

Belkin, M., Belkin, L., & Iurynets, Yu. (2024). Ensuring judicial control over the exercise of discretionary authorities by government subjects. *Actual Issues of Modern Science. European Scientific e-Journal*, 28, 120–133. Ostrava. (In Ukr.)

DOI: 10.47451/jur2024-02-01

The paper is published in Crossref, ICI Copernicus, BASE, Zenodo, OpenAIRE, LORY, Academic Resource Index ResearchBib, J-Gate, ISI International Scientific Indexing, ADL, JournalsPedia, Scilit, EBSCO, Mendeley, and WebArchive databases.



Mark Belkin, M.L. Lawyer, Candidate of Law (Ph.D.), Doctoral Student, Department of Constitutional and Administrative Law, National Aviation University. Kyiv, Ukraine.

E-mail: advokat1@etalon.co.ua

ORCID 0000-0003-0805-9923

Leonid Belkin, Lawyer, Candidate of Technical Sciences (Ph.D.), Senior Researcher, Attorney in Private Practice. Kyiv, Ukraine.

E-mail: advokat2@etalon.co.ua

ORCID 0000-0001-8672-8147

Yulia Iurynets, Doctor of Law, Professor, Department of Constitutional and Administrative Law, National Aviation University. Kyiv, Ukraine.

E-mail: advokat3@etalon.co.ua

ORCID 0000-0003-0281-3251

Ensuring Judicial Control over the Exercise of Discretionary Authorities by Government Subjects

Abstract: In the general case, discretionary powers mean the ability of a representative of the authorities to choose a decision option according to his own considerations, without being limited to a clearly defined decision option for a specific situation, that is, to act within certain limits at his own discretion. At the same time, this opportunity is a source of arbitrariness and corruption. Such apologists of the rule of law principle as A.V. Dicey and F.A. Hayek equate discretionary power with arbitrariness. Therefore, the problem of control over the exercise of discretionary powers by subjects of power is relevant. The object of research is discretionary power. The purpose of the study is to find out the rights and possibilities of courts in controlling the exercise of discretionary powers by subjects of power. Research tasks – summarizing the legal positions of courts in controlling the exercise of discretionary powers by government entities. The methodological basis of the article is, first of all, the documentary method, which is based on the study of regulatory legal acts and documents of court cases. The formal legal method became a tool for working out the legal positions of the Supreme Court, which reflect the peculiarities of the protection of individuals against the arbitrary actions of subjects of power in the conditions of legal regulation in Ukraine. The study is based on the works of S.B. Havrysha, O.V. Zaychuka, S. Rose-Ackerman, M.O. Baimuratova, L.M. Belkin and others. The results of the study are a generalization of the legal positions of the Ukrainian Supreme Court regarding judicial control over the exercise of discretionary powers by the subjects of government.

Keywords: subjects of power, discretionary powers, rule of law, arbitrariness, legal positions of courts, judicial control.

Марк Бєлкін, адвокат, кандидат юридичних наук, докторант, кафедра конституційного та адміністративного права, Національний авіаційний університет. Київ, Україна.

ORCID 0000-0003-0805-9923

Леонід Белкін, адвокат, кандидат технічних наук, старший науковий співробітник, адвокат індивідуальної практики. Київ, Україна.

ORCID 0000-0001-8672-8147

Юлія Юринець, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри конституційного та адміністративного права, Національного авіаційного університету, м. Київ, Україна.

ORCID 0000-0003-0281-3251

Забезпечення судового контролю за реалізацією дискреційних повноважень суб'єктами влади

Анотація: В загальному випадку під дискреційними повноваженнями розуміється можливість представникові влади здійснювати вибір варіанта рішення відповідно до власних міркувань, не обмежуючись чітко визначеним варіантом вирішення для конкретної ситуації, тобто діяти у певних межах на власний розсуд. Разом із тим, така можливість є джерелом свавілля та корупції. Такі апологети принципу верховенства права, як А.В. Дайсі та Ф.А. Хайек, ототожнюють дискреційну владу із сваволею. Отже, проблема контролю за реалізацією дискреційних повноважень суб'єктами влади є актуальною. Об'єкт дослідження – дискреційна влада. Мета дослідження – з'ясувати права та можливості судів у контролі за реалізацією дискреційних повноважень суб'єктами влади. Задачі дослідження – узагальнення правових позицій судів у контролі за реалізацією дискреційних повноважень суб'єктами влади. Методологічною основою статті є, насамперед, документальний метод, який базується на дослідженні нормативно-правових актів та документів судових справ. Формально-юридичний метод став інструментом для опрацювання правових позицій Верховного Суду, які відображають особливості захисту осіб проти свавільних дій суб'єктів владних повноважень в умовах правового регулювання в Україні. Дослідження ґрунтується на працях С.Б. Гавриша, О.В. Зайчука, С. Роуз-Аккерман, М.О. Баймуратова, Л.М. Белкіна та ін. Результати дослідження – узагальнення правових позицій українського Верховного Суду щодо судового контролю за реалізацією дискреційних повноважень суб'єктами влади.

Ключові слова: суб'єкти владних повноважень, дискреційні повноваження, верховенство права, свавілля, правові позиції судів, судовий контроль.

Вступ

В загальному випадку під дискреційними повноваженнями розуміється можливість представникові влади здійснювати вибір варіанта рішення відповідно до власних міркувань, не обмежуючись чітко визначеним варіантом вирішення для конкретної ситуації, тобто діяти у певних межах на власний розсуд. Разом із тим, така можливість є джерелом свавілля та корупції. Як зазначається у статті (*Стафик, 2010*), такі апологети принципу верховенства права, як А.В. Дайсі та Ф.А. Хайек, ототожнюють дискреційну владу із сваволею. Відповідно висувуються дві тези:

- 1) посадовий розсуд і правові норми несумісні (там, де допускається розсуд, неможливий контроль за органами влади);
- 2) не врегульоване точними правилами прийняття рішень створює невизначеність у політиці, а це вже різновид сваволі.

Але її формалізація й регламентація, як способи усунення видимості сваволі, спричиняють більш значні витрати для вирішення соціальних проблем. Сучасна

дискреційна влада в розвинених країнах усе більше привертає до себе увагу не лише теоретиків і практиків, а й широких прошарків громадськості, що гостро відчують її небезпеку для громадянських свобод і розкриття творчого потенціалу особистості (Старик, 2010, с. 111-112). У підручнику (Тополевський і Федіна, 2020, с. 140) обмеження дискреційних повноважень (обмеження розсуду) органів влади розглядається як одна із складових принципу верховенства права, слідування якому задекларовано у Конституції України (стаття 8). Отже, проблема контролю за реалізацією дискреційних повноважень суб'єктами влади є актуальною. Об'єкт дослідження — дискреційна влада. Мета дослідження — з'ясувати права та можливості судів у контролі за реалізацією дискреційних повноважень суб'єктами влади. Задачі дослідження — узагальнення правових позицій судів у контролі за реалізацією дискреційних повноважень суб'єктами влади. Методологічною основою статті є, насамперед, документальний метод, який базується на дослідженні нормативно-правових актів та документів судових справ. Формально-юридичний метод став інструментом для опрацювання правових позицій Верховного Суду, які відображають особливості захисту осіб проти свавільних дій суб'єктів владних повноважень в умовах правового регулювання в Україні. Дослідження ґрунтується на працях А.М. Старики (2010), С.Б. Гавриша (2008), О.В. Зайчука (Зайчук і Оніщенко, 2016), С. Роуз-Аккерман (2003), М.О. Баймуратова (2019), Л.М. Бєлкіна (2014), низці статей інших авторів, а також дисертаційних досліджень. Результати дослідження — узагальнення правових позицій українського Верховного Суду щодо судового контролю за реалізацією дискреційних повноважень суб'єктами влади.

Результати

1. *Підходи до визначення сутності дискреційних повноважень.* Питання дискреції як феномена управлінської діяльності органів виконавчої влади є предметом пильної уваги вчених-правознавців, що свідчить про важливість та значущість даного явища для функціонування права, ефективності роботи такої ланки державного механізму, як виконавча влада, для удосконалення правореалізаційної та правозастосовної практики та побудови дійсно демократичної правової держави (Грін, 2014, с. 101). При цьому в науковому середовищі немає єдиної думки щодо необхідності надання суб'єктам владних повноважень дискреційних повноважень. Так, прихильники підсилення ефективності влади, як правило, виступають за розширення дискреційних повноважень, оскільки це, на їхню думку, дозволяє більш ефективно вирішувати конкретні життєві ситуації, адже детальна регламентація при вирішенні конкретних питань «зв'язує руки» виконавцям (Барабаш, 2009; Лагода, 2007; Євсєєв, 2008; Дерев'якін, 2005). Дослідники ж негативних проявів у діяльності влади вказують на дискреційні повноваження як один із головних чинників корупції (Старик, 2010; Гавриш, 2008; Роуз-Аккерман, 2003; Бєлкін, 2014; Резанов, 2014; Логінова, 2015), закликаючи дуже обережно надавати органам влади такі повноваження. Класичною слід визнати сентенцію, запропоновану С. Роуз-Аккерман (2003), відповідно до якої «за відсутністю у будь-кого дискреційної влади корупція була б взагалі неможливою».

У публікації (Адвокатське бюро..., 2017) зазначається, що «дискреційні повноваження — це комплекс прав і зобов'язань представників влади як на державному рівні, так і на

регіональному, у тому числі представників суспільства, яких уповноважили діяти від імені держави чи будь-якого органу місцевого самоврядування, що мають можливість надати повного або часткового визначення і змісту, і виду прийнятого управлінського рішення. Також ця особа може вибирати рішення у передбачених для конкретних ситуацій нормативно-правових актах або схожих документах. Це надає можливість представникові влади здійснювати вибір варіанта рішення відповідно до власних міркувань, не обмежуючись чітко визначеним варіантом вирішення для конкретної ситуації».

При цьому у публікації наголошується, що у даному визначенні йдеться про дії органу державної влади вибирати рішення виключно в межах закону. Практика ж складається дещо по іншому — володар дискреційних повноважень при прийнятті рішення може не дотримуватися відповідного нормативно-правового акту і порушити закон, внаслідок чого буде прийняте невірне рішення. В таких умовах дієвим важелем проти незаконних дій, виконаних з боку влади і здійснених ними в трактуванні дискреційних повноважень, є адміністративний суд (*Адвокатське бюро..., 2017*).

Спроба надати науково вивірене тлумачення ознак дискреційних повноважень органів виконавчої влади здійснене у статті (*Грінь, 2014*). Серед цих ознак визначені:

- 1) охоплені компетенцією особливі права і обов'язки, які є складовою їх правового статусу та визначають місце і роль органів виконавчої влади в державному механізмі;
- 2) волевиявлення, яке своєрідно заповнює нормативний вакуум та долає невизначеність нормативно-правового акту;
- 3) дискреційні повноваження не є абсолютними та мають легальні межі, визначені законом, принципом верховенства права (правовими межами, як правило діє принцип «дозволено те, що закріплено у законі»), «розумним обмеженням» на рівні моралі, суспільних традицій та відповідальністю владного суб'єкта;
- 4) наявність певного ступеню свободи (адміністративного простору) під час здійснення дій та прийняття рішень;
- 5) реалізація дискреційних повноважень здійснюється шляхом застосування адміністративної процедури, що має контрольно-юрисдикційне значення (*Грінь, 2014, с. 106*).

Як зазначає сам автор, запропоноване у статті бачення понять «дискреція», «дискреційні повноваження органів виконавчої влади» не претендує на безспірність і потребує подальшого наукового розвитку та аргументації (*Грінь, 2014, с. 106*).

Нормативні підходи до визначення поняття «дискреційні повноваження» та наслідки неналежного нормативного закріплення «дискреційних повноважень» визначені у Методології проведення антикорупційної експертизи, затвердженій Наказом від 24.04.2017 № 1395/5 Міністерства юстиції України (*2017*). Аналогічної точки зору щодо джерела нормативної визначеності вказаного поняття притримується В.А. Колесник (*2020, с. 145*).

У пункті 1.6 Методології (*2017*) надано наступне визначення поняття «дискреційні повноваження»:

«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 декількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом, проектом нормативно-правового акта».

Судова практика українського Верховного Суду (Касаційного адміністративного суду) свідчить про те, що Суд послуговується цим визначенням поняття «дискреційні повноваження». Таке визначення міститься, наприклад, у пункті 68 Постанови ([Справа № 380/3195/22, 2023](#)) від 16 травня 2023 року у справі № 380/3195/22, адміністративне провадження № К/990/35853/22, Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду.

У пункті 2.1 Методології ([2017](#)) невинуватене встановлення чи надмірне розширення дискреційних повноважень визнане корупційним фактором.

Згідно підпункту 1 пункту 2.2 Методології ([2017](#)), неналежним визначенням функцій, прав, обов'язків і відповідальності органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, в нормативно-правовому акті, проекті нормативно-правового акта можуть бути, зокрема, наявність *дискреційних повноважень*, не обумовлених специфікою суспільних відносин, що регулюються нормативно-правовим актом, передбачається врегулювати проектом нормативно-правового акта, або відсутність юридичних засобів, що можуть забезпечити застосування дискреційних повноважень в обсязі і з метою, для якої ці повноваження надані особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування:

- а) встановлення або розширення дискреційних повноважень в адміністративних процедурах, що, навпаки, потребують чіткого визначення компетенції органу (особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування);
- б) перевищення межі дискреційних повноважень, тобто нормативно-правовий акт, проект нормативно-правового акта або пов'язані з ним інші акти не містять юридичних засобів, що дозволяють забезпечити використання дискреційних повноважень в чітко визначеному обсязі, необхідному для належного виконання особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, своїх прав і обов'язків з метою, задля досягнення якої їх було надано;
- в) неможливість у зв'язку зі способом викладення дискреційних повноважень визначити їх обсяг, а отже — встановити факт перевищення меж адміністративного розсуду.

Згідно пункту 2.4 Методології ([2017](#)), дискреційні повноваження як корупційний фактор мають такі ознаки:

- 1) дозволяють органу (особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування) на власний розсуд оцінювати юридичний факт (фактичний склад), внаслідок чого можуть виникати, змінюватись або припинятись правовідносини;
- 2) дозволяють на власний розсуд обирати одну із декількох запропонованих у нормативно-правовому акті, проекті нормативно-правового акта форм реагування на цей юридичний факт;
- 3) надають можливість органу (особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування) на власний розсуд вибрати міру публічно-правового

- впливу щодо фізичних та юридичних осіб, його вид, розмір, спосіб реалізації;
- 4) дозволяють органу (особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування) обрати форму реалізації своїх повноважень — видання нормативного або індивідуально-правового акта, вчинення (утримання від вчинення) адміністративної дії;
 - 5) наділяють орган (особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування) правом повністю або частково визначати порядок здійснення юридично значущих дій, у тому числі строк та послідовність їх здійснення;
 - 6) надають можливість органу (особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування) на власний розсуд визначати спосіб виконання управлінського рішення, у тому числі передавати виконання прийнятого рішення підлеглим особам, іншим органам державної влади та місцевого самоврядування, встановлювати строки і процедуру виконання.

Види і обсяг дискреційних повноважень, а також порядок їх закріплення залежать від таких факторів:

- 1) сфери суспільних відносин, що регулюються нормативно-правовим актом, пропонується врегулювати проектом нормативно-правового акта. Передусім це сфери соціального управління, екології, фінансової, дозвільної, регуляторної діяльності тощо;
- 2) характеру правових відносин, в межах яких реалізуються повноваження (охоронні або регулятивні, матеріальні або процесуальні);
- 3) виду органу (рівня особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування), що реалізує дискреційні повноваження;
- 4) форми нормативно-правового акта, проекту нормативно-правового акта;
- 5) інших факторів.

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;
- 4) за допомогою нормативних приписів, що містять лише окремі елементи гіпотези чи диспозиції правової норми, що не дозволяють зробити однозначний висновок про умови застосування нормативного припису або правові наслідки застосування такого припису (*Методологія...*, 2017).

Таким чином, закріплення дискреційних повноважень суб'єктів владних повноважень у нормативно-правових актах тісно пов'язане із потенційною корупціогенністю цих нормативно-правових актів.

Крім того, Верховний Суд (Касаційний адміністративний суд) неодноразово наголошував, що в умовах реалізації євроінтеграційних прагнень України принципи реалізації адміністративними органами влади дискреційних повноважень повинні узгоджуватися із Рекомендаціями Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийнятими Комітетом Міністрів 11 березня 1980 року на 316-й нараді (Recommendation № R(80)2 of the Committee of Ministers concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities) (*Куйбіда і Шижкіна, 2006*).

Так, у пункті 67 згаданої вище Постанови від 16 травня 2023 року у справі № 380/3195/22, адміністративне провадження № К/990/35853/22, Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду вказано:

«67. Згідно з Рекомендаціями Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийнятими Комітетом Міністрів 11 березня 1980 року на 316-й нараді (Recommendation № R(80)2 of the Committee of Ministers concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities), під дискреційними повноваженнями слід розуміти повноваження, які адміністративний орган, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду, тобто, коли такий орган може обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за даних обставин».

Як видно, визначення, запроваджене Методологією (2017) (пункт 1.6) і наведене вище, в основних рисах відповідає визначенню, наведеному у Рекомендаціях (*Куйбіда і Шижкіна, 2006*).

Разом із тим, значення Рекомендацій (*Куйбіда і Шижкіна, 2006*) для захисту прав осіб від неправомірної реалізації суб'єктами влади дискреційних повноважень розглядається нижче.

2. Принципи, якими мають керуватися адміністративні органи влади під час реалізації дискреційних повноважень, згідно Рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 від 11 березня 1980 року.

Рекомендації фіксують наступні принципи:

Основні принципи

Під час реалізації дискреційних повноважень, адміністративний орган влади:

- 1) не переслідує мети, відмінної від тієї, задля якої його налено такими повноваженнями;
- 2) дотримується принципу об'єктивності й безсторонності, враховуючи лише ті фактори, які мають відношення до даної тої справи;
- 3) дотримується принципу рівності перед законом, не допускаючи несправедливої дискримінації;
- 4) забезпечує належну рівновагу між негативними наслідками, які його рішення може мати для прав, свобод чи інтересів осіб, та переслідуваною при цьому метою;
- 5) приймає своє рішення в межах розумного строку з урахуванням характеру справи, яка вирішується;

- 6) послідовно та узгоджено застосовує загальні адміністративні приписи, одночасно враховуючи конкретні обставини кожної справи.

Процедура

На додаток до принципів забезпечення справедливої адміністративної процедури, які викладені у Резолюції (77)31 і стосуються адміністративних актів взагалі, до адміністративних актів, прийнятих/вжитих під час реалізації дискреційних повноважень, застосовуються принципи, наведені нижче.

- 7) Будь-які загальні адміністративні приписи, які регулюють реалізацію дискреційних повноважень, мають:

- оприлюднюватися або,
- повідомлятися особі, якої вони стосуються (далі – «відповідна особа»), у відповідний спосіб і в необхідному обсязі, якщо вона звертається з такою вимогою, чи то перед, чи після прийняття/вчинення акту стосовно неї.

- 8) Якщо адміністративний орган влади, реалізуючи дискреційне повноваження, вирішує відхилитися від загальних адміністративних приписів у такий спосіб, який має несприятливі наслідки для прав, свобод чи інтересів відповідної особи, її має бути повідомлено про підстави такого рішення.

Такі підстави або зазначаються в акті, який стосується цієї особи, або, на її клопотання, повідомляються їй у письмовій формі протягом розумного строку.

Контроль

- 9) Акт, прийнятий/вжитий під час реалізації дискреційних повноважень, може бути перевірений на предмет законності *судом* або іншим незалежним органом.

Такий контроль не виключає можливості проведення попереднього контролю з боку адміністративного органу влади, уповноваженого вирішувати як стосовно законності, так і по суті такого акта.

- 10) Якщо закон не встановлює для адміністративних органів влади будь-якого строку, в межах якого вони мають приймати рішення у контексті реалізації дискреційного повноваження, і якщо адміністративний орган влади не приймає відповідного рішення в межах розумного строку, такі його дії можуть підлягати контролю з боку уповноваженого на це органу.

Згідно Рекомендацій, при застосуванні цих принципів має належним чином враховуватися необхідність забезпечення добросовісної та ефективної адміністративної діяльності, а також інтереси третіх сторін та важливі суспільні інтереси. Якщо така необхідність чи інтереси потребують зміни чи виключення одного або кількох таких принципів, чи то в особливих випадках, чи в певних сферах публічного управління, у будь-якому разі має бути докладено всіх зусиль для дотримання духу цієї Рекомендації.

Варто також зазначити, що вказані підходи до застосування вказаних принципів мають Роз'яснювальний коментар, наведений у Рекомендаціях.

Так, до принципу 4 наведене таке Роз'яснення (пункт 24 Роз'яснень):

«24. Цей принцип застосовується саме тоді, коли адміністративний акт, який прийнято/вжито в рамках реалізації дискреційного повноваження, *негативно впливає на права, свободи чи інтереси окремої особи*; мета цього принципу полягає в забезпеченні належного балансу між наявними інтересами, як-то, наприклад: суспільними інтересами –

з одного боку, та приватними інтересами відповідних осіб – з іншого. Він означає, що адміністративний орган влади, наділений дискреційним повноваженням, *не може покладати на особу тягар, який є надмірним з точки зору переслідуваної мети*.

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

Слід наголосити, що це роз'яснення прямо кореспондується із вимогою пункту 8 ч. 2 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України, за якою (вимогою) у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони: 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).

Отже, такий судовий контроль за здійсненням дискреційних повноважень є прямою вимогою Кодексу адміністративного судочинства України.

У пункті 40 Роз'яснень щодо застосування принципу 8 цей принцип тлумачиться наступним чином:

«Пояснення та обґрунтування відхилення від припису *має бути віднесене до підстав для прийняття/вчинення акту*, які повідомляються згідно з принципом IV Резолюції (77)31. Застосування цього принципу також передбачає надання особі можливості з'ясувати шляхом ознайомлення з повідомленими їй підставами акту про причини відхилення від припису в даній справі, чи вимагали цього обставини справи, чи виправданий цей відхід з об'єктивної точки зору і *чи не є він свавільним*».

Це роз'яснення прямо кореспондується із вимогою пунктів 3 та 7 ч. 2 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України, за якою (вимогою) у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони: пропорційно, зокрема:

3) обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії);

7) з дотриманням *принципу рівності* перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації.

Отже, такий судовий контроль за здійсненням дискреційних повноважень також є прямою вимогою Кодексу адміністративного судочинства України.

У пунктах 43, 44 Роз'яснень надані роз'яснення щодо принципу 9 Рекомендацій.

«43. Мета цього принципу полягає в забезпеченні умов, за яких *суд* чи інший незалежний орган має повноваження перевірити законність будь-якого адміністративного акту, прийнятого/вчиненого під час реалізації дискреційного повноваження».

«44. Принцип не виключає можливості того, що суд та інший незалежний орган (наприклад, омбудсмен), які контролюють законність дискреційного адміністративного акту, можуть та контролювати суть такого акту.

Окрім того, положення абзацу другого цього принципу, який прямо передбачає контроль як законності акту, так і його суті з боку правоможного адміністративного органу, не мають тлумачитися як такі, що виключають додатковий, подвійний контроль з

боку суду чи іншого незалежного органу».

Таким чином, право суду контролювати реалізацію суб'єктами влади дискреційних повноважень безумовно стверджується. Заперечення з приводу того, що суд нібито не має права втручатися у здійснення дискреційних повноважень суб'єктами влади, не відповідає букви і духу Ради Європи.

3. *Правові позиції Верховного Суду (Касаційного адміністративного суду)*. Згідно ч. 2 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України, при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування норм права, викладені в постановах Верховного Суду.

Отже, вивчення правових позицій Верховного Суду спрямоване на наступне правильне правозастосування при розгляді аналогічних справ.

Так, у пунктах 38, 39 Постанови від 12 травня 2022 року у справі № 9901/459/21, провадження № 11–480ззі21, Великої Палати Верховного Суду вказано (*Справа № 9901/459/21, 2022*):

«38. В Україні визнається і діє принцип верховенства права (частина перша статті 8 Конституції України). Суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права (частина перша статті 129 Конституції України). Цей принцип є однією з основних засад адміністративного судочинства (пункт 1 частини третьої статті 2 КАС України).

39. Елементом верховенства права (правовладдя) є *заборона свавілля*. Хоча дискреційні повноваження потрібні для виконання владою певних завдань у сучасних складних суспільствах, вони *не мають здійснюватись у свавільний спосіб*. Здійснення повноважень у цей спосіб уможливує ухвалення істотно несправедливих, необґрунтованих, таких, що *суперечать здоровому глуздові*, або деспотичних рішень, що є несумісним із принципом правовладдя (пункт 52 Доповіді про правовладдя, ухваленої Європейською Комісією «За демократію через право» (Венеційською комісією) на 86-му пленарному засіданні 25-26 березня 2011 року, CDL-AD (2011) 003rev)».

У Постанові від 06 червня 2019 року у справі № 804/7661/17, адміністративне провадження № К/9901/54913/18, Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду вказано (*Справа № 804/7661/17, 2019*):

«...судом апеляційної інстанції *вірно вказано*, що з постанови Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг № 734 від 01.06.2017 вбачається, що відповідач при визначенні розміру штрафних санкцій лише зазначив про вчиненні позивачем правопорушення. Однак, вказана постанова не містить жодного обґрунтування щодо тяжкості вчиненого ним правопорушення та відповідність вчиненого правопорушення розміру штрафу».

У пунктах 48-51 Постанови від 04 травня 2022 року у справі № 620/2718/20, адміністративне провадження № К/9901/16285/21 Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду вказано (*Справа № 620/2718/20, 2022*):

«48. Так, принцип «пропорційності порушення та покарання» полягає у відповідності (пропорційності) визначення міри покарання або величини штрафних санкцій за правопорушення ступеня тяжкості правопорушення.

49. В свою чергу, наявність вказаного принципу зумовлює обов'язок суб'єкта владних

повноважень, при визначенні розміру санкції, обґрунтовувати *В СВОЄМУ РІШЕННІ* ступінь тяжкості вчиненого правопорушення та його небезпечність.

50. Аналогічний правовий висновок міститься в постанові Верховного Суду від 29.01.2021 у справі № 520/10318/19.

51. Таким чином, враховуючи, що орган контролю *ПІД ЧАС ПРИЙНЯТТЯ РІШЕННЯ* про накладення штрафу *зобов'язаний обґрунтовано вказати про причинити застосування обраного розміру штрафної санкції, а також вказати на підстави неможливості застосування штрафної санкції у меншому розмірі, відповідачем під час прийняття рішення не було дотримано зазначених вимог».*

Таким чином, Верховний Суд послідовно стоїть на позиції, що адміністративні суди мають перевіряти обґрунтованість реалізації дискреційних повноважень суб'єктами влади. Таке право та обов'язок адміністративних судів прямо витікають із ч. 2 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України та знаходяться у відповідності із Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийнятими Комітетом Міністрів 11 березня 1980 року на 316-й нараді (*Куйбіда і Шишкіна, 2006*). Суб'єкти владних повноважень повинні обґрунтовувати при прийнятті конкретних рішень відхилення від усталеної адміністративної практики, а також обґрунтовувати прийняття надмірно жорстких санкцій за порушення, не співмірних із наслідками можливих порушень. У статті (*Бєлкін, 2013*) співавторів наводиться окремий аналіз того, як відступлення від адміністративної практики стає джерелом корупції.

Обговорення

Досвід свідчить про те, що при правотворенні не вдається уникнути нормативного запровадження дискреційних повноважень суб'єктів влади. При цьому дискреційні повноваження суб'єктів влади можуть бути джерелом свавілля та корупції. Разом із тим, як зазначено у Методології (*2017*), наявність дискреційних повноважень не обов'язково тягне за собою корупціогенність нормативно-правового акта. Однак корупціогенним фактором є неналежне визначення в нормативно-правовому акті, проекті нормативно-правового акта функцій, прав, обов'язків і відповідальності органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, наслідком чого може бути невиправдане встановлення чи надмірне розширення дискреційних повноважень, створення умов для виникнення потенційного чи реального конфлікту інтересів та можливостей для зловживання наданими їм повноваженнями. Суди повинні здійснювати контроль щодо недопущення даних зловживань.

Висновки

Досвід свідчить про те, що при правотворенні не вдається уникнути нормативного запровадження дискреційних повноважень суб'єктів влади. При цьому дискреційні повноваження суб'єктів влади можуть бути джерелом свавілля та корупції. Рекомендаціями Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийнятими Комітетом Міністрів 11 березня

1980 року на 316-й нараді, передбачено принципи уникнення реалізації владними суб'єктами дискреційних повноважень у свавільний спосіб та судовий контроль за такою реалізацією. Ці принципи відповідають вимогам ч. 2 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України. Сформовані правові позиції Верховного Суду з цього приводу. Суб'єкти владних повноважень повинні обґрунтовувати при прийнятті конкретних рішень відхилення від усталеної адміністративної практики, а також обґрунтовувати прийняття надмірно жорстких санкцій за порушення, не співмірних із наслідками можливих порушень. Співавтори наводять окремий аналіз того, як відступлення від адміністративної практики стає джерелом корупції.

Конфлікт інтересів

Автори заявляють, що конфлікту інтересів немає.

Список джерел інформації:

- Адвокатське бюро «Олександра Травянка». (2017). Дискреційні повноваження органу державної влади. *Протокол.ua*. [Law office “Alexandra Travyanka”. (2017). Discretionary powers of a public authority. *Protocol.ua*. (In Ukr.)]
https://protocol.ua/ua/diskretyjni_povnovagennya_organu_derhavnoi_vladi/
- Баймуратов, М. О., Боярський, О. О. (2019). Дискреційні повноваження органів місцевого самоврядування в сфері захисту прав людини: методологічні підходи до розуміння та визначення. *Публічне право*, № 2., с. 31–41. [Baimuratov, M. O., & Boyarsky, O. O. (2019). Discretionary powers of local self-government bodies in the field of human rights protection: methodological approaches to understanding and defining. *Public Law*, 2, 31–41. (In Ukr.)]
- Барабаш, Ю. Г. (2009). *Державно-правові конфлікти на сучасному етапі державотворення: конституційно-правовий аспект* [Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук: спеціальність 12.00.02]. Харків. [Barabash, Yu. G. (2009). *State-legal conflicts at the present stage of state creation: constitutional and legal aspect* [Dissertation for the degree of Doctor of Law: specialty 12.00.02]. Kharkiv. (In Ukr.)]
- Белкін, Л. М. (2013). Адміністративний прецедент як чинник обмеження корупції. Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика), вип. 1 (29), с. 126–136. [Belkin, L. M. (2013). Administrative precedent as a factor in limiting corruption. *Fight Against Organized Crime and Corruption (Theory and Practice)*, 1(29), 126–136. (In Ukr.)]
- Белкін, Л.М. (2014). Дискреційні повноваження органів влади як чинник корупції. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*, вип. 24, с. 91–100. [Belkin, L. M. (2014). Discretionary powers of government bodies as a factor of corruption *Fight Against Organized Crime and Corruption (Theory and Practice)*, 24, 91–100. (In Ukr.)]
- Ботнаренко, О. М. (2010). *Дискреція в слідчій діяльності: юридико-психологічні особливості* [Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата наук: спеціальність 19.00.06]. Київ. [Bondarenko, O. M. (2010). *Discretion in investigative activities: legal and psychological features* [Dissertation for the degree of Candidate of Sciences: specialty 19.00.06]. Kyiv. (In Ukr.)]
- Гавриш, С. Б. (2008). Стан та проблеми антикорупційної експертизи законодавства в Україні. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика): науково-практичний журнал*, № 18, с. 3–10. [Gavrish, S. B. (2008). State and problems of anti-corruption expertise of legislation in Ukraine. *Fight Against Organized Crime and Corruption (Theory and Practice): Scientific and Practical Journal*, 18, 3–10. (In Ukrainian)]
- Грін, А. А. (2014). До питання про поняття «дискреційні повноваження органів виконавчої влади». *Держава і право. Юридичні і політичні науки*, вип. 65, с. 101–107. [Grin, A. A. (2014). On

- the issue of the concept of “discretionary powers of executive authorities”. *State and Law. Legal and Political Sciences*, 65, 101–107. (In Ukr.)]
- Дерев'янкін, С. А. (2005). *Публічність та диспозитивність у кримінальному судочинстві* [Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата наук: спеціальність 12.00.09]. Харків. [Derevyankin, S. L. (2005). *Publicity and dispositivity in criminal proceedings* [Dissertation for the degree of Candidate of Sciences: specialty 12.00.09]. Kharkiv. (In Ukr.)]
- Євсєєв, О. П. (2008). *Процедури в конституційному праві України* [Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата наук: спеціальність 12.00.02]. Харків. [Evseev, O. P. (2008). *Procedures in the constitutional law of Ukraine* [Dissertation for the degree of Candidate of Sciences: specialty 12.00.02]. Kharkiv. (In Ukr.)]
- Зайчук, О. В., Оніщенко, Н. М. (2016). *Загальна теорія держави і права: стереотипне видання. Навчальний посібник*. Київ: Юрінком Інтер. [Zaichuk, O. V., & Onishchenko, N. M. (2016). *General theory of state and law: a stereotypical publication textbook*. Kyiv: Yurinkom Inter. (In Ukr.)]
- Колесник, В. А. (2020). Дискреційні повноваження органів державної влади як предмет розгляду публічно-правових спорів. *Інвестиції: практика та досвід*, № 5-6, с. 141–146. [Kolesnik, V. A. (2020). Discretionary powers of state authorities as a subject of consideration of public law disputes. *Investments: Practice and Experience*, 5-6, 141–146. (In Ukr.)]
- Крижова, О. Г. (2015). Дискреційні повноваження суду в контексті дотримання принципу верховенства права. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки*, № 827, с. 159–162. [Kryzhova, O. G. (2015). Discretion of the court in the context of respect for the rule of law. *Bulletin of the National University “Lviv Polytechnic”. Series: Legal Sciences*, 827, 159–162. (In Ukr.)]
- Куйбіда, Р. О., Шишкіна, В. І. (ред.). (2006). *Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийнятими Комітетом Міністрів 11 березня 1980 року на 316-й нараді*. Публікація укр. мовою: *Основи адміністративного судочинства та адміністративного права: Навчальний посібник*. Київ: Старий світ. [Recommendation № R(80)2 of the Committee of Ministers concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities. (1980). (In Ukr.)]
<https://rm.coe.int/16804f22ae>
- Лагода, О. С. (2007). *Адміністративна процедура: теорія практика застосування* [Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата наук: спеціальність 12.00.07]. Ірпінь. [Lagoda, O. S. (2007). *Administrative Procedure: theory and practice of application* [Dissertation for the degree of Candidate of Sciences: specialty 12.00.07]. Irpen. (In Ukr.)]
- Логінова, Н. М. (2015). Дискреційні повноваження як елемент правового виховання майбутніх магістрів із правознавства у процесі вивчення юридичних дисциплін. *Право і суспільство*, № 3(3), с. 27–31. [Loginova, N. M. (2015). Discretionary powers as an element of legal education of future masters in law in the process of studying legal disciplines. *Law and Society*, 3(3), 27–31. (In Ukr.)]
- Методологія проведення антикорупційної експертизи. (2017). Затверджено Наказом від 24.04.2017 № 1395/5 Міністерства юстиції України.
<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1395323-17#n8> [Methodology for conducting anti-corruption expertise. (2017). Approved by Order No. 1395/5 of the Ministry of Justice of Ukraine dated 24.04.2017. (In Ukr.)]
- Резанов, С. А. (2014). Дискреційні повноваження як корупційні ризики в діяльності органів державного управління. *Право і Безпека*, № 3, с. 88-91. [Rezanov, S. A. (2014). Discretionary powers as corruption risks in the activities of Public Administration bodies. *Law and Security*, 3, 88–91. (In Ukr.)]
- Роуз-Аккерман, С. (2003). Коррупция и государство. Причины, следствия, реформы [перевод с английского О.А. Алякринского]. Москва: Логос. [Rose-Ackerman, S. (2003). Corruption and the state. Causes, consequences, and reforms [translated from English by O. A. Alyakrinsky]. Moscow: Logos. (In Russ.)]

- Самбор, М. А. (2018). Дискреційні повноваження щодо складення протоколів про адміністративні правопорушення. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*, № 5, с. 31–39. [Sambor, M. A. (2018). Discretionary powers to draw up reports on administrative offenses. *Scientific Notes of the Institute of Legislation of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 5, 31–39. (In Ukr.)]
- Справа № 804/7661/17 (2019, 7 червня). Єдиний державний реєстр судових рішень. [Case No. 804/7661/17 (2019, June 7). Unified state register of court decisions. (In Ukr.)]
- Справа № 620/2718/20 (2022, 5 травня). Єдиний державний реєстр судових рішень. [Case No. 620/2718/20 (2022, May 5). Unified state register of court decisions. (In Ukr.)]
- Справа № 9901/459/21 (2022, 13 червня). Єдиний державний реєстр судових рішень. [Case No. 9901/459/21 (2022, June 13). Unified state register of court decisions. (In Ukr.)]
- Справа № 380/3195/22 (2023, 17 травня). Єдиний державний реєстр судових рішень. [Case No. 380/3195/22 (2023, May 17). Unified state register of court decisions. (In Ukr.)]
- Старик, А. М. (2010). Дискреційна влада в сучасному світі. *Журнал Київського університету права*, № 2, с. 108–113. [Starik, A.m. (2010). Discretionary power in the modern world. *Journal of the Kyiv University of Law*, 2, 108–113. (In Ukr.)]
- Тополевський, Р. Б., Федіна, Н. В. (2020). *Теорія держави і права: навчальний посібник*. Львів: ЛьвДУВС. [Topolevsky, R. B., & Fedina, N. V. (2020). *Theory of state and law: Textbook*. Lviv: Lviv Police Department. (In Ukr.)]
- Шевченко, Ю. А. (2021). Дискреційні повноваження суб'єктів публічної адміністрації в контексті захисту прав, свобод та інтересів приватних осіб в адміністративному судочинстві. *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука». Серія: Юридичні науки*, № 1, с. 53–59. [Shevchenko, Yu. A. (2021). Discretionary powers of subjects of Public Administration in the context of protecting the rights, freedoms and interests of individuals in administrative proceedings. *International Scientific Journal "Internauka". Series: Legal Sciences*, 1, 53–59. (In Ukr.)]