

**Дискреційні повноваження
суб'єктів влади:
свобода розсуду чи
шлях до свавілля чиновників?**

**Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи
№R(80)2 стосовно здійснення адміністративними
органами влади дискреційних повноважень,
прийнятої Комітетом Міністрів 11.03.1980 р. на
316-й нараді:**

Дискреційні повноваження - це 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.

Приклади дискреційних повноважень:

Державні реєстратори прав на нерухоме майно

(Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»):

- ▶ п. 2 ч. 2 ст. 9 Закону:

держ. реєстратор приймає рішення про державну реєстрацію прав та їх обтяжень, про відмову в державній реєстрації, про її зупинення, про внесення змін до Державного реєстру прав

Розпорядники земель:

органи місцевого самоврядування,
органи виконавчої влади

(Земельний кодекс України)

- ▶ ч. 3 ст. 123 Кодексу

розпорядник земель в межах своїх повноважень розглядає клопотання заявника і дає дозвіл на розроблення проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки в користування або надає мотивовану відмову у його наданні

Приклади дискреційних повноважень:

Органи Державної архітектурно-будівельної інспекції України (Закон України «Про регулювання містобудівної діяльності»)

- ▶ ч. 3 ст. 34 Закону:

Державна архітектурно-будівельна інспекція України веде єдиний реєстр документів, що дають право на виконання підготовчих та будівельних робіт і засвідчують прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, відомостей про повернення на доопрацювання, відмову у видачі, скасування та анулювання зазначених документів

- ▶ ч. 4 та ч. 6 ст. 35 Закону «Виконання підготовчих робіт»:

Орган архітектурно-будівельного контролю реєструє декларацію про початок виконання підготовчих робіт або повертає декларацію для усунення виявлених недоліків

Проблематика категорії «дискреційні повноваження» в адміністративному судочинстві на прикладі взаємовідносин з органом архітектурно-будівельного контролю

Департамент державної архітектурно-будівельної інспекції в Одеській області
(назва/назва органу державного архітектурно-будівельного контролю, якому надсилається повідомлення)



Замовник:

(прізвище, ім'я та по батькові фізичної особи,
місце проживання,
серія і номер паспорта, ким і коли видався,
номер облікової картки платника податків (не зазначається
фізичним особам, які через свої релігійні переконання
визволяються від прийняття реєстраційного номера
облікової картки платника податків та повідомили про це
відповідному органу державної податкової служби і мають
відмітку у паспорті), номер телефону,

Товариство з обмеженою відповідальністю «ВІТОЛЕ»

(назва/назва юридичної особи, її місцезнаходження,
м. Одеса, пров. Маньковського, буд. 8 кв. №1
код платника податків згідно з ЄДРПОУ або податковий номер,

CONFIDENTIAL

ПОВІДОМЛЕННЯ

про початок виконання підготовчих робіт про зміну даних
у повідомленні про початок виконання підготовчих робіт

Відповідно до статті 35 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» повідомлюю про початок виконання підготовчих робіт, визначених державними будівельними нормами, стандартами і правилами про зміну даних у повідомленні про початок виконання підготовчих робіт від 20 (необхідно підкреслити).

з будівництва торговельно-виставкового центру,
(назва/назва об'єкта будівництва)

поштова будівельна адреса **CONFIDENTIAL**
Авангардівської селищної ради

вид будівництва **нове будівництво**
(нова будівництво, реконструкція, технічне переоснащення
двох підприємств, реставрація, капітальний ремонт)

Відповідальною особою проєктувальника, що здійснює авторський нагляд,
визначено **Колосову Олену Олександрівну (код сертифікату серія АА, № 000876)**
(прізвище, ім'я та по батькові)

Замовник

CONFIDENTIAL

(підпис) (ініціали та прізвище)

Земельна ділянка використовується для будівництва на підставі державного акту на право власності на земельну ділянку від 03.07.2008 р. серія ЯЖ №308400, виданого Відділом земельних ресурсів у Овідіопольському районі, зареєстрованого у Книзі записів реєстрації державних актів на право власності на землю та на право постійного користування землею, договорів оренди землі за №020852900101, цільове призначення земельної ділянки – «для будівництва та експлуатації об'єктів комерційного, громадського та складського призначення у складі торговельно-складського комплексу для обслуговування жителів територіальної громади Овідіопольського району» (на одному кольоровому аркуші формату А-4, переважно зеленого кольору з розміщенням тексту на двох сторінках: лицьовому та зворотньому боці), договору купівлі-продажу земельної ділянки від 01.07.2010 р. зареєстрованому у реєстрі під № 3469, присвяченого Мезведенко Г.В. – приватним нотаріусом Одеського міського нотаріального округу та зареєстрованого Відділом Держкомзему у Овідіопольському районі в Поземельній книзі від 07.07.2010 р. за реєстраційним номером №29010020266001, кадастровий номер земельної ділянки №5123755200-01-002-0266

(дата, серія, номер документа, що посвідчує право власності чи користування земельною ділянкою, дата, номер договору **сертифікату** (необхідно зазначити) та кадастровий номер земельної ділянки (за наявності))

Інформація про генерального підрядника (підрядника - у разі, коли будівельні роботи виконуються без залучення субпідрядників)

Товариство з обмеженою відповідальністю «ВІТОЛЕ»

(прізвище, ім'я та по батькові фізичної особи,

м. Одеса, пров. Маньковського, буд. 8 кв. №1

серія і номер паспорта, ким і коли видався, місце проживання, номер облікової картки платника

CONFIDENTIAL

податків (не зазначається фізичним особам, які через свої релігійні переконання визволяються від прийняття реєстраційного номера облікової картки платника податків та повідомили про це відповідному органу державної податкової служби і мають відмітку у паспорті), назва/назва юридичної особи, місцезнаходження, код платника податків згідно з ЄДРПОУ або податковий номер, номер телефону)

З метою забезпечення ведення обліку повідомляю про початок виконання підготовчих та будівельних робіт та внесення змін до них, декларацій про початок виконання підготовчих та будівельних робіт, внесення змін до них, пов'язаних на доопрацювання для усунення виявлених недоліків та скасування їх реєстрації, дозволів на виконання будівельних робіт, візмов у їх видачі та анулювання дозволів, декларацій про готовність об'єкта до експлуатації, внесення змін до них, пов'язаних на доопрацювання для усунення виявлених недоліків та скасування їх реєстрації, сертифікатів та візмов у їх видачі відповідно до Закону України Про захист і

генерал **CONFIDENTIAL** ІВНЧ,
(прізвище, ім'я та по батькові фізичної особи)

для того на оброблення моїх персональних даних.

Мені відомо, що за подання не в повному обсязі та недовірові даних, зазначених у цьому повідомленні, та виконання підготовчих робіт з порушенням вимог, визначених проєктом виконання робіт, державними будівельними нормами, стандартами і правилами, встановлена відповідальність відповідно до закону.

Замовник

CONFIDENTIAL

(підпис) (ініціали та прізвище)

Два ідентичні адміністративних позови ТОВ «1» та ТОВ «2» до адміністративного суду з вимогами:

- ▶ визнати протиправною бездіяльність Департаменту державної архітектурно-будівельної інспекції в Одеській області, яка полягає у нездійсненні реєстрації повідомлення ТОВ «1» про початок виконання підготовчих робіт щодо об'єкта «Будівництво торговельно-виставкового центру», що розташований за адресою: ..., отриманого Департаментом ...;
- ▶ зобов'язати Департамент внести до Єдиного реєстру документів, ..., запис про реєстрацію повідомлення ТОВ «1» про початок виконання підготовчих робіт щодо об'єкта «Будівництво торговельно-виставкового центру», ...

Рішення в двох різних адміністративних справах в рамках одних і тих самих судів

ТОВ «1»

(суд дійшов висновку про відсутність дискреції в діях відповідача)

- ▶ визнано бездіяльність Департаменту протиправною ;
- ▶ зобов'язано Департамент внести до Єдиного реєстру документів, ..., запис про реєстрацію повідомлення ТОВ «1» про початок виконання підготовчих робіт щодо об'єкта «Будівництво торговельно-виставкового центру», ...



ТОВ «2»

(суд зазначив, що внесення запису про реєстрацію є дискреційними повноваженнями)

- ▶ визнано бездіяльність Департаменту протиправною ;
- ▶ зобов'язано Департамент повторно розглянути отримане повідомлення ТОВ «2» про початок виконання підготовчих робіт щодо об'єкта «Будівництво торговельно-виставкового центру», ...



Стаття 162 КАС

Повноваження суду при вирішенні справи

- ▶ 1. При вирішенні справи по суті суд може задовольнити адміністративний позов повністю або частково чи відмовити в його задоволенні повністю або частково.
- ▶ 2. У разі задоволення адміністративного позову суд може прийняти постанову про:
 - ▶ 1) визнання протиправними рішення суб'єкта владних повноважень чи окремих його положень, дій чи бездіяльності і про скасування або визнання нечинним рішення чи окремих його положень, про поворот виконання цього рішення чи окремих його положень із зазначенням способу його здійснення;
 - ▶ 2) зобов'язання відповідача вчинити певні дії;
 - ▶ 3) зобов'язання відповідача утриматися від вчинення певних дій;
 - ▶ 4) стягнення з відповідача коштів;
 - ▶ 5) тимчасову заборону (зупинення) окремих видів або всієї діяльності об'єднання громадян;
 - ▶ 6) примусовий розпуск (ліквідацію) об'єднання громадян;
 - ▶ 7) примусове видворення іноземця чи особи без громадянства за межі України;
 - ▶ 8) визнання наявності чи відсутності компетенції (повноважень) суб'єкта владних повноважень.
- ▶ Суд може прийняти іншу постанову, яка б гарантувала дотримання і захист прав, свобод, інтересів людини і громадянина, інших суб'єктів у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.
- ▶ Суд за адміністративним позовом суб'єкта владних повноважень може прийняти іншу постанову у випадках, встановлених законом.

- ▶ Водночас, колегія суддів не погоджується з судами попередніх інстанцій в частині задоволення позовних вимог про зобов'язання Південну митницю скласти та надати висновок Головному управлінню Державної казначейської служби України в Одеській області про повернення Товариству надмірно сплаченого податку на додану вартість ...враховуючи наступне.
- ▶ У разі якщо після сплати декларантом податків і зборів (обов'язкових платежів) згідно з митною вартістю товарів, визначеною митним органом, буде прийнято рішення про застосування митної вартості, заявленої декларантом, сума надміру сплачених податків і зборів (обов'язкових платежів) повертається декларанту у порядку, передбаченому Порядком повернення та Порядком взаємодії, на підставі його заяви та у місячний термін з дня прийняття висновку митного органу, що здійснював оформлення митної декларації, про повернення з Державного бюджету України помилково та/або надмірно зарахованих до бюджету митних та інших платежів, контроль за справлянням яких покладається на митні органи.

Постанова ВСУ від 16 вересня 2015 року № 21-1465а15

- ▶ «У квітні 2014 року Товариство звернулося до суду з адміністративним позовом, у якому просило визнати протиправною бездіяльність Митниці щодо неподання до ГУ ДКС висновку про повернення Товариству з Державного бюджету України надмірно сплаченого ввізного мита в розмірі 1 424 794 грн 83 коп. та податку на додану вартість (далі - ПДВ) у розмірі 284 958 грн 96 коп.; стягнути з Державного бюджету України через ГУ ДКС на користь Товариства вказані суми надмірно сплаченого ввізного мита та ПДВ»
- ▶ Якщо між сторонами виник спір про правомірність рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень щодо повернення митних платежів, позивач має право заявити вимогу про визнання рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень протиправними, скасувати такі рішення та змусити його до виконання закону.
- ▶ При цьому повернення помилково та/або надмірно сплачених митних платежів з Державного бюджету України є виключними повноваженнями митних органів та органів державного казначейства, **а відтак суд не може підняти державний орган і вирішувати питання про стягнення таких платежів.**
- ▶ Разом з тим рішення суду, у випадку задоволення позову, має бути таким, яке б гарантувало дотримання і захист прав, свобод, інтересів позивача від порушень з боку відповідача, забезпечувало його виконання та унеможливило необхідність наступних звернень до суду.»
- ▶ За таких обставин вимога позивача про стягнення надмірно сплачених митних платежів не є правильним способом захисту прав платника митних платежів.
- ▶ **Тому у цьому випадку вимога позивача зобов'язати митний орган прийняти висновок про повернення з Державного бюджету України надмірно сплачених митних платежів та подати його для виконання відповідному органіві, що здійснює казначейське обслуговування бюджетних коштів, може бути вказівкою на спосіб відновлення порушеного права.**
- ▶ Спосіб відновлення порушеного права має бути ефективним та 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.

Ухвала ВАСУ від 27 вересня 2016 року у справі К/800/21319/16

- ▶ ТОВ «АТОМНІ ЕНЕРГЕТИЧНІ СИСТЕМИ УКРАЇНИ» звернулося до суду з позовом, в якому просило:
- ▶ визнати протиправними рішення Державної служби геології та надр України про повернення заяв з доданими до них документами про видачу спеціальних дозволів на користування надрами з метою геологічного вивчення, в тому числі дослідно-промислової розробки,
- ▶ зобов'язати Державну службу геології та надр України розглянути ці заяви
- ▶ зобов'язати відповідача прийняти рішення про видачу Товариству спеціальних дозволів на користування надрами

- ▶ Згідно із пп. 8 п. 8 Порядку № 615... спеціальний дозвіл на користування надрами надається... якщо відповідно до законодавства заявник є власником цілісного майнового комплексу, побудованого (реконструйованого) з метою видобування та переробки корисних копалин

- ▶ «Що стосується доводів касаційної скарги та доповнень до неї, з приводу того, що зобов'язання відповідача прийняти рішення про видачу спеціальних дозволів на користування надрами є формою втручання в його дискреційні повноваження, колегія суддів вважає необхідним зазначити наступне

Ухвала ВАСУ від 27 вересня 2016 року у справі К/800/21319/16

- ▶ Під дискреційним повноваженням слід розуміти повноваження, яке адміністративний орган, приймаючий 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.
- ▶ Перевіряючи рішення, дію чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень на відповідність закріпленим ч. 3 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України критеріям, суд не втручається у дискрецію (вільний розсуд) владних повноважень поза межами перевірки за названими критеріями.
- ▶ Разом з тим, у своєму рішенні від 16 вересня 2015 року у справі № 21-1465а15 Верховний Суд України вказав, що спосіб відновлення порушеного права має бути ефективним та 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.
- ▶ Враховуючи зазначене, а також те, що судами було надано оцінку діям та рішенням відповідача щодо повернення позивачу заяв з доданими до них документами, та визнано їх протиправними, колегія суддів касаційної інстанції вважає, що суд першої інстанції, з яким погодився суд апеляційної інстанції, **обрав правильний спосіб захисту порушеного права позивача, зобов'язавши відповідача видати позивачу спеціальні дозволи на користування надрами.**

Ухвала ВАСУ від 15 вересня 2016 року К/800/12303/16

- ▶ Однак у справі, що переглядається, Вищий адміністративний суд України вважає за необхідне у порядку абзацу другої частини першої статті 244-2 Кодексу адміністративного судочинства України відступити від викладеної правової позиції Верховного Суду України з наступних мотивів.
- ▶ Так, після закінчення установлених чинним законодавством строків для адміністративної процедури перевірки наявності у платника права на бюджетне відшкодування у результаті невчинення компетентними органами належних дій невідшкодовані суми перетворюються на бюджетну заборгованість.
- ▶ Наведений юридичний факт, у свою чергу, зумовлює виникнення фінансових правовідносин між боржником в особі держави та кредитором - платником податків, права якого порушені саме внаслідок несплати йому відповідної суми.
- ▶ Слід також зазначити, що з моменту виникнення у платника бюджетної заборгованості настає й протиправна бездіяльність податкового органу як суб'єкта владних повноважень, що утворює матеріально-правовий аспект порушеного права платника і наслідки якої підлягають усуненню в судовому порядку.
- ▶ Отже, адміністративний суд вправі обрати найбільш ефективний спосіб відновлення порушеного права, який відповідає характеру такого порушення. У такому разі не відбувається перебирання неpritаманних суду повноважень державного органу (за відсутності обставин для застосування дискреції), а здійснюється виконання судом власної компетенції з відновлення порушеного права.

Ухвала ВАСУ від 15 вересня 2016 року К/800/12303/16

- ▶ Відсутність у Порядку взаємодії органів державної податкової служби та органів державної казначейської служби в процесі відшкодування податку на додану вартість, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 17.01.2011 №39, (на який послався Верховний Суд України на обґрунтування своєї позиції) прописаного механізму бюджетного відшкодування податку на додану вартість у спосіб судового стягнення не є достатнім підґрунтям для висновку про відсутність даного способу захисту у національній правовій системі взагалі. До того ж, цей Порядок визначає механізм взаємодії органів державної податкової служби та органів державної казначейської служби в процесі відшкодування податку на додану вартість та не регулює питання погашення простроченої заборгованості з відшкодування податку на додану вартість.
- ▶ Частиною першою статті 55 Конституції України передбачено, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.
- ▶ В силу частини четвертої статті 55 Конституції України кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань.
- ▶ Таким чином, особа, законний інтерес або право якої порушено, може скористатися способом захисту, який прямо передбачений нормою матеріального права або може скористатися можливістю вибору між декількома способами захисту, якщо це не заборонено законом.
- ▶ Надаючи правову оцінку належності обраного позивачем способу захисту, слід зважати й на його ефективність з точки зору статті 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. У пункті 145 рішення від 15.11.1996 у справі «Чахал проти Об'єднаного Королівства» (Chahal v. the United Kingdom, (22414/93) [1996] ECHR 54) Європейський суд з прав людини зазначив, що згадана норма гарантує на національному рівні ефективні правові засоби для здійснення прав і свобод, що передбачаються Конвенцією, незалежно від того, яким чином вони виражені в правовій системі тієї чи іншої країни.

Ухвала ВАСУ від 15 вересня 2016 року К/800/12303/16

- ▶ Таким чином, суть цієї статті зводиться до вимоги надати заявникові такі міри правового захисту на національному рівні, що дозволили б компетентному державному органу розглядати по суті скарги на порушення положень Конвенції й надавати відповідний судовий захист, хоча держави - учасники Конвенції мають деяку свободу розсуду щодо того, яким чином вони забезпечують при цьому виконання своїх зобов'язань. Крім того, Суд указав на те, що за деяких обставин вимоги статті 13 Конвенції можуть забезпечуватися всією сукупністю засобів, що передбачаються національним правом.
- ▶ Стаття 13 вимагає, щоб норми національного правового засобу стосувалися сутності «небезпідставної заяви» за Конвенцією та надавали відповідне відшкодування. Зміст зобов'язань за статтею 13 також залежить від характеру скарги заявника за Конвенцією. Тим не менше, засіб захисту, що вимагається згаданою статтею повинен бути «ефективним» як у законі, так і на практиці, зокрема, у тому сенсі, щоб його використання не було ускладнене діями або недоглядом органів влади відповідної держави (п. 75 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Афанасьєв проти України» від 05.04.2005 (заява № 38722/02)).
- ▶ Отже, «ефективний засіб правового захисту» у розумінні статті 13 Конвенції повинен забезпечити поновлення порушеного права і одержання особою бажаного результату; винесення рішень, які не призводять безпосередньо до змін в обсязі прав та забезпечення їх примусової реалізації, не відповідає розглядуваній міжнародній нормі.
- ▶ Розкриваючи критерій ефективності способу захисту порушеного права платника, Верховний Суд України у постанові від 16.09.2015 у справі за позовом товариства з обмеженою відповідальністю «Аскоп-Україна» до Південної митниці Міністерства доходів і зборів України, Головного управління Державної казначейської служби України в Одеській області про визнання бездіяльності протиправною та стягнення коштів зазначив, що «спосіб відновлення порушеного права має бути ефективним та 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».
- ▶ Суд, також вважає істотними наступні обставини по справі, а саме: право позивача на отримання бюджетного відшкодування порушено з 2010 року, суми ПДВ, що підлягають бюджетному відшкодуванню, не підлягають зміні з урахуванням розміру інфляції, частина суми бюджетного відшкодування вже відшкодована, а тому прийняття рішення про зобов'язання податкового органу надати висновок суттєво обмежить право позивача та затягне процес відшкодування ще на невизначений період.
- ▶ **За таких обставин, суд вважає, що в даній справі єдиним дієвим способом захисту прав позивача є тільки стягнення бюджетного відшкодування.**

Які повноваження щодо прийняття відповідних рішень за своєю правовою природою є дискреційними ?

- ▶ Discretio (лат.) - рішення посадової особи або державного органу віднесеного до їх компетенції питання на власний розсуд в порядку реалізації дискреційної влади.
- ▶ Discretionnaire (франц.) - слово французького походження яке означає залежність від особистого розсуду
- ▶ Дискреційні повноваження - це 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.
- ▶ «це повноваження, яке надане особі вибирати між двома або більшими альтернативами, коли кожна альтернатива є правомірною».
- ▶ «адміністративний розсуд або дискреційні повноваження — це діяльність адміністративного органу в рамках альтернатив, запропонованих законом, доцільність застосування яких залежить від обставин конкретної справи».

Європейський суд з прав людини піднімає питання власної ефективності у своїх рішеннях. Наприклад, в рішенні у справі «I проти Сполученого Королівства» (2002 р.) Суд говорить, що «вкрай важливо, щоб Конвенція тлумачилася та застосовувалася таким чином, щоб захищати права практично та ефективно, а не теоретично та ілюзорно» (§54 рішення).

ТОВ «1»

(суд дійшов висновку про відсутність дискреції в діях відповідача)

- ▶ З аналізу зазначених норм законодавства вбачається, що неповноту даних відповідач перевіряє в деклараціях, проте щодо повідомлень про початок виконання підготовчих робіт таких повноважень відповідача не зазначено, а тому у відповідача не має повноважень на відмову чи не здійснення реєстрації повідомлення про початок підготовчих робіт.
- ▶ Враховуючи вищевикладене, суд приходить до висновку про те, що бездіяльність відповідача щодо не вчинення дій з реєстрації повідомлення про початок виконання підготовчих робіт не ґрунтується на нормах законодавства, а тому його має бути зобов'язано здійснити такі дії у відповідності до вимог законодавства.



ТОВ «2»

(суд зазначив, що внесення запису про реєстрацію є дискреційними повноваженнями)

- ▶ Що стосується позовних вимог про зобов'язання відповідача внести до Єдиного реєстру документів, що дають право на виконання підготовчих та будівельних робіт... суд зазначає, що завданням адміністративного судочинства завжди є контроль легальності. Таким чином, вказана позовна вимога є формою втручання в дискреційні повноваження та виходить за межі завдань адміністративного судочинства.
- ▶ Відтак, суд вважає за необхідне, з метою повного поновлення прав позивача, який звернувся за судовим захистом, на підставі ч.2 ст.162 КАС України, зобов'язати відповідача повторно розглянути повідомлення ... про початок виконання підготовчих робіт.



Дискреція VS верховенство права

- ▶ Конституція України
- ▶ Стаття 8. В Україні визнається і діє принцип верховенства права.
- ▶ Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй.
- ▶ Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується.
- ▶ Стаття 124. Правосуддя в Україні здійснюють виключно суди.
- ▶ Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються.
- ▶ Юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення. У передбачених законом випадках суди розглядають також інші справи.

Дискреція VS верховенство права

- ▶ Кодекс адміністративного судочинства України
- ▶ Стаття 2. Завдання адміністративного судочинства
- ▶ 1. Завданням адміністративного судочинства є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень шляхом справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду адміністративних справ.
- ▶ Стаття 7. Принципи адміністративного судочинства
- ▶ 1. Принципами здійснення правосуддя в адміністративних судах є:
 - ▶ 1) верховенство права;
 - ▶ 2) законність;
- ▶ Стаття 8. Верховенство права
- ▶ 1. Суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого зокрема людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави.
- ▶ 2. Суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського Суду з прав людини.
- ▶ 3. Звернення до адміністративного суду для захисту прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується.
- ▶ 4. Забороняється відмова в розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини.

Дискреція VS верховенство права

- ▶ Європейський суд з прав людини розкриває зміст принципу верховенства права через формулювання вимог, які виводяться з цього принципу.
- ▶ Однією з таких вимог є вимога про якість закону. Під законом тут мається на увазі правову норму, а точніше положення нормативного акта.
- ▶ По-перше, закон повинен бути доступним особі, тобто містити зрозумілі й чіткі формулювання, які б давали можливість особі самостійно або за допомогою консультації регулювати свою поведінку.
- ▶ По-друге, він має бути передбачуваним, тобто таким, щоб особа могла передбачити наслідки його застосування.
- ▶ По-третє, закон повинен відповідати всім іншим вимогам верховенства права, зокрема він з достатньою чіткістю має встановлювати межі дискреційних повноважень, наданих органам влади, та спосіб їх здійснення. Це необхідно, щоб особа була захищеною від свавілля публічної адміністрації. Звідси й ще одна вимога принципу верховенства права - захист від свавілля.
- ▶ Захист від свавілля означає, що втручання публічної адміністрації у права людини повинно підлягати ефективному контролю. Щонайменше це має бути судовий контроль, який найкращим чином забезпечує гарантії незалежності, безсторонності та належної правової процедури. Держава також повинна забезпечувати наявність достатніх та ефективних гарантій проти зловживань.

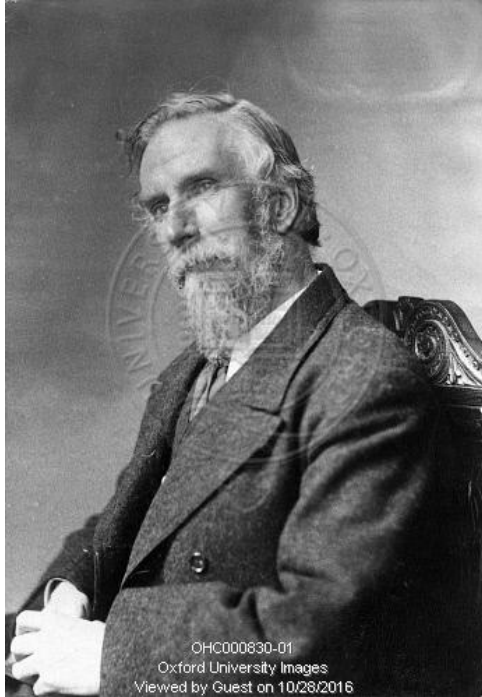
Дискреція VS верховенство права

- ▶ Європейський суд з прав людини. Справа “Корецький та інші проти України” (Заява № 40269/02)
- ▶ 47. Закон має бути доступний для конкретної особи і сформульований з достатньою чіткістю для того, щоб вона могла, якщо це необхідно, за допомогою кваліфікованих радників передбачити в розумних межах, виходячи з обставин справи, ті наслідки, які може спричинити означена дія. Щоб положення національного закону відповідали цим вимогам, він має гарантувати засіб юридичного захисту від свавільного втручання органів державної влади у права, гарантовані Конвенцією ([995_004](#)). У питаннях, які стосуються основоположних прав, надання правової дискреції органам виконавчої влади у вигляді необмежених повноважень було б несумісним з принципом верховенства права, одним з основних принципів демократичного суспільства, гарантованих Конвенцією. Відповідно закон має достатньо чітко визначати межі такої дискреції та порядок її реалізації. Ступінь необхідної чіткості національного законодавства - яке безумовно не може передбачити всі можливі випадки - значною мірою залежить від того, яке саме питання розглядається, від сфери, яку це законодавство регулює, та від числа та статусу осіб, яких воно стосується.

Дискреція VS верховенство права

- ▶ Європейський суд з прав людини. Справа “Корецький та інші проти України” (Заява № 40269/02)
- ▶ 48. Суд зазначає, що відповідно до статті 16 Закону України «Про об'єднання громадян» ([2460-12](#)) “реєстрації об'єднанню громадян може бути відмовлено, якщо його статутний або інші документи, подані для реєстрації об'єднання, суперечать вимогам законодавства України”. Закон не визначає, чи стосується це положення лише змістової невідповідності мети та напрямів діяльності об'єднання вимогам закону, зокрема, з огляду на підстави обмеження утворення та діяльності об'єднань, що містяться в статті 4 цього ж Закону, чи також текстуальної невідповідності статуту відповідним положенням законодавства. З огляду на зміни до тексту статуту, на яких наполягав орган державної влади, Суд зазначає, що таке положення Закону дозволяє досить широке тлумачення та може розумітись як таке, що забороняє будь-який відступ від відповідних національних норм, що регулюють діяльність об'єднань. Таким чином, Суд вважає, що положення Закону України «Про об'єднання громадян», які регулюють реєстрацію об'єднань громадян, є занадто розмитими, щоб бути достатньо «передбачуваними» для зацікавлених осіб, та надають державним органам занадто широкі межі розсуду у вирішенні питання, чи може певне об'єднання бути зареєстрованим. За такої ситуації доступна заявникам процедура судового перегляду не могла стати на заваді свавільній відмові у реєстрації.

Albert Venn Dicey



- ▶ Британський правник конституціоналіст, професор А. В. Дайсі.
- ▶ Принцип «rule of law», який в українській мові має назву «верховенство права», вперше дістав доктринальне тлумачення у роботі відомого англійського вченого - конституціоналіста, професора А.В. Дайсі «Вступ до вивчення конституційного права».
- ▶ Дайсі вбачав у верховенстві права стримуючий фактор (але не остаточний контроль) та протизвагу теоретично безмежній владі (у британському контексті) держави над особою.
- ▶ Дайсі вважав, що «там, де має місце дискреція, є простір для свавільності»

Конституція України:

- ▶ **Стаття 6.** Державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову.
- ▶ Найважливішим конституційним принципом є розподіл державної влади па законодавчу, виконавчу і судову, кожна з яких діє незалежно, самостійно, у взаємодії з іншими гілками влади на засадах взаємних стримувань і противаг (ст. 6, 75, 85, 87, 94, 106, 115, 119, 124 Конституції).
- ▶ Різні гілки державної влади, як правило, не мають права взаємного делегування своїх функцій і повноважень.
- ▶ **Стаття 124.** Правосуддя в Україні здійснюють виключно суди. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються.

- ▶ Ключовим завданням суду є здійснення правосуддя, тому принцип розподілу влади заперечує надання адміністративному суду адміністративно-дискреційних повноважень.
- ▶ Для забезпечення конституційного порядку, нормального функціонування держави існує структурована, багаторівнева, ієрархічна система органів державної влади та судової влади. Вони наділені відповідною юрисдикцією, мають свій предмет ведення і реалізують повноваження через визначені законодавством процедурні рамки та технології.
- ▶ Існування дискреції у правовій системі обумовлена низкою об'єктивних факторів, серед яких є об'єктивна неможливість регулювання загальною нормою всіх індивідуальних правовідносин; існування оціночних понять, диспозитивних, імперативних норм права, що містять відносно визначені або альтернативні санкції; наявність відкритих правових переліків, прогалин у праві, колізій законодавства.

**Немає закріпленого на законодавчому рівні поняття
«дискреційні повноваження органів виконавчої
влади»!**

КАС України:

- ▶ Аналіз норм Кодексу адміністративного судочинства України свідчить про те, що завдання адміністративного судочинства не полягає у забезпеченні ефективності державного управління, а полягає в гарантуванні дотримання прав та вимог законодавства, інакше було б порушено принцип розподілу влади.
- ▶ Адміністративний суд, у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень, виконуючи завдання адміністративного судочинства щодо перевірки відповідності їх прийняття (вчинення) критеріям, передбаченим ч. 3 ст.2 Кодексу адміністративного судочинства України:
 - не втручається та не може втручатися у дискрецію (вільний розсуд) суб'єкта владних повноважень поза межами перевірки за названими критеріями;

КАС України:

- ▶ - не може підміняти інший орган виконавчої чи законодавчої влади всупереч конституційному принципу розподілу влад, приймати замість нього рішення, яке визнається протиправним, інше рішення, яке б відповідало закону, і давати вказівки, які б свідчили про вирішення питань, що належать до компетенції такого суб'єкта владних повноважень, оскільки такі дії виходять за межі визначених йому повноважень законодавцем;
- ▶ - не може перебирати на себе повноваження щодо вирішення питань, які законодавством віднесені до компетенції цього органу державної влади;
- ▶ - не може втручатися у внутрішню діяльність суб'єкта владних управлінських функцій та вирішувати питання, котрі є його дискреційними повноваженнями;
- ▶ - з урахуванням положень ч. 2 ст. 162 Кодексу адміністративного судочинства України, адміністративний суд не наділений повноваженнями щодо зобов'язання відповідача прийняти будь-яке рішення.

ЄСПЛ:

- ▶ У відповідності до ст.17 закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», «Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права».
- ▶ Аналогічне положення міститься в ст.8 КАС України.
- ▶ Згідно із рішеннями Європейського суду з прав людини по справах:
 - «Класс та інші проти Німеччини» від 6 вересня 1978 року,
 - «Фадєєва проти Росії» від 9 червня 2005 року,
 - «Кумпене і Мазере проти Румунії» від 17 грудня 2004 року

- завдання суду при здійсненні його контрольної функції не полягає в тому, щоб підміняти органи влади держави, тобто суд не повинен підміняти думку національних органів будь-якою своєю думкою.

ЄСПЛ:

- ▶ У рішенні від 26.10.2000 р. у справі «Гасан і Чауш проти Болгарії» вказується:
«... 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 заторгають 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».

Вищий адміністративний суд України

Справа № 800/84/16 :

У квітні 2015 року ... звернулись до суду із зазначеним позовом, у якому з урахуванням уточнених вимог просили:

- ▶ - визнати протиправною бездіяльність Президента України...
- ▶ - зобов'язати Президента України застосувати (організувати) у передбачений законом спосіб оборону України та здійснити легалізацію обмежень прав людини, введених у зв'язку з анексією Криму та збройним конфліктом (війною) на Сході України, у відповідності до статті 64 Конституції України шляхом невідкладного прийняття передбаченого пунктом 20 статті 106 Конституції України, частиною 1 статті 4 Закону № 1932-XII рішення про введення воєнного стану в Україні або окремих її місцевостях і подати це рішення (Указ) Верховній Раді України на затвердження.

Вищий адміністративний суд України

Справа № 800/84/16:

- ▶ Згідно з положеннями частини 2 статті 106 Конституції України Президент України не може передавати свої повноваження іншим особам або органам.
- ▶ ...Зміст наведених правових норм і Рішення Конституційного Суду України у їх системному зв'язку дає підстави колегії суддів для висновку, що виключно Президентом України і ніяким іншим органом або посадовою особою не можуть здійснюватись повноваження і прийматись рішення, які згідно Конституції України належать до компетенції глави держави, в тому числі і судами, які не відносяться до гілок законодавчої або виконавчої влади.
- ▶ В даному випадку, мова іде про зобов'язання Президента України вчинити дії, шляхом прийняття відповідного рішення, передбаченого пунктом 20 статті 106 Конституції України і частиною 1 статті 4 Закону № 1932-XII, водночас згадані правові норми не встановлюють автоматичного та одноособового обов'язку глави держави щодо вчинення таких дій.

Вищий адміністративний суд України

Справа № 800/84/16 :

- ▶ ... Колегія суддів вважає, що прийняттю таких рішень обов'язково передуює виконання Президентом України встановленого законом порядку реалізації наданих йому повноважень і тільки за умов настання визначених у Конституції та законах України обставин. При цьому, приймаючи рішення, Президент України діє в інтересах і від імені всієї держави, зобов'язаний дотримуватись необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи, суспільства в цілому і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення з урахуванням політичних, економічних і соціальних чинників, які склались як в середині держави так і на міжнародній арені стосовно України.
- ▶ Оскільки питання щодо прийняття рішення про введення воєнного стану в Україні або окремих її місцевостях Президентом України не розглядалось, а відповідної пропозиції від Ради національної безпеки і оборони України не надходило, колегія суддів не втручається та не може втручатися у дискрецію (вільний розсуд) відповідача поза межами перевірки за критеріями відповідності прийняття ним рішень (вчинення дій), передбаченими частиною 3 статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України.

Інші приклади «дискреційних повноважень»:

- ▶ Типовим прикладом дискреційних повноважень є визначення термінів оренди земельних ділянок. Відповідно до ст. 93 Земельного кодексу України право оренди земельної ділянки - це ґрунтоване на відповідній угоді строкове платне володіння і користування земельною ділянкою, необхідною орендареві для здійснення підприємницької та іншої діяльності.

За цією ж статтею оренда земельної ділянки може бути короткостроковою - не більше 5 років і довгостроковою - не більше 50 років. Тобто, приписи статті вказують на можливість надання земельної ділянки в оренду на термін не більше 50 років, не визначаючи за цього критеріїв оцінки тих або інших випадків відносно визначення термінів оренди, а отже, законодавець наділив органи, уповноважені вирішувати питання передачі земельних ділянок в оренду, дискреційними повноваженнями відносно таких термінів.

Інші приклади «дискреційних повноважень»:

- ▶ Іншим прикладом дискреційних повноважень в ЗК(на наш погляд негативним), є приписи ст. 120, яка передбачає перехід права на земельну ділянку під час переходу права на будівлю та споруду.

Недосконала правова конструкція цієї статті унеможлиблює чітке визначення наявності права у власника нерухомості й одночасно обов'язку власника землі на передачу земельної ділянки, на якій нерухомість побудована, у власність або користування.

Надання органам місцевого самоврядування права на суб'єктивний підхід до вирішення цього питання на практиці породжує зловживання правом і обмежує власника нерухомості у можливості отримання земельної ділянки у користування або власність.

Інші приклади «дискреційних повноважень»:

Справа № 362/2394/16-а

Відповідно до п. 7 Положення про порядок видачі посвідчень і нагрудних знаків інвалідів війни, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 12.05.1994р. №302 «Посвідчення інваліда війни», «Посвідчення учасника війни» і відповідні нагрудні знаки, «посвідчення члена сім'ї загиблого» видаються органами праці та соціального захисту населення за місцем реєстрації громадянина.

За вказаних обставин, суд не вправі втручатися у такі повноваження і зобов'язувати відповідача прийняти відповідне рішення.

Справа № 741/982/16

Оскільки, як свідчать матеріали справи, заяву позивача про виплату одноразової грошової допомоги відповідач не розглянув та відповідного рішення не прийняв, то суд повинен зобов'язати останнього розглянути це звернення згідно з вимогами чинного законодавства України, а не підмінити орган, на який покладено вирішення цього питання.

Інші приклади «дискреційних повноважень»:

Справа № К/800/3396/16

Колегія суддів зазначає, що при розгляді справи за адміністративними позовами про зобов'язання органів Міністерства оборони України призначити та виплатити одноразову грошову допомогу по інвалідності, суд вправі зобов'язати відповідний орган розглянути зазначене питання, а не приймати рішення про виплату такої допомоги, що не належить до компетенції суду.

Справа № 876/3939/15

Тобто державою віднесено питання, які пов'язані з прийняттям рішення щодо видачі ліцензій на право роздрібної торгівлі алкогольними напоями та внесенням змін до неї, до відання органів Державної фіскальної служби.

Справа № 826/27289/15

Разом з тим, вимоги позивача про зобов'язання видати дозвіл на імміграцію не підлягають задоволенню, тому що суд не може перебирати на себе функцій, які відносяться до виключної компетенції суб'єкта владних повноважень, а тому вимоги позивача щодо зобов'язання видати відповідний дозвіл не підлягають задоволенню.

Інші приклади «дискреційних повноважень»:

Справа № 826/7143/16

З огляду на викладене, надання дозволу на проведення перевірок суб'єктів господарювання у сфері цивільного захисту, техногенної та пожежної безпеки є виключною компетенцією (дискреційними повноваженнями) Державної служби України з надзвичайних ситуацій та її територіальних органів, що реалізується шляхом видачі наказу на проведення такої перевірки, втручання в таку діяльність є формою втручання в дискреційні повноваження наведеного органу та виходить за межі завдань адміністративного судочинства.

Справа № 810/2198/16

Отже, вимога про зобов'язання відповідача прийняти позитивне рішення про надання земельної ділянки та дозволу на розробку документації відноситься до виключної компетенції суб'єкта владних повноважень, а тому суд не може підміняти державний орган та давати вказівки, які б свідчили про вирішення питань, які належать до компетенції такого суб'єкта владних повноважень.

**Юридична компанія «CLS»
дякує за увагу
та бажає гарного настрою!**

м. Одеса, вул. Ланжеронівська, буд. 19, офіс 8
e-mail: info@cls.ua

