чи діяв суб'єкт владних повноважень відповідно до частини другої ст. 2 КАС України, забезпечуючи дотримання процедурних гарантій (з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення, своєчасно, тобто протягом розумного строку тощо).

*Резолюція* Комітету Міністрів Ради Європи (77) 31 *про захист особи стосовно актів адміністративної влади* 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).

4. Чи діяв адміністративний орган з легітимною метою.

У частині четвертій ст. 245 КАС України визначено, що у випадку, визначеному п. 4 частини другої цієї статті, суд може зобов'язати відповідача – суб'єкта владних повноважень прийняти рішення на користь позивача, якщо для його прийняття виконано всі умови, визначені законом, і прийняття такого рішення не передбачає права суб'єкта владних повноважень діяти на власний розсуд.

У випадку, якщо прийняття рішення на користь позивача передбачає право суб'єкта владних повноважень діяти на власний розсуд, суд зобов'язує суб'єкта владних повноважень вирішити питання, щодо якого звернувся позивач, з урахуванням його правової оцінки, наданої судом у рішенні.

За приписами вказаної правової норми слідує, що у разі якщо суб'єкт владних повноважень використав надане йому законом право на прийняття певного рішення за наслідками розгляду звернення особи, але останнє визнане судом протиправним з огляду на його невідповідність чинному законодавству, при цьому суб'єктом звернення дотримано усіх визначених законом умов, то суд вправі зобов'язати суб'єкта владних повноважень прийняти певне рішення.

Якщо ж таким суб'єктом на момент прийняття рішення не перевірено дотримання суб'єктом звернення усіх визначених законом умов або при прийнятті такого рішення суб'єкт дійсно має дискреційні повноваження, то суд повинен зобов'язати суб'єкта владних повноважень до прийняття рішення з урахуванням оцінки суду.

Отже, критеріями, які впливають на обрання судом способу захисту прав особи в межах вимог про зобов'язання суб'єкта владних повноважень вчинити певні дії, є встановлення судом додержання суб'єктом звернення усіх передбачених законом умов для отримання позитивного результату та наявність у суб'єкта владних повноважень права діяти при прийнятті рішення на власний розсуд.

Такий підхід, встановлений процесуальним законодавством, є прийнятним не тільки при розгляді вимог про протиправну бездіяльність суб'єкта владних повноважень, але й у випадку розгляду вимог про зобов'язання вчинити дії після скасування його адміністративного акта.

Тобто адміністративний суд не обмежений у виборі способів відновлення права особи, порушеного владними суб'єктами, і вправі обрати найбільш ефективний спосіб відновлення порушеного права, який відповідає характеру такого порушення з урахуванням обставин конкретної справи. Перебирання непритаманних суду повноважень державного органу не відбувається за відсутності обставин для застосування дискреції.

Спосіб відновлення порушеного права має бути ефективним і таким, який виключає подальші протиправні рішення, дії чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень, а у випадку невиконання або неналежного виконання рішення не виникала б необхідність повторного звернення до суду, а здійснювалося примусове виконання рішення. Вказана правова позиція викладена в постанові Верховного Суду України від 16 вересня 2015 року у справі № 21-1465a15.

На сьогодні суди України при розгляді адміністративних справ різних категорій (зі спорів з приводу забезпечення юстиції; виконавчої служби та виконавчого провадження, з приводу забезпечення громадського порядку та безпеки, забезпечення права особи на звернення до органів державної влади, та посадових і службових осіб цих органів, справ зі спорів з відносин публічної служби, дорожнього руху, транспорту та перевезення пасажирів та інших) приймають судові рішення, які використовують поняття «дискреційні повноваження» адміністративних органів із посиланням на Рекомендацію № R(80)2 Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 щодо здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийняту Комітетом Міністрів 11 березня 1980 року.

У судовій практиці (наприклад, постанова Верховного Суду від 11.09.2019 у справі № 819/570/18) сформовано позицію щодо поняття дискреційних повноважень, під якими слід розуміти такі повноваження, коли у межах, які визначені законом, адміністративний орган має можливість самостійно (на власний розсуд) обирати один з кількох варіантів конкретного правомірного рішення.

Водночас повноваження державних органів не є дискреційними, коли є лише один правомірний та законно обґрунтований варіант поведінки суб'єкта владних

повноважень. Тобто у разі настання визначених законодавством умов відповідач зобов'язаний вчинити конкретні дії і, якщо він їх не вчиняє, його можна зобов'язати до цього в судовому порядку.

**Висновки.** Таким чином, якщо за певних умов суб'єкт владних повноважень має лише один законний спосіб дії, такі повноваження не є дискреційними, а особа, якої стосується це рішення суб'єкта владних повноважень (чи найчастіше – бездіяльність), має право просити суд прямо зобов'язати суб'єкта владних повноважень вчинити конкретну дію чи прийняти рішення.

Отже, не будь-які повноваження органів влади з ухвалення рішень є дискреційними. Дискреція діє тільки у разі, коли у рамках закону державний орган може приймати різні рішення.

Таким чином, функціонування органів публічної влади та реалізація ними адміністративного розсуду має бути предметом досить жорсткого нормативного регулювання та внутрішньо-адміністративного контролю.

Міжнародні стандарти обмеження дискреційних повноважень суб'єктів владних повноважень можна розширити за рахунок додаткових процедурних гарантій прозорості та відкритості, що мають на меті забезпечення не тільки формулювання суті остаточного рішення в конкретній справі, а й дотримання належних стандартів у процесі прийняття такого рішення.

## Перелік використаних джерел

1. *Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 1998. Т. 2. 741 с.*
2. *Грінь А. А. Дискреційні повноваження органів виконавчої влади України та їх реалізація: дис. ... канд. юрид. наук (доктора філософії) за спец. 12.00.07 – Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право / Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України. Київ, 2019.*
3. *Усмотрение. Русско-английский словарь / под общ. руководством А. И. Смирницкого: URL: <http://www.classes.ru/dictionary-russian-english-Smirnitsky-term-47953.htm>*
4. *Лагода О. Основні помилки у застосуванні дискреційних повноважень посадовими особами адміністративних органів. Право України: юридичний журнал. 2009. № 3. С. 86–89.*
5. *Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи: наказ Міністерства юстиції України від 23 червня 2010 року. № 1380 (зі змін. та доповн.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1380323-10#Text>*
6. *Бевзенко В. М., Панова Г. В. Сутність та підстави втручання адміністративного суду у розсуд суб'єкта публічної адміністрації. Київ: Дакор, 2018. 232 с.*
7. *Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією /*

Касаційний адміністративний суд. Офіційний веб-сайт Верховного Суду. 01.03.2018. URL: [https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro\\_sud/naukovi\\_visnovki/nauk\\_visnovok\\_01\\_03\\_2018\\_](https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/naukovi_visnovki/nauk_visnovok_01_03_2018_)

8. Целлер Е., Куйбіда Р., Мельник Р. Дискреція адміністративних органів і судовий контроль за її реалізацією: звіт (проект). Вересень, 2020. 54 с. / проект Право-Justice. URL: [https://court.gov.ua/userfiles/media/new\\_folder\\_for\\_uploads/sud4857/zvit\\_dyskreciia.pdf](https://court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/sud4857/zvit_dyskreciia.pdf)

9. Харенко О. В. Адміністративний розсуд у діяльності суб'єктів публічного адміністрування. Часопис Київського університету права. 2018. № 3. С. 119–124.

10. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т. / редкол.: В. Б. Авер'янов (голова) та ін. Київ: Юрид. думка, 2004. Т. 1: Загальна частина. 584 с.

11. Рішення Європейського суду з прав людини «Волохи проти України» (заява № 23543/02). URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_138](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_138)

12. Веніславський Ф. Спеціально-дозвільний принцип у конституційно-правовому регулюванні. Вісник Академії правових наук України. 2009. № 2. С. 57–67.

13. Цвіркун Ю. І. Щодо втручання адміністративного суду у розсуд колегіальних суб'єктів публічної адміністрації. Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр. Вип. 82 / редкол.: В. В. Завальнюк (голов. ред.) та ін. Одеса: Гельветика, 2019. С. 261–272.

14. Англійська система правосуддя: зб. док. / підготовлено Генрі Бруком для семінарів, що проводилися для суддів Верховного Суду України 9 та 11 лютого 2011 р. Фонд європейського права лорда Слінна. 31 с. URL: <https://slynn-foundation.org/wp-content/uploads/2014/07/The-English-system-of-justice-Ukrainian-judiciary-seminars-Ukrainian-version.pdf>

15. Гончаренко О. В. Судовий контроль за адміністративними органами: зарубіжний досвід. URL: <http://www.vru.gov.ua/Docs/a290909.pdf>

16. Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты. Москва: Прогресс. 1993. С. 246–257.

17. Кодекс адміністративного судочинства України (зі змін. та доповн.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (дата звернення: 24.02.2021).

## References

1. Legal encyclopedia: in 6 volumes / editor: Yu. S. Shemshuchenko (chairman of the editor) and others. Kyiv: Ukr. encyclical., 1998. Т. 2. 741 p. [ukr.]

2. Grin A. A. Discretionary powers of the executive authorities of Ukraine and their implementation: Dissertation for the degree of Candidate of Law (Doctor of Philosophy) in the specialty 12.00.07 – Administrative law and process; finance law; information law / V. M. Koretsky Institute of State and Law of the National Academy of Sciences of Ukraine, Kyiv: 2019. [ukr.]

3. *Discretion. Russian-English dictionary / under common. led by A. I. Smirnitsky: URL: <http://www.classes.ru/dictionary-russian-english-Smirnitsky-term-47953.htm> (access date: 05.08.2017). [ukr.]*
4. *Lagoda O. The main mistakes in the application of discretionary powers by officials of administrative bodies. Law of Ukraine. Legal journal. 2009. № 3. P. 86–89. [ukr.]*
5. *On approval of the Methodology for conducting anti-corruption expertise. Order of the Ministry of Justice of Ukraine of 23 June 2010. № 1380/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1380323-10#Text> [ukr.]*
6. *Bevzenko V. M., Panova G. V. The essence and grounds for the intervention of the administrative court in the discretion of the subject of public administration. Kyiv: Dakor, 2018. 232 p. [ukr.]*
7. *Scientific opinion on the international discretion of the subject of power and judicial control over its implementation / Administrative Court of Cassation. Official website of the Supreme Court. 01.03.2018. URL: [https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro\\_sud/naukovi\\_visnovki/nauk\\_visnovok\\_01\\_03\\_2018](https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/naukovi_visnovki/nauk_visnovok_01_03_2018) [ukr.]*
8. *Edith Zeller, Roman Kuybida, Roman Melnyk. Discretion of administrative bodies and judicial control over its implementation: report (project) ..September, 2020. 54 p. Pravo-Justice. URL: [https://court.gov.ua/userfiles/media/new\\_folder\\_for\\_uploads/sud4857/zvit\\_dyskrecciia.pdf](https://court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/sud4857/zvit_dyskrecciia.pdf). [ukr.]*
9. *Kharenko O. V. Administrative discretion in the activities of public administration. Journal of Kyiv University of Law. 2018. № 3. P. 119–124. [ukr.]*
10. *Administrative law of Ukraine. Academic course: textbook V. B. Averyanov (chairman) and others. Kyiv: Jurid. Opinion 2004. General part 584 p. p. [ukr.]*
11. *The case of the European Court of Human Rights Volokhs v. Ukraine (№ 23543 / 02). URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_138](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_138) [ukr.]*
12. *Venislavsky F. Special-permitting principle in the constitutional and legal regulation. Magazine of the Academy of Legal Sciences of Ukraine. 2009. № 2. P. 57–67. [ukr.]*
13. *Tsvirkun Y. I. REGARDING THE INTERFERENCE OF THE ADMINISTRATIVE COURT IN THE JUDGMENT OF COLLEGIAL SUBJECTS OF THE PUBLIC ADMINISTRATION. Actual problems of the state and law: zb. Science. etc. Vip. 82 / editor: VV Zavalnyuk (editor in chief) and others. Odessa: Helvetika, 2019. P. 261–272 [ukr.]*
14. *English justice system: Coll. dock. / prepared by Henry Brooke for seminars held for judges of the Supreme Court of Ukraine on 9 and 11 February 2011. Lord Slynn European Law Foundation. 31 p. URL: <https://slynn-foundation.org/wp-content/uploads/2014/07/The-English-system-of-justice-Ukrainian-judiciary-seminars-Ukrainian-version.pdf> [ukr.]*
15. *Goncharenko A. V. Judicial control over administrative bodies: foreign experience. URL: <http://www.vru.gov.ua/Docs/a290909.pdf> [ukr.]*

16. *The United States of America. Constitution and legislation. Moscow: Progress. 1993. P. 246–257. [russ.]*

17. *Code of Administrative Procedure of Ukraine. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (appeal date: 24.02.2021) [ukr.]*

### **ГУБСЬКА О. Особливості реалізації дискреційних повноважень суб'єктами владних повноважень та вибору судами способу захисту під час здійснення адміністративного судочинства.**

Стаття присвячена дослідженню дискреційних повноважень суб'єктів владних повноважень та вибору судом способу захисту порушених прав. Розглядається поняття дискреції (розсуду), класифікація, межі, історія виникнення поняття дискреційних повноважень та закріплення цього поняття не тільки в національному законодавстві, але й в міжнародних документах.

Автор стверджує, що не будь-які повноваження органів влади з ухвалення рішень є дискреційними. Дискреція діє тільки тоді, коли у рамках закону державний орган може самостійно (на власний розсуд) обирати один з кількох варіантів конкретного правомірного рішення.

Суд не може перевищити межі свого втручання, однак це втручання має бути ефективним і достатнім для забезпечення виконання завдань адміністративного судочинства та перевірки рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень на відповідність закріпленим у ст. 2 КАС України критеріям.

**Ключові слова:** дискреція, дискреційні повноваження, межі застосування, судовий контроль, перевищення повноважень

### **ГУБСКАЯ Е. Особенности реализации дискреционных полномочий субъектами властных полномочий и выбора судами способа защиты при осуществлении административного судопроизводства.**

Статья посвящена исследованию дискреционных полномочий субъекта властных полномочий и выбора судом способа защиты нарушенных прав. Рассматривается понятие дискреции (усмотрения), классификация, пределы, история возникновения понятия дискреционных полномочий и закрепления этого понятия не только в национальном законодательстве, а и в международных документах.

Автор утверждает, что не любые полномочия органов власти по принятию решений являются дискреционными. Дискреция действует только в случае, когда в рамках закона государственный орган может самостоятельно (по собственному усмотрению) выбирать один с нескольких вариантов конкретного правомерного решения.

Суд не может превысить пределы своего вмешательства, но это вмешательство должно быть эффективным и достаточным для обеспечения выполнения задач административного судопроизводства и проверки решений, действий и бездействий

субъекта властных полномочий на соответствие закрепленным в ст. 2 КАС Украины критериям.

**Ключевые слова:** дискреция, дискреционные полномочия, границы применения, судебный контроль, превышение полномочий.

**GUBSKA O. Features of the implementation of discretionary powers by subjects of power and courts of the method of protection during administrative proceedings.**

This article aims to the study of discretionary powers of subjects of power and the court of the method of protection during administrative proceedings. The article presents the concept of discretion, framework, the history of the emergence of the concept of discretionary powers and the consolidation of this concept not only in domestic legislation but also in international instrument.

The author claims that not all decision-making powers of the authorities are discretionary. Discretion is valid only when, within the framework of the law, a state body can independently ( at its own discretion ) choose one of several options for a specific legal decision. At the same time, the powers of state bodies are not discretionary, when there is only one lawful and legally justified variant of behavior of the subject of power.

It was noted that discretionary powers should be limited by the current legislations. Their unjustified expansion will contribute to illegal decisions, increase various negative phenomena, including abuse of power.

The article analyzes the numerical practice of the European Court of Human Rights, which enshrines the principle of prohibiting the intervention of the judiciary in the discretion of state authorities and substituting themselves for these bodies by making decisions on cases of legal entities or individuals. At the same time, it is emphasized that the Code of Administrative Judicial Procedure does not contain clear provisions that should guide the courts in determining the limits of judicial discretion. However, the court must be guided by the rules of substantive and procedural law, the principle of the rule of law. On one side, the court cannot exceed the limits of its intervention, but on the other side, its intervention must be effective and sufficient to ensure the implementation of the tasks of administrative proceeding and review of decision, action or inaction of the subject of power in accordance with the criteria of the Code of Administrative Judicial Procedure of Ukraine (section 2). Establishing the fact that the subject of power has the right to act in deciding at its discretion and compliance with the subject of the application of all the conditions prescribed by law to obtain a positive result affects the method chosen by court to protect individual rights.

**Keywords:** discretion, discretionary powers, limits of application, judicial control, exceeding of authority.