

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.32847/ln.2019.9.14>

Ненько С.С.

к.ю.н., доцент,

професор кафедри адміністративного та кримінального права
ЗВО «Міжнародний університет бізнесу і права»

ПОНЯТТЯ ДИСКРЕЦІЇ (РОЗСУДУ) В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРАВІ НІМЕЧЧИНИ ТА ЇЇ ВІДМЕЖУВАННЯ ВІД СУДОВОЇ ДИСКРЕЦІЇ

Постановка проблеми. Учені-правники далекі від однозначного ставлення до феномену судової дискреції: від заперечення існування цього інституту і до обґрунтування його як об'єктивно зумовленої владно-правової закономірності механізму правового регулювання. Також у юридичній науці є чимало визначень означеного поняття. Не зупиняючись детально на окремих дефініціях, зазначимо, що більшість із них зводяться до двох основних груп концепцій: динамічних і статичних. Таким чином, у поняття судової дискреції (суддівського розсуду) вкладаються два суттєвих елементи: 1) динамічний, що визначає розсуд через призму діяльності суду як інтелектуально-вольову владну діяльність, сутність якої полягає в наданні правозастосувальному суб'єкту у відповідних випадках повноваження вирішувати спірне правове питання, виходячи із цілей та принципів права, інших загальних положень закону, конкретних обставин справи, справедливості тощо; 2) статичний, що розглядає природу розсуду з позицій змісту повноважень суду, що становлять його права та обов'язки, тобто правомочність суду, надану державою.

Голова Верховного Суду Ізраїлю Аарон Барак, наприклад, на основі власного досвіду, а також досвіду багатьох інших, зокрема і зарубіжних (США, Великої Британії), суддів визначає суддівський розсуд як повноваження, надане законом судді, який наділений владою обирати між двома чи більше альтернативами, коли кожна з альтернатив є законною. Досить суттєвим при цьому є те, що

автор наголошує саме на можливості вибору, а не на свободі, незалежній від будь-яких факторів. Він говорить про те, що розсуд передбачає «скоріше зону можливостей, аніж просто одну позицію». На те, що поняття «свобода» і «розсуд» не є тотожними і між ними не можна ставити знак рівності, указували й інші автори, наголошуючи при цьому на ряд обставин, які обмежують розсуд правозастосувача. Зважаючи на ці обмежуючі фактори, сам термін «розсуд» набуває умовного й обмеженого характеру.

Аналізуючи проблему підстав судової дискреції, можна сказати, що:

1) в літературі немає однозначного і вичерпного їх переліку;

2) різні науковці не лише вказують на різні підстави (від однієї — до цілого комплексу останніх), а й по-різному можуть характеризувати одну й ту саму.

Огляд останніх досліджень і публікацій. Питання судової дискреції (розсуду) були предметом дослідження як вітчизняних, так і зарубіжних науковців у різних сферах юридичної науки. Це такі вчені, як: А. Барак, А.Т. Бонер, Ю.В. Грачова, Ю.М. Грошевий, М.К. Закурін, О.В. Капліна, О.А. Папкова, М.А. Погорецький, К.В. Пронін, М.Б. Рісний, О.І. Рарог, О.Я. Рогач, О.І. Сеньків, І.А. Тітко та ін.

Формулювання завдання дослідження. Метою дослідження є обґрунтування поняття дискреції (розсуду) як одного із центральних понять у науці адміністративного права; проведено порівняльного аналізу між розсудом

органу управління (так звані дискреційні повноваження) і судовим розсудом в адміністративному праві Німеччини та відмежування даних понять.

Виклад основного матеріалу. Поняття «дискреція» («розсуд») – одне із центральних в адміністративному праві. Якщо будь-яка норма права надає органу управління розсуд (іншими словами, дискреційні повноваження), то під цим мається на увазі, що даний орган має певний діапазон для самостійного прийняття рішень, які можуть бути перевірені судом в обмеженому обсязі. Розсуд може стосуватися вчинення або невчинення будь-якої дії органом (так зване право органу управління діяти на власний розсуд, нім. *Entschliefungsermessen*) або порушувати питання, яким чином (тобто за допомогою яких заходів) орган управління повинен реагувати в конкретному випадку (або ж, у випадку існування декількох можливих адресатів однієї міри, до кого з них застосувати дану міру). В останній ситуації говорять про право вибору на розсуд, коли орган управління може вибрати адресата або міру з декількох наявних (нім. *Auswahlermessen*).

Відповідь на питання про те, чи надає будь-яка норма права органу управління розсуд чи ні, необхідно шукати в самій нормі. В абсолютній більшості випадків текст самої норми дає необхідну відповідь (наприклад, у ньому використовуються такі формулювання, як «може», «має право» або «повинен»). У більш рідкісних випадках до надання розсуду веде тлумачення норми (за необхідності навіть з урахуванням конституційно-правових аспектів) [3].

Приклад. Згідно зі ст. 1 ч. 1 § 7 Закону «Про порядок вручення документів, що направляються адміністративними органами» (нім. *Verwaltungszustellungsgesetz*) документи можуть бути направлені особі, уповноваженій щодо загального або певного питання. Тим самим тут органам управління надається власний розсуд у певних межах. Орган управління повинен на свій розсуд вирішити,

направляти чи вручати документ уповноваженій особі або самому адресату адміністративного акту.

Однак згідно зі ст. 2 ч. 1 § 7 зазначеного Закону документи, що вручаються, направляються уповноваженій особі, якщо вона надала письмову довіреність. У цьому випадку в органу управління більше немає розсуду. Якщо надається письмова довіреність, орган зобов'язаний направити такий документ уповноваженій особі, щоб вручення стало дійсним і почався відлік відповідних термінів (наприклад, для оскарження).

Якщо органу управління надається дискреція, то це не означає, що він може робити все, що захоче. Відповідно до § 40 Закону Про адміністративні процедури (нім. *Verwaltungsverfahrensgesetz*; далі – ЗАП) орган управління зобов'язаний використовувати надане йому дискреційне повноваження завжди у відповідності з передбаченою законом метою, дотримуючись при цьому також встановленої законом межі [8].

Якщо орган управління не усвідомлює, що в нього є розсуд, то має місце помилка (так зване помилкове незастосування дискреції), яка робить адміністративний акт неправомірним і може призвести до його скасування в рамках відомчого оскарження або позовного судочинства.

Якщо орган управління усвідомлює, що в нього є дискреція, але застосовує її не відповідно до передбаченої під час його надання мети, а враховуючи міркування, що не мають відношення до справи, і не бере до уваги визначені обставини, що мають значення для вирішення у справі, або невірно оцінює їх пріоритетність по відношенню один до одного, то має місце так зване неправильне застосування розсуду. Ця помилка також робить адміністративний акт неправомірним і може призвести до його скасування.

Крім того, адміністративний акт є неправомірним, якщо орган управління перевищує передбачені законом межі розсуду (так зване перевищення меж розсуду, помилка застосу-

вання розсуду, прямо передбачена в § 40 ЗАП). Це завжди відбувається у випадках, коли орган вживає міру, що не міститься в переліку заходів, з якого орган може вибирати, оскільки, наприклад, цей захід вже згідно із самим текстом знаходиться поза нормою (скажімо, якщо закон передбачив межі адміністративного штрафу від 100 до 500 євро, а орган управління приймає рішення призначити штраф 600 євро) або в силу невідповідності знаходиться поза списком заходів, які можуть бути застосовані. Тим самим порушення принципу пропорційності завжди є також дискреційними помилками, а значить, невідповідні рішення завжди неправомірні (а не тільки недоцільні) [1].

Якщо жодної із зазначених дискреційних помилок немає, то міра органу управління, можливо, є не найдоцільнішою, але це не робить адміністративний акт неправомірним, він стає лише недоцільним. Подібні питання можуть бути виправлені тільки в рамках процедури відомчого оскарження, а не в рамках позовного судочинства (принцип поділу влади).

Якщо норма права надає органу управління розсуд, то в силу особливих обставин може виникнути ситуація, коли орган управління здатний прийняти єдине певне рішення. У такому випадку говорять про скорочення розсуду до нуля (нім. Ermessensreduktion auf Null). Найчастіше в таких випадках роль відіграють правові блага найбільш високого рангу, тобто конституційно-правові міркування зводять розсуд до нуля. Наприклад, згідно із законодавством про поліцію цей орган принципово володіє розсудом у питанні про те, чи вчиняти які-небудь дії чи ні, коли і щодо кого їх вчиняти з метою запобігання загрозам для громадської безпеки і порядку. Однак якщо існують певні загрози для охоронюваних правових благ високого рангу, наприклад для конституційного права, то право органу управління діяти на власний розсуд (тобто щодо питання про те, чи необхідно поліції взагалі діяти) може скоротитися

до нуля. У такому разі невчинення дій буде дискреційною помилкою і в цьому сенсі стане неправомірним [6].

Від описаної ситуації слід відрізнити так званий судовий розсуд. Під час судового розсуду мова йде не про адміністративний розсуд. Тут маються на увазі повноваження судді управляти судовим процесом (які терміни суддя призначить у підготовчому провадженні, які обов'язки сприяння він покладе на сторони) і, тим більше, питання, пов'язані з пошуком судового рішення (зважування терміновості справи або необхідності термінового захисту правових благ, що знаходяться під загрозою, за допомогою попереднього правового захисту). Усі ці ситуації підпадають під принцип незалежності судді і не можуть порівнюватися з адміністративним розсудом, застосування якого якраз підлягає перевірці, хоча для цього існують певні межі, виходячи із принципу поділу влади.

Далі, говорячи про застосування розсуду, ми маємо на увазі застосування дискреції адміністративними органами («адміністративна дискреція»).

Помилки розсуду. Якщо правова основа надає адміністративному органу розсуд, то його рішення перевіряється також на предмет правильного застосування розсуду. Згідно з § 40 ЗАП адміністративний орган зобов'язаний застосовувати свій розсуд відповідно до мети надання права розсуду і дотримуватися встановлених законом меж такого розсуду. Згідно зі ст. 3 ч. 1 § 39 ЗАП істотні аспекти, якими адміністративний орган повинен керуватися під час застосування розсуду, повинні бути також включені в обґрунтування адміністративного акта. Правильне застосування розсуду з боку адміністративного органу може бути перевірено ним самим або вищестоящим адміністративним органом у разі досудового оскарження. Адміністративний орган або вищестоящий адміністративний орган може, зокрема, інакше оцінити доцільність рішень і тим самим прийняти інші рішення, навіть якщо немає ніяких сумнівів у правомірності

спочатку прийнятого рішення. Зокрема, в разі досудового оскарження виходять із того, що проводиться нова, самостійна оцінка доцільності дій органу виконавчої влади. Це не викликає жодних правових проблем щодо захисту довіри, оскільки заявник сам за допомогою подачі претензії перешкоджає вступу адміністративного акта в законну силу і пов'язаний із цим більш складної скасованості [7].

Однак найбільші проблеми виникають у разі розгляду справи в адміністративному суді, оскільки суди в силу принципу поділу влади, гарантованого в Конституції через принцип правової держави, мають право перевіряти лише правомірність дій виконавчої влади, але доцільність її змін не підпадає під судову перевірку. Тому в рамках процесу в адміністративному суді перевірка дискреційних рішень згідно зі ст. 1 § 114 адміністративно-процесуального кодексу Німеччини обмежується тим, чи є адміністративний акт, відмова в його виданні або невидання неправомірними, оскільки передбачені законом межі розсуду порушені або розсуд не було застосовано відповідно до мети його надання. Це означає, що в суді може бути заявлена лише вимога про встановлення наявності таких помилок, як незастосування розсуду, порушення меж розсуду і невірне застосування розсуду [3].

Якщо закон надає адміністративному органу право застосування розсуду, це означає також обов'язок застосування даного розсуду. Тому якщо адміністративний орган не розглядає можливість застосування розсуду (наприклад, тому що взагалі не усвідомлює, що закон надає йому розсуд або хоча і усвідомлює це, але помилково припускає, що йому не треба застосовувати наданий розсуд), то тут вже має місце помилка розсуду. У разі сумніву адміністративний орган зобов'язаний довести, що він застосував розсуд.

Приклад. Закон надає адміністративному органу розсуд щодо питання, як діяти з метою запобігання небезпеці. Незастосування розсуду має місце, якщо адміністративний орган

взагалі не усвідомлює наданий розсуд і виходить із обов'язкового рішення («завжди, коли є небезпека, він зобов'язаний діяти»). Однак про незастосування розсуду можна говорити і в тому випадку, якщо адміністративний орган усвідомлює наданий йому в принципі розсуд, але помилково виходить із того, що його розсуд в даному випадку зведено до нуля, і тому в нього залишається тільки одна-єдина правомірна можливість дії, оскільки також у цьому випадку має місце недискреційне рішення; як виняток адміністративний орган виходив би з обов'язкового рішення.

Під час застосування розсуду адміністративний орган зобов'язаний дотримуватися законних меж розсуду (§ 40 ЗАП Німеччини). Вони впливають із Конституції і закріплених у ній правових принципів (до числа яких відноситься, скажімо, також принцип пропорційності), із простих законів, а також підзаконних актів.

Приклад. Відповідно до Положення про державні мита (нім. *Gebührenordnung*) за певний документ встановлюється адміністративне мито в розмірі до 50 євро. Якщо адміністративний орган встановлює мито в розмірі 60 євро, це є порушенням меж розсуду.

Крім того, порушення меж розсуду має місце, коли адміністративний орган порушує принцип пропорційності, обирає інший правовий наслідок, ніж передбачено в законі, порушує принцип захисту довіри або основні права. У всіх цих ситуаціях адміністративний орган обирає правовий наслідок, який є неправомірним і тим самим – унаслідок пов'язаності виконавчої влади законом – не може бути обрано.

Важливо, що необхідність має місце в тому випадку, якщо існують більш м'які засоби, але вони не приведуть рівною мірою до надійного успіху. Якщо в нашому прикладі відомо, що діти регулярно крадуть черешню в даному місці, що свистком або попередженням їх ніяк не відлякати і що ніяких більш м'яких засобів немає, то постріл зі зброї може також виявитися необхідним у цьому сенсі. Тут також

діє правило, згідно з яким право не повинно поступатися безправ'ям. Зокрема, у випадках запобігання небезпеці адміністративні органи мають право обирати засоби, придатні для того, щоб безпечно і надійно, швидко і ефективно запобігти небезпеці [5].

Пропорційною (у вузькому сенсі) міра є завжди в тих випадках, коли переслідувана мета за своєю значимістю не виступає невідповідною ступеню втручання. У кожному конкретному випадку необхідно визначати шляхом зважування, чи так це.

Приклад. Якщо у випадку із крадієм черешні, звуком свистка і суворим криком поліцейського неможливо утримати молоду людину від крадіжки черешні і немає інших більш м'яких засобів, то постріл зі службової зброї був би необхідним, щоб запобігти подальшому утиску права власності. Разом із тим такий постріл у кінцевому рахунку був би непропорційним, оскільки переслідувана з його допомогою мета (боротьба з утиском права власності) за своєю значимістю була б невідповідною ступеню втручання. Якщо поліцейський пострілом вб'є молоду людину, то небезпека для власності у вигляді подальшої крадіжки черешні була б надійно відвернена, проте ступінь утиску правового блага життя була б настільки інтенсивною, що це не було б пропорційним охоронюваному правому благу. Іншими словами, життя людини, яка в такому випадку була б із високою ймовірністю повністю або значно ущемлена, є більш значущим, ніж – відносно менш значне – порушення права власності у вигляді крадіжки декількох черешень.

Невідповідні рішення є неправомірними. Тим самим вони автоматично ведуть до наявності помилки розсуду, якщо правова основа не надала адміністративному органу можливість розсуду. Адже невідповідні і тим самим неправомірні заходи не входять до числа заходів, передбачених на вибір адміністративного органу. У силу своєї пов'язаності правом і законом (ч. 3 ст. 20 Основного закону) він має право діяти тільки правомірно, а значить,

не має права вживати невідповідні заходи. Якщо ж він це все ж робить, то автоматично виходить за межі наданого йому розсуду (порушення меж розсуду) [2].

Неправильне застосування розсуду. Невірне застосування розсуду має місце, коли адміністративний орган застосовує розсуд, наданий йому законом, не в сенсі закону, тобто відповідно до цілей, установок і приписів, виражених у відповідному законі або Постанові. Це може відбуватися, якщо адміністративний орган не бере до уваги всі аспекти, що відповідають цілі повноваження (дефіцит розсуду), або якщо до уваги беруться інші аспекти, що не відповідають цілі повноваження (не відповідають до предмету розсуду міркування).

Дефіцит розсуду завжди виникає в тому разі, коли адміністративний орган не вивчив обставини справи в повному обсязі і тому не оперує всіма істотними фактами для прийняття рішення. Те саме стосується випадків, коли в основу дискреційного рішення були покладені факти, яких насправді не було, тобто коли адміністративний орган вивчив обставини не повністю або недбало.

Неналежними є всі міркування, якщо вони враховують аспекти правового або фактичного характеру, які йдуть врозріз зі змістом і метою норми, що надає розсуд, або з іншими нормами або загальними принципами права.

Приклад. Якщо дві жінки голосно сваряться вночі перед яким-небудь будинком, а жителі викликають поліцію з метою припинення нічного порушення громадського порядку, то поліція має право розсуду як щодо застосованих засобів, так і щодо вибору адресата. Якщо вона прийме рішення просто відокремити жінок один від одного, щоб вони припинили голосно сваритися, то цей захід буде правильним. Але якщо поліція прийме рішення забрати із собою у відділ привабливу блондинку Б., оскільки поліцейські хотіли б поговорити там саме з нею, а не зі старою непривабливою сусідкою А., то це є помилкою. Краса адресата як критерій не відповідає ні мети наданого розсуду (метою є швидке

і надійне запобігання небезпеки, в цьому випадку для забезпечення здоров'я жителів у вигляді непорушного нічного спокою), ні загальним критеріям права. Тут мова йде скоріше про випадок свавілля і тим самим про протиріччя загальним критеріям права (забона свавілля для державних дій).

Висновки. Дискреція (розсуд) є невід'ємним інструментом для здійснення ефективно адміністративної діяльності. Без розсуду жоден державний орган не може здійснювати свою діяльність, оскільки законодавець не може заздалегідь передбачити законодавчого врегулювання на всі випадки.

Анотація

Стаття описує поняття дискреції як одне із центральних понять у науці адміністративного права; проводиться паралель між розсудом органу управління (так звані дискреційні повноваження) і судовим розсудом. Адміністративний орган зобов'язаний застосовувати дискрецію відповідно до мети надання права розсуду і дотримуватися встановлених законом меж дискреції, якщо він уповноважений діяти на власний розсуд. Правильне застосування дискреції адміністративним органом може бути перевірено ще раз у рамках досудового оскарження цим же або вищим за нього адміністративним органом. Адміністративний орган або вищий адміністративний орган можуть інакше оцінити доцільність рішень і тим самим прийняти інші рішення, навіть якщо немає ніяких сумнівів у правомірності початкового рішення. Зокрема, в разі досудового оскарження виходять із того, що проводиться нова оцінка доцільності дій органу виконавчої влади. Це не викликає жодних правових проблем щодо захисту довіри, оскільки заявник сам, подавши претензію, перешкоджає вступу адміністративного акта в законну силу. Однак це стає проблематичним у разі розгляду справи в адміністративному суді, оскільки суди в силу принципу поділу влади мають право перевіряти лише правомірність дій виконавчої влади, а саме доцільність її рішень. У зв'язку із цим у рамках процесу в адміністративному суді перевірка дискреційних рішень обмежується лише перевіркою наявності одного з видів помилок дискреції, а не перевіркою на предмет того, чи є адміністративний акт або відмова у виданні або невиданні адміністративного акта неправомірною, чи були порушені передбачені законом межі дискреції. Далі йде докладний опис видів дискреції і того, які існують помилки дискреції. На закінчення наводяться аргументи на користь існування дискреції, оскільки є сумніви щодо обґрунтованості корупції рішень, пов'язаних із дискрецією.

Ключові слова: судова дискреція, дискреційні повноваження, адміністративний акт, принцип поділу влади, закон про адміністративні процедури, Адміністративно-процесуальний кодекс, досудове оскарження, види помилок дискреції, корупція.

Nenko S.S. The concept of discretion in German administrative law and its separation from judicial discretion

Summary

The article describes the concept of discretion as one of the Central concepts in the science of administrative law; a parallel is drawn between the discretion of the administrative body

(so-called discretionary powers) and judicial discretion. The administrative body is obliged to exercise discretion in accordance with the purpose of granting discretion and to observe the limits of discretion established by law, if it is authorized to act at its own discretion. The correct application of the discretion by the administrative body can be checked again in the framework of a pre-trial appeal by the same or higher administrative body. An administrative body or a higher administrative body may otherwise assess the appropriateness of decisions and thus make other decisions, even if there is no doubt about the validity of the original decision. In particular, in the case of a pre-trial appeal, it is assumed that a new assessment of the appropriateness of the actions of the Executive authority is being made. This does not cause any legal problems for the protection of trust, since the applicant himself, having filed a claim, prevents the entry of the administrative act into legal force and thus the associated more complex *vid-minimosti*. However, this becomes problematic if the case is considered in an administrative court, since the courts, by virtue of the principle of separation of powers, have the right to check only the legality of the actions of the Executive power, namely the expediency of its decisions. In this regard, as part of the process in the administrative court verification of discretionary decisions is limited to only checking for the presence of one of the types of errors *discret*, not checking whether the administrative act or the refusal to issue or publication of the administrative act illegal, had violated the statutory limits *discret*. This is followed by a detailed description of the types of discretion and what errors of discretion exist. In conclusion, arguments are made in favor of the existence of discretion, since there are doubts about the validity of corruption decisions related to discretion.

Key words: judicial discretion, discretionary powers, administrative act, power-sharing principle, law on administrative procedures, Administrative procedure code, pre-trial appeal, types of errors of discretion, corruption.

Список використаних джерел:

1. Грошевий Ю.М. Проблеми підвищення ефективності застосування норм кримінально-процесуального права. *Унів. наук. зап.* 2008. № 3(27). С. 279.
2. Ботнарєнко О.М. Дискреція та оціночні поняття в кримінальному судочинстві. *Адвокат.* 2009. № 4 (103). С. 18–20.
3. Коваль М. Механізм реалізації судового розсуду в адміністративному судочинстві. *Підприємництво, госп-во і право.* 2016. № 7. С. 64–65.
4. Макаренко А.С. Теоретичні аспекти здійснення суддівського розсуду при призначенні покарання. *Вісник Верховного Суду України.* 2016. № 6. С. 44.
5. Москвич Л.М. Організаційно-правові проблеми статусу суддів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2003. С. 10.
6. Погорецький М.А. Власний розсуд у сучасному кримінальному процесі України. *Засади кримінального судочинства та їх реалізація в законотворчій і правозастосовній діяльності : тези доп. та повідомл. наук.-практ. конф.* (Київ, 3 квіт. 2009 р.). Вид. присвяч. Пам'яті проф. А. Я. Дубинського. Київ : Атіка, 2009. С. 345.
7. Рогач О.Я. Проблема суддівського розсуду в сучасній практиці правозастосування. *Бюл. М-ва юстиції України.* 2010. № 3(101). С. 92–93.
8. Тітко І.А. Оцінні поняття у кримінально-процесуальному праві України : монографія. Харків : Право, 2010. 208 с.