



Дмитро Лук'янець

доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри державно-правових дисциплін
Харківського національного університету
імені В. Н. Каразіна
(м. Харків, Україна)
dimluk@meta.ua

DOI: 10.33498/Юсп-2019-04-027

УДК 342.9

КАТЕГОРІЯ ПРОТИПРАВНОСТІ В ДОКТРИНІ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА

АНОТАЦІЯ. Формування доктрини адміністративного судочинства є процесом, який перебуває у постійному розвитку, одним із його завдань є створення відповідного понятійно-категоріального апарату. Одна з центральних категорій адміністративного судочинства – протиправність. Вона як окреме правове явище в Кодексі адміністративного судочинства України (КАС України) не визначається, проте ознака протиправності рішень, дій або бездіяльності є основною при формулюванні вимог позивача при зверненні за захистом до адміністративного суду, з одного боку, та при формулюванні рішення адміністративного суду – з другого. Тому правильне розуміння змісту протиправності у контексті завдань адміністративного судочинства є надзвичайно важливим. Фактично в межах діяльності адміністративного суду щодо розгляду та вирішення адміністративних справ саме протиправність рішень, дій або бездіяльності суб'єктів владних повноважень є центральним елементом предмета доказування.

Метою статті є визначення змісту категорії протиправності в адміністративному судочинстві, висвітлення її значення, а також видової різноманітності у контексті різних видів предмета публічно-правових спорів, переданих на вирішення адміністративного суду.

На основі аналізу підстав прийняття рішень адміністративним судом показано, що протиправність в адміністративному судочинстві являє собою властивість рішень, дій або бездіяльності суб'єкта владних повноважень, що відображає їх невідповідність формальним вимогам законів та інших нормативно-правових актів, принципу верховенства права або практиці Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), що призводить до порушення прав, свобод або інтересів фізичних осіб чи прав та інтересів юридичних осіб. Протиправність визначається залежно від параметра суб'єкта владних повноважень чи його діяльності, вона може мати формальний, компетенційний, процесуальний (процедурний) або концептуальний характер. Розглянуті особливості визначення протиправності у випадках застосування адміністративними судами принципу верховенства права, а також практики ЄСПЛ. Обґрунтовано точку зору щодо недоцільності визнання протиправною

© Дмитро Лук'янець, 2019

Дмитро Лук'янець

бездіяльності суб'єкта владних повноважень у випадках, коли адміністративна справа вирішується на підставі аналогії.

Ключові слова: адміністративне судочинство; доктрина адміністративного судочинства; протиправність в адміністративному судочинстві; верховенство права в адміністративному судочинстві.

Сучасна доктрина адміністративного судочинства перебуває у стані поступового розвитку з огляду на постійне удосконалення відповідного законодавства, а також, що, мабуть, найголовніше, напрацьовану практику здійснення адміністративного судочинства в Україні. У межах такої доктрини вже сформовано багато фундаментальних теоретичних положень, але практика потребує їх постійного уточнення та відповідей на виклики, які постають перед адміністративним судочинством по мірі просування адміністративної та інших реформ, ускладнення багатьох видів суспільних відносин за участю суб'єктів владних повноважень та необхідністю посилення діяльності щодо захисту прав і свобод громадян, прав юридичних осіб.

Попри пильну увагу науковців до проблем адміністративного судочинства, процес наукового пізнання є невідпинним і потребує дотримання принципу всебічності у відповідних дослідженнях. У цьому контексті розробка категорій адміністративного судочинства є одним із найважливіших завдань правової науки й однією із фундаментальних категорій, яка ще не зайняла у доктрині належне їй місце, є категорія протиправності.

Протиправність як окреме правове явище в Кодексі адміністративного судочинства України (далі – КАС України)¹ не визначається, проте ознака протиправності рішень, дій або бездіяльності є основною при формулюванні вимог позивача при зверненні за захистом до адміністративного суду, з одного боку, та при формулюванні рішення адміністративного суду – з другого. Тому правильне розуміння змісту протиправності у контексті завдань адміністративного судочинства є надзвичайно важливим. Фактично в межах діяльності адміністративного суду щодо розгляду та вирішення адміністративних справ протиправність рішень, дій або бездіяльності суб'єктів владних повноважень є центральним елементом предмета доказування. З огляду на ці властивості протиправність можна вважати поняттям, яке відбиває найзагальніші якості та зв'язки предмета адміністративного судочинства, що обумовлює можливість розглядати її саме як важливу правову категорію.

Метою дослідження є визначення змісту категорії “протиправність” в адміністративному судочинстві, висвітлення її значення, а також видо-

¹ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України в редакції від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 48. Ст. 436.

вої різноманітності у контексті різних видів предмета публічно-правових спорів, переданих на вирішення адміністративного суду.

Незважаючи на очевидну важливість і значення категорії протиправності для вирішення публічно-правових спорів у порядку адміністративного судочинства, у літературі цьому питанню уваги майже не приділяється. Протиправність як окрема категорія ще не стала предметом серйозного наукового пошуку, тому емпірична база такого дослідження є вкрай обмеженою. Навіть у численних, як для доволі короткого періоду існування в Україні адміністративного судочинства, науково-практичних коментарях КАС України ця категорія недостатньо розкрита. Причина, на нашу думку, – у досить спрощеному підході до розуміння сутності цього явища, яке було сформовано в межах концепцій різноманітних деліктів, яким властива ознака протиправності.

На перший погляд визначити зміст протиправності дуже легко, навіть просто з огляду на етимологічні характеристики цього слова: протиправність – це те, що суперечить праву. При цьому, традиційно, протиправність розглядалась як ознака, притаманна діянням, що є підставами юридичної відповідальності різних видів.

Кримінальна протиправність, на думку М. Панова, як формально-юридична ознака поняття злочину полягає в тому, що суспільно небезпечне діяння визнається злочином лише за умови, що воно передбачене кримінальним законом (“*nullum crimen sine lege*”), суперечить нормі кримінального права і порушує її заборони чи приписи².

У сфері адміністративної відповідальності вважається, що протиправність є однією з найважливіших ознак об’єктивної сторони адміністративного правопорушення (проступку). Зокрема, на думку В. Колпакова, протиправність – це заборона адміністративно-правовими нормами відповідного вчинку як такого, що завдає шкоди чи загрожує небезпекою³.

У сфері цивільно-правової відповідальності, як зазначає В. Примак, протиправність визнається однією з основних умов цивільно-правової відповідальності загалом та відшкодування моральної шкоди зокрема. Водночас у цивілістичній літературі домінують два погляди на цю характеристику: якщо одні вчені наголошують переважно на тому, що в ній віддзеркалюється факт об’єктивної невідповідності поведінки учасника цивільного обороту вимогам законодавства, то інші воліють привертати увагу до одночасності порушення такою поведінкою як вимог об’єктивного права, так і суб’єктивного цивільного права певної особи⁴.

² М Панов, ‘Кримінальна протиправність як ознака злочину’ (2011) 9 Право України 73.

³ Валерій Колпаков, *Адміністративне право України: підручник* (Юрінком Інтер 1999) 240.

⁴ В Примак, ‘Протиправність як умова цивільно-правової відповідальності у формі відшкодування моральної шкоди’ [2013] 4(1) Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки 105.

Дмитро Лук'янець

Але при визначенні того, а що саме з позицій адміністративного судочинства суперечить праву, ми стикаємося з досить великою кількістю явищ, кожне з яких суперечить праву в різний спосіб. До того ж і саме розуміння права у зазначеному контексті може бути різним. Хоча, заради справедливості, слід зазначити, що домінуючим тут буде розуміння права в контексті позитивістського підходу. До такого висновку підштовхують положення ст. 7 КАС України, відповідно до яких суд вирішує справи відповідно до Конституції та законів України, а також міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Суд застосовує інші правові акти, прийняті відповідним органом на підставі, у межах повноважень та у спосіб, визначені Конституцією та законами України. У разі невідповідності правового акта Конституції України, закону України, міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або іншому правовому акту суд застосовує правовий акт, який має вищу юридичну силу, або положення відповідного міжнародного договору України.

Однак, як буде показано далі, у практиці адміністративного судочинства можуть застосовуватися й інші концепції праворозуміння.

Усе це наводить на думку, що не все так просто із протиправністю в адміністративному судочинстві, тим більше, що протиправність рішень, дій або бездіяльності суб'єкта владних повноважень має бути обґрунтована як у позовній заяві, так і у судовому рішенні. При цьому цілком зрозуміло, що зробити це можна тільки усвідомлюючи зміст протиправності щодо конкретного правового явища.

Відповідно до ч. 1 ст. 5 КАС України:

Кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до адміністративного суду, якщо вважає, що рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень порушені її права, свободи або законні інтереси, і просити про їх захист шляхом:

- 1) визнання протиправним та нечинним нормативно-правового акта чи окремих його положень;
- 2) визнання протиправним та скасування індивідуального акта чи окремих його положень;
- 3) визнання дій суб'єкта владних повноважень протиправними та зобов'язання утриматися від вчинення певних дій;
- 4) визнання бездіяльності суб'єкта владних повноважень протиправною та зобов'язання вчинити певні дії <...>⁵.

⁵ Кодекс адміністративного судочинства України (н 1).

Зі свого боку відповідно до ч. 2 ст. 245 КАС України:

У разі задоволення позову суд може прийняти рішення про:

- 1) визнання протиправним та нечинним нормативно-правового акта чи окремих його положень;
- 2) визнання протиправним та скасування індивідуального акта чи окремих його положень;
- 3) визнання дій суб'єкта владних повноважень протиправними та зобов'язання утриматися від вчинення певних дій;
- 4) визнання бездіяльності суб'єкта владних повноважень протиправною та зобов'язання вчинити певні дії <...>⁶.

У контексті наведених норм можна вести мову про, принаймні, чотири види протиправності, а саме: протиправність нормативно-правового акта чи окремих його положень; протиправність індивідуального акта чи окремих його положень; протиправність дій суб'єкта владних повноважень; протиправність його бездіяльності. Проте аналізу зазначених норм недостатньо для висновку про зміст категорії “протиправність” і це змушує шукати відповідь в інших нормах КАС України.

На більшість питань, пов'язаних із визначенням змісту протиправності у контексті положень статей 5 та 245 КАС України, можна знайти відповідь, проаналізувавши положення ч. 2 ст. 2 цього ж Кодексу, відповідно до якої:

У справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони:

- 1) на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами України;
- 2) з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано;
- 3) обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії);
- 4) безсторонньо (неупереджено);
- 5) добросовісно;
- 6) розсудливо;
- 7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації;
- 8) 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);
- 9) з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення;
- 10) своєчасно, тобто протягом розумного строку⁷.

⁶ Кодекс адміністративного судочинства України (н 1).

⁷ Там само.

Дмитро Лук'янець

Перший пункт із перелічених вище є відображенням норми ч. 2 ст. 19 Конституції України⁸, яка вимагає від державних органів, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб діяти на підставі, в межах повноважень та у спосіб, визначені Конституцією та законами України. Тому, якщо ця вимога не буде дотримана, то відповідні рішення, дії або бездіяльність будуть протиправними у класичному розумінні, тобто такими, що суперечать закону. При цьому в межах зазначеного пункту можна виділити три види протиправності: 1) формальна протиправність – коли суб'єкт владних повноважень діє не на підставі закону; 2) компетенційна протиправність – коли суб'єкт владних повноважень діє поза межами своїх повноважень, інакше кажучи – поза межами своєї компетенції; 3) процесуальна (або процедурна) протиправність – коли суб'єкт владних повноважень діє у спосіб, відмінний від того, який визначений законом.

Другий пункт прямо пов'язаний зі згаданою вище компетенційною протиправністю, оскільки повноваження, які є основою компетенції суб'єкта владних повноважень, надаються йому для реалізації функцій і завдань, які, як правило, визначаються у компетенційному нормативно-правовому акті, що визначає адміністративно-правовий статус певного суб'єкта владних повноважень. Як відомо, мета діяльності є складовою функцій і завдань суб'єкта владних повноважень. Тому діяльність, спрямована на досягнення іншої мети, яка не кореспондує із функціями і завданнями суб'єкта владних повноважень, буде протиправною.

Наведені у пунктах 3–6 вимоги обґрунтованості, безсторонності (неупередженості), добросовісності та розсудливості не мають нормативно визначених критеріїв, а отже, оцінка діяльності суб'єктів владних повноважень із позицій цих вимог відноситься на розсуд суду і протиправність, визначена стосовно цих вимог, може бути позначена як оціночна протиправність.

І, нарешті, вимоги, наведені у пунктах 7–10, є відображенням загальновідомих європейських принципів адміністративної процедури. Слід зазначити, що КАС України є практично єдиним нормативно-правовим актом, в якому ці принципи знайшли своє концентроване закріплення. Проте це не зменшує важливості цих принципів для діяльності суб'єктів владних повноважень, а їхнє порушення буде означати протиправність такої діяльності. З огляду на те, що тут порушуються саме принципи, таку протиправність можна позначити як концептуальну протиправність. Йдеться, насамперед, про європейську концепцію адміністратив-

www.pravolia.com.ua

⁸ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

ної процедури, яка в Україні визнається на доктринальному рівні, проте ще не відображена в базовому законі про адміністративну процедуру, хоча відповідні законопроектні роботи ведуться вже досить давно.

Ще один важливий аспект протиправності пов'язаний із принципом верховенства права, який відноситься до однієї з основних засад (принципів) адміністративного судочинства, на що звертається увага у ч. 3 ст. 2 КАС України.

Як зазначається у доповіді “Верховенство права”, схваленій Європейською комісією за демократію через право (Венеційська комісія) на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 р.)⁹, поняття “верховенство права” не набуло свого опрацювання в юридичних текстах і в практиці такою ж мірою, як інші підвалини Ради Європи – “права людини” та “демократія”. Права людини лежать в основі величезного корпусу конституційних і законодавчих положень та судової практики – як на національному, так і на міжнародному рівнях. Демократія впроваджена за допомогою докладних положень стосовно виборів та функціонування інститутів, навіть якщо вони часто не мають стосунку до цього поняття.

Законодавчі положення стосовно верховенства права – як на національному, так і на міжнародному рівнях – мають дуже загальний характер та не визначають цього поняття докладно. Це спричинило сумніви щодо самої корисності розглядати верховенство права як юридичну концепцію практичного характеру. Проте поняття верховенства права все частіше входить до текстів національного і міжнародного права та судової практики, особливо практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Однак ми переконані, що верховенство права насправді становить основоположний і спільний європейський стандарт за змістом – скеровувати та стримувати здійснення демократичної влади¹⁰.

Саме на аспекті прав людини зроблено акцент у змісті принципу верховенства права, визначеному у ст. 6 КАС України. Згідно з ч. 1 зазначеної статті 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.

Враховуючи примат принципу верховенства права, адміністративний суд може констатувати фактичне порушення прав людини і громадянина у рішеннях суб'єктів владних повноважень навіть за умови формальної законності таких рішень, тобто повної їх відповідності вимогам

⁹ ‘Верховенство права (довідь, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні 25-26 березня 2011 року)’ (2011) 10 Право України 182.

¹⁰ Там само.

Дмитро Лук'янець

норм чинного законодавства України. Інакше кажучи, рішення суб'єкта владних повноважень може бути правомірним з погляду формального дотримання норм позитивного права і водночас протиправним з погляду дотримання принципу верховенства права. Такі ситуації доволі часто трапляються, наприклад, у сфері соціального забезпечення громадян.

Тут ми маємо справу з особливим різновидом протиправності, яка визначається на підставі принципу верховенства права, тобто її також можна вважати різновидом концептуальної протиправності.

Зазначена позиція підсилюється і з огляду на положення ч. 2 ст. 6 КАС України, відповідно до якої суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики ЄСПЛ.

Як зазначає С. Шевчук, питання про необхідність використання прецедентного права, що створено рішеннями ЄСПЛ, у процесі прийняття рішень українськими суддями з аналогічних питань є нагальним й особливих сумнівів не викликає. Скажімо, український суддя при вирішенні окремого практичного питання щодо захисту права на свободу слова повинен з'ясувати, як воно вирішується ЄСПЛ при застосуванні ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція). Можна цілком припустити, що визначальною підставою саме для таких дій слугує не тільки повага до прецедентного права, а й обґрунтовані побоювання протилежного рішення з цього питання, що може бути ухвалено в Страсбурзі¹¹.

Однак практичне застосування принципу верховенства права та використання в адміністративному судочинстві судової практики ЄСПЛ викликає питання про доцільність визнання рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень протиправними, зокрема, з огляду на можливі наслідки прийняття таких рішень.

Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 78 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”:

Повноваження сільської, селищної, міської, районної в місті, районної, обласної ради можуть бути достроково припинені у випадках:

1) якщо рада прийняла рішення з порушенням Конституції України, цього та інших законів, прав і свобод громадян, ігноруючи при цьому вимоги компетентних органів про приведення цих рішень у відповідність із законом¹².

www.pravola.com.ua

¹¹ С Шевчук, ‘Правозахисна роль практики Європейського Суду з прав людини’ в Авер'янов В (ред), *Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту* (Наукова думка 2007) 531.

¹² Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 24. Ст. 170.

Враховуючи те, що нині в Україні немає компетентних органів, які можуть вимагати від органів місцевого самоврядування приведення їх рішень у відповідність до закону, як це раніше робила прокуратура, у випадку, коли місцева рада прийняла рішення, яке було оскаржено в порядку адміністративного судочинства і суд визнав його протиправним, використавши для обґрунтування свого рішення практику ЄСПЛ, виникає формальна підстава для дострокового припинення повноважень такої ради. При цьому з погляду дотримання принципу законності оскаржуване рішення може бути абсолютно правомірним.

Із формальної точки зору визнавати оскаржуване рішення місцевої ради протиправним у цьому разі було б некоректним, оскільки закон не вимагає від місцевих рад використовувати практику ЄСПЛ як джерело права, та й із суто практичної точки зору це навряд чи є можливим. Однак з огляду на принцип верховенства права воно дійсно буде протиправним. Проте в цьому випадку рішення адміністративного суду не повинно бути підставою для дострокового припинення повноважень місцевої ради.

З іншого боку, відповідно до ст. 59 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” акти органів та посадових осіб місцевого самоврядування з мотивів їхньої невідповідності Конституції або законам України визнаються незаконними в судовому порядку. Є цілком очевидним, що “незаконність” і “протиправність” тут не є синонімами. Інакше кажучи, незаконний акт органу місцевого самоврядування завжди буде протиправним, але протиправний акт не завжди є незаконним.

Отримавши можливість визнавати формально законні рішення, дії або бездіяльність суб’єктів владних повноважень протиправними з позицій принципу верховенства права, судді адміністративних судів отримали можливість вийти за межі законодавчого позитивізму.

Як зауважує С. Шевчук, підписання Конвенції 4 листопада 1950 р. стало результатом негативної загальноєвропейської реакції на юридичний позитивізм, яка отримала назву правової революції. Така реакція була зумовлена не лише необхідністю пристосувати право до нових умов, модернізувати його відповідно до природно-правових ідей, що містять у собі високий гуманістичний потенціал (розумність, рівність, високі моральні стандарти), а й політико-правовою рефлексією на тотальне нехтування правами людини з боку фашистських режимів, що постали на підвалинах необмеженої та брутальної державної влади¹³.

Наявність в адміністративних судів можливості визнавати протиправними рішення, дії або бездіяльність суб’єктів владних повноважень

¹³ Шевчук (н 11) 531-2.

Дмитро Лук'янець

на підставі принципів права або позицій ЄСПЛ можна вважати такою, що дійсно наближає українське правосуддя до європейських стандартів. Але при цьому виникає проблема того, що такі рішення, навіть прийняті найвищою судовою інстанцією, не стають джерелом права для суб'єктів владних повноважень, які змушені діяти виключно так, як того вимагають закони України. Очевидно, що суб'єкти владних повноважень можуть звертати увагу на принципи права чи практику ЄСПЛ тільки тоді, коли вони наділені дискреційними повноваженнями і, відповідно, мають можливість вирішувати справи на вільний розсуд. При цьому чим ширші межі такого розсуду, тим більше можливостей для застосування принципів права та практики ЄСПЛ. Однак із розширенням меж вільного розсуду, а отже, й обсягу дискреційних повноважень, суттєво зростають корупційні ризики.

Дійсно, як зазначає С. Шевчук, роль судді за умов режиму конституційної демократії полягає у діяльності не тільки відповідно до формальних, попередньо встановлених положень нормативно-правових актів, а й у застосуванні цих актів у контексті правової системи, включаючи її фундаментальні принципи та цінності. Саме цим фундаментальним принципам належить провідна роль: вони надають правове життя нормам права, оскільки символізують дух права, який "оточує" ці норми¹⁴.

Проте цей інструмент є настільки потужним, що зловживання ним може завдати шкоди іншій складовій принципу верховенства права, а саме принципу законодавчої визначеності, коли суб'єкти владних повноважень не будуть розуміти, як правильно застосовувати той чи інший закон з огляду на можливість його специфічного тлумачення судом.

Ще одна проблема використання категорії протиправності в адміністративному судочинстві пов'язана із застосуванням аналогій. Відповідно до ч. 4 ст. 6 КАС України забороняється відмова в розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини. Згідно з ч. 6 ст. 7 КАС України:

У разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права)¹⁵.

Ось тут і виникає запитання: чи можна визнавати протиправною, наприклад, бездіяльність суб'єкта владних повноважень, якщо відсутне

¹⁴ С. Шевчук, *Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні* (Реферат 2007) 279.

¹⁵ Кодекс адміністративного судочинства України (н 1).

законодавство, яке регулює спірні відносини? Такі ситуації можуть виникати, коли громадянину надано певне суб'єктивне право, але відсутня процедура його реалізації суб'єктом владних повноважень. Вирішуючи відповідний спір за аналогією, суд, з огляду на положення ст. 245 КАС України, має визнати бездіяльність суб'єкта владних повноважень протиправною і зобов'язати його вчинити певні дії користуючись правилами аналогічної процедури. Це обумовлено тим, що формула судового рішення передбачає зобов'язання суб'єкта владних повноважень вчинити певні дії у парі з одночасним визнанням його бездіяльності протиправною.

У літературі можна натрапити на слушну думку про те, що головна мета суддів полягає у тому, щоб знайти рішення, яке відповідає загальним очікуванням суспільства щодо застосування правових норм і вимог справедливості. Судді це роблять, встановлюючи правові норми та принципи, якими пояснюється характер раніше ухвалених рішень. Коли готової відповіді не існує – чи то у нормах або принципах, чи у спільному розумінні справедливості, – суддя ухвалює рішення на основі формулювання норми чи принципу, які матимуть найширшу можливу підтримку¹⁶. При цьому, стосовно ситуації з аналогією, можна навести позицію Д. Дедова, на думку якого багатьом “позитивістам” здається, що суддя в цьому випадку створює нову норму права, але це не так: він просто захищає інтереси, які потребують правового захисту, в умовах відсутності норми закону. Застосовуючи загальні принципи права, з'ясовуючи загальні цілі закону, суддя примушує закон говорити на мові, зрозумілій для будь-якої людини, допомагаючи йому розібратися в ситуації, зрозуміти, що справедливо в конкретному випадку¹⁷. Розділяючи наведені точки зору, можна стверджувати, що захист прав громадян чи юридичних осіб в адміністративному судочинстві не обов'язково повинен супроводжуватися визнанням дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень протиправними, зокрема у справах, які вирішуються адміністративним судом на підставі аналогій.

Висновки. Підсумовуючи викладене, можна стверджувати, що протиправність в адміністративному судочинстві являє собою властивість рішень, дій або бездіяльності суб'єкта владних повноважень, що відображає їх невідповідність формальним вимогам законів та інших нормативно-правових актів, принципу верховенства права або практиці ЄСПЛ, що призводить до порушення прав, свобод або інтересів фізичних осіб чи прав та інтересів юридичних осіб. Залежно від того, відносно якого па-

¹⁶ Б Таманага, *Верховенство права: історія, політика, теорія* (Іщенко А перекл з англ, Києво-Могилянська Академія 2007) 82.

¹⁷ Д Дедов, *Юридический метод: научное эссе* (Волтерс Клувер 2008) 51.

Дмитро Лук'янець

раметра суб'єкта владних повноважень чи його діяльності визначається протиправність, вона може мати формальний, компетенційний, процесуальний (процедурний) або концептуальний характер. Протиправність є головним елементом предмета доказування в адміністративному судочинстві, оскільки вона потребує обґрунтування як в адміністративному позові, так і в судовому рішенні.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Dedov D, *Juridicheskiy metod: nauchnoe esse [Legal Method: Scientific Esse]* (Wolters Kluwer 2008) (in Russian).
2. Kolpakov V, *Administratyvne pravo Ukrainy: pidruchnyk [Administrative Law of Ukraine: Textbook]* (Jurincom Inter 1999) (in Ukrainian).
3. Shevchuk S, *Sudova pravotvorchist: svitovyi dosvid i perspektyvy v Ukraini [Judicial Law Making Activity: Worldwide Experience and Perspective to Ukraine]* (Referat 2007) (in Ukrainian).
4. Tamanaga B, *Verkhovenstvo prava: istoria polityka, teoria [Supremacy of Law: History, Policy, Theory]* (Kyievo-Mogylianska akademiya 2007) (in Ukrainian).

Edited books

5. Shevchuk S, 'Precedentnyi kharakter praktyky jevropейskoho sudu z prav liudyny' ['Precedent Charakter of Practice of European Court of Human Right'] v Averianov V (red), *Prava gromadian u sferi vykonavchoi vlady: administratyvno-pravove zabezpechennia realizatsii ta zakhystu [Right of Citizens in the Executive Power Sphere: Administrative Law Ensuring the Realization and Protection]* (Naukova Dumka 2007) (in Ukrainian).

Journal articles

6. Panov M, 'Kryminalna protypravnist jak oznaka zlochyну' ['Criminal Illegality as a Sign of Crime'] (2011) 9 Pravo Ukrainy 73 (in Ukrainian).
7. Prymak V, 'Protypravnist jak umova tsyvilno-pravovoi vidpovidalnosti u formi vidshkoduvannia moralnoi shkody' ['Illegality as a Condition of Civil Liability in the Form of Compensation for Moral Harm'] (2013) 4 Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnoho universytetu. Seria Jurydychni nauky 105 (in Ukrainian).
8. 'Verkhovenstvo prava (dopovid, skhvalena Venetsiiskoю Komisiieю na 86-mu plenarnomu zasidanni 25-26 bereznia 2011 roku)' ['The Rule of Law (Report Approved by the Venice Commission at the 86th Plenary Meeting, March 25-26, 2011)'] (2011) 10 Pravo Ukrainy 182 (in Ukrainian).

Dmytro Luk'yanets

THE CATEGORY OF UNLAWFULNESS
IN THE ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS DOCTRINE

ABSTRACT. Establishment of the administrative proceedings doctrine is a continuously evolving process, and one of its tasks is to create an appropriate array of concepts and categories. One of the central categories of the administrative proceedings is unlawfulness. The Code of Administrative Proceedings of Ukraine (CAP of Ukraine) does not define it as a separate legal phenomenon, but the sign of unlawfulness of decisions, actions or omissions is crucial when a plaintiff formulates claims seeking protection with the administrative court, on the one part, and when the administrative court formulates its decision – on the other part. Therefore, correct understanding of the content of unlawfulness in the context of tasks of the administrative proceedings is extremely important. Actually, within the framework of the administrative court's activities aimed at considering and resolving administrative cases, it is unlawfulness of decisions, actions or omissions of subjects vested with power that is the central element of the fact to be proven.

The purpose of the article is to determine the content of the category of unlawfulness in the administrative proceedings and elucidate its importance and generic diversity in the context of various types of the subject matter of public-law disputes referred to the administrative court.

Based on the analysis of the grounds upon which the administrative court makes its decisions, the author shows that unlawfulness in the administrative proceedings is a property of decisions, actions or omissions of a subject vested with power which demonstrates their inconsistency with formal requirements of laws and other statutory instruments, the rule of law principle or the case law of the European Court of Human Rights (ECHR) entailing breach of the rights, freedoms or interests of individuals, rights and interests of legal entities. Unlawfulness is determined depending on the parameters of a subject vested with power or its activities; it may be of a formal, competence-related, process (procedure) – related or conceptual nature. The article focuses on the specifics of identifying unlawfulness in cases when administrative courts apply the rule of law principle and the ECHR case law. The author substantiates the standpoint according to which it is unreasonable to recognize as unlawful the omissions of subjects vested with power in cases when an administrative case is resolved on the basis of analogy.

KEYWORDS: administrative proceedings; doctrine of administrative proceedings; unlawfulness in administrative proceedings; the rule of law in administrative proceedings.