

3. «Про наукову і науково-технічну діяльність». Закон України. № 848-VIII від 26.11.2015 р. Відомості Верховної Ради України від 15.01.2016. 2016 р., № 3, с. 5, ст. 25.

4. Загородній А.Г. «Міжнародне співробітництво НАН України з європейськими дослідницькими структурами». Електронний ресурс. Режим доступу: ftp://ftp.nas.gov.ua/akademperiodyka/Downloads/Visnyk_NANU/downloads/PDF_Visn_5-2016/Visn_5-2016+Zagorodny.pdf

5. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 22 липня 2016 р. №504-р «Про створення Національного репозитарію академічних текстів». Урядовий кур'єр від 2.08.2016 р. № 143.

6. Постанова Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2016 року № 556 «Про внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 7 вересня 2011 р. № 942» Офіційний вісник України від 06.09.2016. 2016 р., № 68, с. 121, ст. 2303, код акту 82960/2016.

УДК 342.2

АДМІНІСТРАТИВНИЙ РОЗСУД: ПОНЯТТЯ ТА РОЗМЕЖУВАННЯ ІЗ СУДОВИМ РОЗСУДОМ

ADMINISTRATIVE DISCRETION: CONCEPT AND SEPARATION OF JUDICIAL DISCRETION

Пуделька Йорг,

Голова представництва GIZ у Казахстані та Туркменістані,
суддя адміністративного суду м. Берлін (Німеччина)

У статті зроблено спробу визначити дефініцію поняття «адміністративний розсуд», а також окреслено основні помилки суб'єктів управління під час реалізації права на розсуд. Останні виокремлено із тим, щоб наголосити, що судовий контроль щодо реалізації адміністративним органом права діяти на свій розсуд має відбуватися винятково з питань наявності чи відсутності таких помилок.

Ключові слова: адміністративний розсуд, судовий розсуд, помилки розсуду.

В статье сделана попытка определить дефиницию понятия «административное усмотрение», а также обозначены основные ошибки субъектов управления при реализации права на усмотрение. Последние выделены с тем, чтобы подчеркнуть, что судебный контроль относительно реализации административным органом права действовать по своему усмотрению должен происходить исключительно по вопросам наличия или отсутствия таких ошибок.

Ключевые слова: административное усмотрение, судебное усмотрение, ошибки усмотрения.

This article attempts to determine the definition of the term “administrative discretion” and outlined the main errors involving actors in the management of the right to own. Recently singled out in order to emphasize that the judicial review regarding implementation of the administrative authority to act on your own should occur only on the presence or absence of errors.

Key words: administrative discretion, judicial discretion, errors of appreciation.

Постановка проблеми. Поняття розсуду є одним із центральних в адміністративному праві. Якщо якась норма права надає органу управління право діяти на свій розсуд (іншими словами, наділяє дискреційними повноваженнями), то це означає, що цей орган має певний діапазон можливостей для самостійного прийняття рішень, що можуть бути перевірені судом в обмеженому обсязі.

Стан дослідження. У статті йдеться про розмежування адміністративного та судового розсуду. Основи розмежування цих питань містяться у таких нормативно-правових актах Німеччини, як Закон про адміністративні процедури та Адміністративно-процесуальний кодекс, але це питання потребує окремої уваги. Саме тому метою статті є подальше вивчення розбіжностей між визначеннями.

Вклад основного матеріалу. Розсуд може стосуватися «вчинення або невчинення якоїсь дії» (нім. – Entschließungsermessen) або торкатися питання «яким чином», тобто питання щодо заходів, за допомогою яких має реагувати орган на поведінку чи діяльність конкретного суб'єкта. Йдеться про ситуацію, коли орган може обрати захід чи адресата з декількох представлених (нім. – Auswahlermessen).

Відповідь на питання, чи уповноважує норма орган управління діяти на свій розсуд, потрібно шукати у самій нормі. У переважній більшості вживані в її тексті формулювання (такі як «може», «має право», «зобов'язаний») дають змогу отримати таку відповідь. Рідше для відповіді необхідно звернутися до тлумачення норми.

Приклад: відповідно до §7 частини 1 речення першого Закону про порядок вручення документів, що

направляються адміністративними органами (нім. – Verwaltungszustellungsgesetz), документи можуть бути направлені особі, що уповноважена в цілому чи у визначених питаннях. Отже, органу управління надано право діяти на свій розсуд, але у встановлених межах – він вправі визначити, направляти документи уповноваженій особі або безпосередньо адресату адміністративного акта.

Але у реченні другому цього ж припису передбачено, що документи направляються уповноваженій особі, якщо вона надала письмову довіреність. Тепер орган не може діяти на власний розсуд; щоби вручення стало легітимним і розпочався відлік відповідних строків (приміром, строків на оскарження), він має направити документ уповноваженій особі.

Закріплення за органом управління права діяти на свій розсуд не означає, що він може робити все, що завгодно. Згідно з §40 Закону про адміністративні процедури Федеративної Республіки Німеччина (далі – ЗАП) такий орган зобов'язаний реалізувати це право тільки відповідно до мети, з якою його уповноважено на розсуд, та з дотриманням встановлених законом меж [1].

Якщо орган управління не усвідомлює, що він вправі діяти на свій розсуд, то має місце помилка (так зване «помилкове незастосування розсуду»), допущення якої робить адміністративний акт протиправним і може призвести до його скасування в межах відомчого оскарження або позовного провадження.

Якщо орган управління усвідомлює, що він вправі діяти на свій розсуд, але застосовує цю можливість без урахування мети, з якою вона надана, керуючись міркуваннями, що не мають стосунку до справи, і не бере до уваги

обставин справи чи невірно оцінює їх пріоритетність, то має місце так зване «неправильне застосування розсуду». Ця помилка так само призводить до визнання акта протиправним та до ймовірного його скасування.

Адміністративний акт є також протиправним, якщо орган управління перевищує встановлені законом межі розсуду, «діє невідповідно». Така помилка застосування розсуду прямо описана у §40 ЗАП [1]. Вона має місце, коли орган вживає заходу, не згаданого серед тих, що нормативно закріплені. Іншими словами, захід знаходиться поза межами норми. Наприклад, закон визначає можливість застосувати штраф до особи у розмірі від 100 до 500 євро, а суб'єкт влади ухвалює рішення про накладення штрафу 600 євро. Подібне рішення не тільки протиправне, а й недоцільне.

За умов уникнення наведених помилок орган управління приймає на свій розсуд правомірний акт. Хоча це не означає, що останній є доцільним. Питання щодо його (акта) доцільності може бути розв'язано у межах відомчої процедури, а не у межах судового провадження.

Трапляється так, що норма права закріплює за суб'єктом управління можливість діяти на свій розсуд. Але за конкретних обставин суб'єкт здатен на прийняття тільки одного правильного рішення. За таких умов говорять про «зведення розсуду до нуля» (нім. – Ermessensreduktion auf Null). Зазвичай визначальними тут стають блага вищого рангу. Так, за законом поліція завжди діє на свій розсуд, розмірковуючи, чи повинна вона з метою попередження загроз для громадської безпеки та порядку вчинити якісь дії, коли це зробити та щодо кого. Однак за наявності очевидних загроз для охоронюваних правових благ розсуд поліції може бути зведений до нуля, а невиконання необхідних дій вважатиметься дискреційною помилкою.

Розсуд органу управління (адміністративний розсуд) слід відрізнити від так званого судового розсуду. Останній пов'язаний із повноваженнями судді керувати судовим процесом, наприклад, встановлювати строки у підготовчому провадженні, визначати «обов'язки сприяння» для сторін, вживати заходів попереднього правового захисту охоронюваних благ тощо. Все це ілюструє реалізацію принципу незалежності судді і навіть не може порівнюватися із розсудом адміністративним, застосування якого як раз підлягає перевірці з боку суду.

Помилки розсуду. Якщо правова основа надає адміністративному органу право на розсуд, то рішення органу може бути перевірено на предмет правильного застосування розсуду.

Відповідно до §40 ЗАП адміністративний орган зобов'язаний застосовувати розсуд із метою, з якою право на розсуд надано, та дотримуватися при цьому встановлених меж розсуду. Згідно з §39 частини 1 речення третього ЗАП суттєві аспекти, якими має керуватися орган під час застосування розсуду, повинні бути відображені в обґрунтуванні адміністративного акта [1].

Правильне застосування розсуду може бути перевірено самим адміністративним органом або вищим органом у разі досудового оскарження. І сам адміністративний орган, і вищий орган вправі інакше оцінити доцільність акта й ухвалити нове рішення, навіть якщо сумніви щодо правомірності первісно прийнятого акта відсутні. Адже під час досудового оскарження відбувається нова, самостійна оцінка доцільності дій органу виконавчої влади. Це не призводить до виникнення проблем «захисту довіри», оскільки заявник сам, через подання скарги створює перепони для вступу акта у законну силу.

Адміністративний суд внаслідок дії принципу поділу влади вправі перевіряти лише правомірність дій виконавчої влади; доцільність її рішень не може бути предметом судової перевірки. Тому перевірка дискреційних рішень судом згідно з §114 реченням першим Адміністративно-процесуального кодексу Німеччини обмежується

з'ясуванням питань, чи є адміністративний акт, відмова у його виданні чи його невидання правомірними [2]. Це означає, що у суді може бути заявлено вимоги лише щодо перевірки наявності таких «помилки розсуду», як: А. Незастосування розсуду.

Якщо закон надає органу право на розсуд, то це означає, що орган зобов'язаний застосувати розсуд. Помилка розсуду у цьому разі може бути зумовлена тим, що адміністративний орган взагалі не усвідомлює, що йому надано право на розсуд, або усвідомлює це, але помилково вважає, що не зобов'язаний вдаватися до розсуду. За наявності сумнівів адміністративний орган має довести, що він застосував розсуд.

Приклад: закон надає адміністративному органу право діяти на свій розсуд щодо попередження небезпеки. Незастосування розсуду має місце, коли орган взагалі не усвідомлює, що право на розсуд йому надано, а виходить з того, що у законі повинно бути чітке правило («завжди, коли є небезпека, він зобов'язаний діяти»). Однак незастосування вбачається також і тоді, коли адміністративний орган усвідомлює закріплення за ним права діяти на свій розсуд, але помилково вважає, що його розсуд у цьому разі зведений до нуля; значить, у нього залишається лише єдина можливість правомірно діяти. Отже, орган приймає не дискреційне, а обов'язкове рішення, що не відповідає нормативним приписам про його повноваження.

Б. Порушення меж розсуду та принцип відповідності (пропорційності).

Під час застосування розсуду адміністративний орган зобов'язаний дотримуватися законних меж розсуду (§ 40 ЗАП). Вони випливають із Конституції та закріплених в її тексті правових принципів, до яких належить, приміром, принцип відповідності.

Приклад: згідно з Положенням про державне мито (нім. – Gebührenordnung) за отримання певного документу встановлено мито у розмірі до 50 євро. Стягування мита у розмірі 60 євро є порушенням меж розсуду.

Порушення меж розсуду спостерігається у разі недотримання органом принципу відповідності: він обирає інший правовий наслідок, ніж передбачено у законі, або порушує принцип захисту довіри чи порушує основні права.

Принцип відповідності є невід'ємним принципом правової держави. Будь-яке рішення адміністративного органу не може не відповідати меті правової основи, що передбачена законом. При цьому відповідність може бути перевірена шляхом з'ясування:

- а) чи була мета вжиття заходу легітимною;
- б) чи є захід придатним;
- в) чи є захід необхідним;
- г) чи відповідає застосування заходу вимозі пропорційності.

Легітимною визнається мета, що відповідає сутності та меті надання адміністративному органу права на розсуд.

Приклад: згідно із законом поліція задля попередження небезпеки може вживати заходів щодо встановлення особи. Якщо проведення демонстрації супроводжується насильницькими діями і поліція вважає за необхідне встановити особу певних демонстрантів, то під час їх відбору вона (поліція) повинна виходити з мети надання такого розсуду. Очевидно, що метою в цій ситуації є швидке, безпечне та ефективне попередження небезпеки.

Але поліцейський спочатку намагається встановити особу привабливої жінки, бо хоче побачити її знову, замість того, щоб застосувати відповідні заходи щодо менш привабливого порушника. Отже, діяльність представника влади є неправомірною: він керується приватним інтересом, його мета не пов'язана із метою надання права на розсуд.

Захід, що вживається адміністративним органом з легітимною метою, має бути придатним для досягнення цієї

мети. Придатним вважають захід, який здатен хоча би підтримати мету, що переслідується.

Приклад: прицільний постріл поліцейського, що влучив у руку крадія, є придатним для припинення крадіжки заходом.

Придатний захід повинен бути також необхідним для досягнення мети. Це означає, що не існує більш м'якого заходу, за допомогою якого можна досягнути мети. Більш м'яким вважають захід, застосування якого якнайменше впливає на права особи.

Приклад: для припинення крадіжки залежно від ситуації достатнім може бути суворе усне попередження. Такий захід менше впливатиме на права крадія, ніж постріл, який може потягнути серйозні негативні наслідки. Отже, постріл є придатним, але не є необхідним заходом припинення протиправної поведінки.

Важливо, однак, розуміти, що м'які заходи можуть не привести до сталого бажаного результату. Тут діє правило, відповідно до якого право не повинно поступатися безправності. У разі попередження небезпеки адміністративний орган може обрати захід, придатний для того, щоб безпечно та надійно, швидко та ефективно попередити небезпеку.

Відповідним або «пропорційним» вважають захід, мета застосування якого за своєю значущістю не є неспіврозмірною зі ступенем втручання у права особи. Питання відповідності (пропорційності) вирішується у кожній конкретній ситуації.

Приклад: якщо у ситуації із крадієм за допомогою суворого усного попередження припинити протиправну поведінку не вдається, а інших м'яких заходів не існує, то постріл є необхідним для попередження подальшого посягання на право власності. Разом із тим, постріл не є відповідним (пропорційним) заходом, бо мета, з якою він здійснений, за своєю значущістю є неспіврозмірною зі ступенем втручання у права крадія. Останній може загинути. Подальша крадіжка неможлива. Але втручання у правове благо життя є настільки інтенсивним, що це не може бути визнано пропорційним охоронюваному благу власності. Іншими словами, життя людини завжди більш значуще, ніж охоронювана законом власність.

Невідповідне (непропорційне) рішення є неправомірним. Його ухвалення призводить до припущення помилки розсуду. Адже такі рішення не входять у число тих, серед яких орган може обрати. Внаслідок своєї зв'язаності

правом та законом адміністративний орган вправі діяти тільки правомірно, а тому не може застосовувати невідповідні (непропорційні) заходи. Якщо таке сталося, то орган автоматично виходить за межі наданого йому розсуду (пошує межі розсуду).

В. Неправильне застосування розсуду.

Неправильне застосування розсуду має місце, коли адміністративний орган не зважає на мету, з якою йому надано право на розсуд, і не дотримується процедури застосування відповідного заходу. Це може виявлятися у неповному врахуванні аспектів, які відповідають меті повноваження (дефіцит розсуду), або в тому, що до уваги беруться інші аспекти, які не відповідають меті повноваження (міркування, що не належать до предмета розсуду),

Дефіцит розсуду має місце завжди, коли адміністративний орган не вивчив обставин справи у повному обсязі, а тому не знає про всі факти, які мають суттєве значення для прийняття рішення. Такий дефіцит спостерігається і тоді, коли орган вивчив обставини неналежним чином, внаслідок чого його дії не відповідають сутності норми, що закріплює право на розсуд, або йдуть врозріз із іншими нормами чи принципами права в цілому.

Приклад: якщо дві жінки гучно сперечаються на вулиці вночі, то поліція має право розсуду як щодо заходів, які можуть бути обрані, так і щодо адресата застосування цих заходів. Правильно було би просто припинити спілкування цих двох жінок; кожна з них підвезти додому. Але поліція може прийняти рішення одну з них, більш привабливу, доставити у поліцейське відділення. І таке рішення буде помилковим. Адже привабливість як критерій обрання адресата заходу не відповідає ані меті надання права на розсуд, ані загальним критеріям права. Тут ідеться про свавілля, яке є неприпустимим у діяльності представників влади.

Висновки. Розсуд є необхідним інструментом здійснення ефективної адміністративної діяльності. Без розсуду така діяльність виглядатиме інертною. Адже законодавець не може передбачити всі життєві ситуації, що потребують впливу з боку суб'єктів управління.

Останнім часом лунають думки, що рішення, прийняті на свій розсуд, наражають на корупцію. Такі думки є необґрунтованими. Рішення на свій розсуд підлягають судовому контролю щодо припущення під час їх прийняття помилок, які перелічені вище. Причини корупції інші. Вони специфічні і прямо не пов'язані з реалізацією представниками влади дискреційних повноважень.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Закон об административных процедурах Федеративной Республики Германия: в редакции опубликования от 23 января 2003 г. (по состоянию на 20 ноября 2015 г.) // В кн.: Сборник законов об административных процедурах. – М. : Инфотропик Медиа, 2016. – С. 114–183.

2. Административно-процессуальный кодекс Германии // В кн.: Сборник законодательных актов отдельных государств по административной юстиции. – Алматы : Б. изд., 2013. – С. 243–304.