

e-ISSN 2310-323X

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО УКРАЇНИ

Заснований Видається
у 1922 р. щомісячно

Свідоцтво про державну реєстрацію Передплатний індекс
Серія КВ № 23026-12866ПР 74424

DOI: 10.33498/loiu-2019-04 ISSN 1026-9932

Адреса редакції Головний редактор
вул. Багговутівська, 17–21 доктор юридичних наук, професор,
м. Київ, 04107, Україна академік НАПрН України
тел.: +380(44) 537-51-10 ОЛЕКСАНДР СВЯТОЦЬКИЙ

Веб-сайт: <http://www.pravoua.com.ua> Голова Редакційної ради
E-mail: editor.pravoua@gmail.com доктор юридичних наук, професор,
Офіційна сторінка у Facebook: член-кореспондент НАПрН України
<https://www.facebook.com/pravoua.com.ua> РУСЛАН СТЕФАНЧУК

Юридичний журнал “Право України” внесено до:

Переліку наукових фахових видань у галузі юридичних наук
(наказ Міністерства освіти і науки України від 28 грудня 2017 р. № 1714)

Міжнародної наукометричної бази даних EBSCO Publishing, Inc. (США)
(Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 р. та 1 травня 2015 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних Index Copernicus International (Польща)
(листопад 2014 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США)
(Ліцензійна угода від 11 січня 2016 р.)

ВИДАВЕЦЬ
© Юридичне видавництво “Право України”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ *HONORIS CAUSA*

Співголови Ради

Василь ТАЦЙ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Юрій ШЕМШУЧЕНКО, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Вільям Е. БАТЛЕР (WILLIAM E. BUTLER), Doctor of Law (LL.D.), Prof., Foreign Member of NAS of Ukraine, NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради

Юрій БИТЯК, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Вячеслав БОРИСОВ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ГОНЧАРЕНКО, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ДЕНИСОВ, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола КОЗЮБРА, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр КРУПЧАН, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олена ЛУКАШЕВА, д-р юрид. наук, чл.-кор. РАН (Росія); Василь НОР, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Юрій ОБОРОТОВ, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Віталій ОПРИШКО, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України; Микола ПАНОВ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро ПРИТИКА, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Петро РАБІНОВИЧ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій СЕЛІВАНОВ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола СЕЛІВОН, канд. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь СІРЕНКО, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; Майдан СУЛЕЙМЕНОВ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан; Іван ТИМЧЕНКО, канд. юрид. наук, старш. наук. співроб., акад. НАПрН України; Володимир ТИХИЙ, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ШАПОВАЛ, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Олександр СвЯтоцький (головний редактор), д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Руслан Стефанчук (голова), д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ірина Венедіктова (перш. заст. голови), д-р юрид. наук, проф.; Олег Посикалюк (перш. заст. головного редактора), канд. юрид. наук, доц.; Тетяна Коломоєць (заст. головного редактора), д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вікторія Рєзнікова (заст. головного редактора), д-р юрид. наук, проф.; Юрій Галаєвський (заст. головного редактора), засл. юрист України; Наталя Антонюк, канд. юрид. наук., доц.; Юрген Базедов (JÜRGEN BASEDOW), Dr. iur., Dr. iur. h.c. mult, Prof. (Germany); Віктор Базов, канд. юрид. наук; Сергій Балашенко, д-р юрид. наук, проф. (Білорусь); Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій Барабаш, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України;

Олександр Батанов, д-р юрид. наук, проф.; Юрій Баулін, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Бевзенко, д-р юрид. наук, проф.; Назар Бобечко, д-р юрид. наук, доц.; Антоніна Бобкова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Андрій Бойко, д-р юрид. наук, проф.; Ігор Бойко, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Бростл (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Володимир Бурдін, д-р юрид. наук, проф.; Ганна Буяджи, канд. юрид. наук; Валентина Васильєва, д-р юрид. наук, проф.; Марсело Галуппо (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law, Prof. (Brazil); Данило Гетманцев, д-р юрид. наук, проф.; Анатолій Гетьман, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Головатий, д-р юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Віктор Грищук, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Гудима, канд. юрид. наук, доц.; Борис Гулько, засл. юрист України; Наталя Гуторова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Довгерт, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Дроздов, канд. юрид. наук, доц.; Віктор Єрмолаєв, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Журавель, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро Задихайло, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Джозеф Зігеле (JOSEF SIEGELE), doctor iuris (Austria); Алієв Амір Ібрагім, д-р юрид. наук, проф. (Азербайджан); Тетяна Кагановська, д-р юрид. наук, проф.; Іван Калаур, д-р юрид. наук, проф.; Оксана Капліна, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ніна Карпачова, канд. юрид. наук, доц.; Василь Кисіль, д-р юрид. наук, проф.; Олена Кібенко, д-р юрид. наук, доц.; Віктор Колісник, д-р юрид. наук, проф.; Анатолій Колодій, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вячеслав Комаров, канд. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Тетяна Корнякова, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Костенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олексій Кот, д-р юрид. наук; Олена Кохановська, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Станіслав Кравченко; Володимир Кравчук, д-р юрид. наук, проф.; Олексій Кресін, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб., доц.; Наталя Кузнєцова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Павло Кулинич, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Кучерявенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ірина Куян, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб.; Ярослав Лазур, д-р юрид. наук, доц.; Василь Лемак, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Леонід Лобойко, д-р юрид. наук, проф.; Михайло Лошицький, д-р юрид. наук, проф.; Дмитро Лук'янов, д-р юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Луспенник, канд. юрид. наук, доц.; Богдан Львов, канд. юрид. наук; Роман Майданик, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Максимов, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Андрій Мелешевич, д-р філософії (Ph.D.), доц.; Роман Мельник, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Мережко, д-р юрид. наук, проф.; Сергій Мінченко, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб.; Лідія Москвич, д-р юрид. наук, проф.; Анатолій Музика, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Онщенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олеся Отраднава, д-р юрид. наук, доц.; Наталя Пархоменко, д-р юрид. наук, проф.; Петро Пацурківський, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Петришин, д-р юрид. наук, проф., акад.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

НАПрН України; Роман Петров, д-р юрид. наук, проф.; Пилип Пилипенко, д-р юрид. наук, проф.; Микола Погорецький, д-р юрид. наук, проф.; Сергій Погрівний, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олег Подцерковний, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Юрій Притика, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Прокопенко, канд. юрид. наук.; Наталя Рассказова, канд. юрид. наук., доц. (Росія); Михайло Савчин, д-р юрид. наук, проф.; Ірина Сенюта, д-р юрид. наук, доц.; Світлана Серьогіна, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Скрипніюк, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ігор Сліденко, д-р юрид. наук; Ксенія Смирнова, д-р юрид. наук, доц.; Михайло Смокович, д-р юрид. наук; Марина Стефанчук, д-р юрид. наук; Микола Стефанчук, канд. юрид. наук, доц.; Семен Стеценко, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Хірохіде Такікава, (HiRONIDE TAKIKAWA), Prof. (Japan); Михайло Теплюк, д-р юрид. наук; Олег Ткачук, д-р юрид. наук, доц.; Вячеслав Труба, канд. юрид. наук, проф.; Спиридон Флогатіс (SPYRIDON FLOGATIS), Ph.D. in Law, Prof. (Greece); Джабір Халілов, канд. юрид. наук., доц. (Азербайджан); Євген Харитонов, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Хуторян, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Галія Чанишева, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Чирич (OLEKSANDR CIRIC), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Станіслав Шевчук, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Валерій Шепітько, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб.; Олексій Ющик, д-р юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (YASHIKO YAMADA) Prof. (Japan); Олександра Яновська, д-р юрид. наук, проф.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ

Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ; Донецький національний університет імені Василя Стуса; Національна академія прокуратури України; Національний університет “Києво-Могилянська академія”; Національний університет “Острозька академія”; НТУУ “Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського”; Одеський державний університет внутрішніх справ; Одеський національний університет імені І. І. Мечникова; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника; Ужгородський національний університет; Харківський національний університет внутрішніх справ

ПАРТНЕРИ

АО “Адвокатська компанія ‘Кайрос’”; ГО “Ліга професорів права”; ГО “Союз юристів України”; Юридичний портал *Ratio Decidendi*; Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України; Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:
“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА
АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА”

ВСТУПНЕ СЛОВО.....	11
<i>I. Доктринальні питання адміністративного судочинства</i>	
ТЕТІАНА КОЛОМОЙЄТ, VALERII KOLPAKOV Legal Identificatino of Administrtive Procedure	14
ДМИТРО ЛУК'ЯНЕЦЬ Категорія протиправності в доктрині адміністративного судочинства	27
МИХАЙЛО СМОКОВИЧ Правова природа поняття “інтерес” як об’єкта судового захисту в адміністративному судочинстві.....	40
<i>II. Концептуальні засади адміністративного судочинства</i>	
НАДІЯ ПИСАРЕНКО Верховенство права, конвенційні гарантії справедливого суду та принципи адміністративного судочинства.....	55
СЕМЕН СТЕЦЕНКО, ВІТАЛІЙ ЩАВІНСЬКИЙ Захист інтересів держави в адміністративному судочинстві як наукова та практична проблема	77
РОМАН МЕЛЬНИК Про допустимість оскарження в адміністративному суді індивідуальної податкової консультації (за матеріалами судової практики)	92
MILENA SLAVEYKOVA-RUKOVA Der Einfluss der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte auf Normbildende und Rechtssprechungspraxis (Erfahrung des Bulgariens in Bezug auf Einführung der Kompensatorischen Mechanismen zur Sicherstellung der Gerichtlichen Beilegung der Konflikte in Einer Angemessenen Zeit)	104
<i>III. Проблематика процесуальних інститутів адміністративного судочинства</i>	
ВОЛОДИМИР БЕВЗЕНКО Зміст і види процесуального розсуду Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду.....	114

ЗМІСТ

OKSANA KUZMENKO, VICTORIA CHORNA
Topical Issues of Consideration by the Administrative Courts
of Proceedings on the Cases on the Administrative Claims Related
to Refoulement or Compulsory Deportation
and Detention of Foreigners or Stateless Persons 136

Дмитро Лученко
Правова природа позову в адміністративному судочинстві 148

Висновки та рекомендації з актуальної теми 159

ВИБРАНА БІБЛІОГРАФІЯ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ
“Національна доктрина адміністративного судочинства” 169

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Наталія Галецька
Автоматизація правового регулювання:
праволюдний аспект 171

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Микола Самбор
Надзвичайний стан як умова обмеження права
на свободу мирних зібрань 183

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Ігор Рогатюк, Ольга Мінченко
Невинуватість чи невинність. Невідповідність дефініцій
Кримінального процесуального
та Кримінального кодексів статті 62 Конституції України 196

РЕЦЕНЗІЇ

Віталій Опришко
Вагомий крок на шляху формування наукової теорії правової культури
(рецензія на монографію Лариси Макаренко
“Правова культура: теоретико-методологічні основи дослідження”) . . . 206

RATIO DECIDENDI – ЄДНІСТЬ ТА СТАЛІСТЬ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Науковий коментар до правової позиції

Олег Посикалюк
Науковий коментар рішення Суду Європейського Союзу
у справі “Компанія Гугл Спейн СЛ і Гугл ІНК

ЗМІСТ

проти Іспанського агентства із захисту даних (AEPD)
і Маріо Костеха Гонсалеса” (щодо права бути забутим)..... 209

Правові позиції Суду Європейського Союзу

Надмірні вимоги стосовно дозволу керувати автомобілем можуть
перешкоджати вільному пересуванню осіб 220

Правові позиції Верховного Суду

Адміністративна юрисдикція

Про обставини, що підлягають встановленню при розгляді позову
про визнання недійсною податкової консультації 224

Актуальна тема наступного номера:
“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА”

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 4 • 5-7

TABLE OF CONTENTS

Central Topic of the Issue:

“THE NATIONAL DOCTRINE OF ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS”

INTRODUCTORY WORD..... 11

I. Doctrinal Issues of Administrative Proceedings

TETIANA KOLOMOIETS, VALERII KOLPAKOV
Legal Identification of Administrative Procedure 14

DMYTRO LUK'YANETS
The Category of Unlawfulness
in the Administrative Court Procedure Doctrine..... 27

MYKHAILO SMOKOVYCH
Legal Nature of the Concept of ‘Interest’ Subjected to Court Protection
in Administrative Court Procedure 40

II. Conceptual Fundamentals of Administrative Proceedings

NADIYA PYSARENKO
The Rule of Law, Fair Trial Guaranteed by the Convention
and the Principles of Administrative Court Procedure 55

SEMEN STETSENKO, VITALIJ SHCHAVINSKIJ
Protection of the State’s Interests in Administrative Proceedings
as a Scientific and Practical Issue 77

ROMAN MELNYK
On the Admissibility of an Appeal Against
an Individual Tax Consultation to the Administrative Court
(Based on Case Law Materials)..... 92

MILENA SLAVEYKOVA-RUKOVA
Influence of the European Court of Human Rights Decisions
on the Norma-Forming and Judicial Practice
(Experience of Bulgaria Regarding the Introduction of Compensatory
Mechanisms for Ensuring the Judicial Resolution of Conflicts
Within a Reasonable Time)..... 104

III. Issues of the Procedural Institutes of Administrative Proceedings

VOLODYMYR BEVZENKO
The Content and Types of Procedural Discretion Granted
to the Cassation Administrative Court
as a Part of the Supreme Court..... 114

TABLE OF CONTENTS

OKSANA KUZMENKO, VICTORIA CHORNA
Topical Issues of Consideration by the Administrative
Courts of Proceedings on the Cases on the Administrative
Claims Related to Refoulement or Compulsory Deportation
and Detention of Foreigners or Stateless Persons 136

DMYTRO LUCHENKO
Legal Nature of Administrative Action
in Administrative Court Procedure 148

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS ON THE CENTRAL TOPIC 159

SELECTED BIBLIOGRAPHY ON THE CENTRAL TOPIC
“The National Doctrine of Administrative Proceedings” 169

THEORY OF STATE AND LAW

NATALIYA HALETSKA
Automation of Legal Regulation: the Human Rights Aspect 171

CONSTITUTIONAL LAW

MYKOLA SAMBOR
The State of Emergency as the Condition for Limiting the Right
to Freedom of Peaceful Assembly 183

CRIMINAL LAW AND PROCESS

IGOR ROGATYUK, OLGA MINCHENKO
Not Guilty or Innocent. Inconsistency of Definitions
in the Code of Criminal Procedure and the Criminal Code of Ukraine
with Art. 62 of the Constitution of Ukraine 196

REVIEWS

VITALII OPRYSHKO
A Significant Step Towards Establishing the Scientific Theory of Legal Culture
(Review of the Monograph by Larysa Makarenko “Legal Culture:
Theoretical and Methodological Foundations of Research”) 206

RATIO DECIDENDI – CASE LAW UNITY AND STABILITY

Scientific Commentary on Legal Position

OLEG POSYKALIUK
Scientific Commentary on the Judgment of the Court of Justice
of the European Union in the Case of Google Spain SL and Google INC. v.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 4 • 8-10

TABLE OF CONTENTS

the Spanish Data Protection Agency (AEPD) and Mario Costeja Gonzalez”
(Regarding the Right to be Forgotten)..... 209

Legal Positions of the Court of Justice of the European Union

Excessive Requirements for Driving License Can Impair
the Freedom of Movement of Persons..... 220

Legal Positions of the Supreme Court

Administrative Jurisdiction

Circumstances to be Established During Consideration of the Legal Action
for Invalidation of a Tax Consultation..... 224

Central Topic of the Next Issue:
“THE NATIONAL DOCTRINE OF ADMINISTRATIVE LAW”

Актуальна тема номера:
“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА
АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА”



Тетяна Коломоєць

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений юрист України,
декан юридичного факультету
Запорізького національного університету

Валерій Колпаков

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри адміністративного
та господарського права
Запорізького національного університету



ВСТУПНЕ СЛОВО

Вітчизняна доктрина судового захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень із боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, інших суб'єктів при здійсненні ними владних функцій базується на доробках плеяди видатних дослідників ХІХ – початку ХХ ст., зокрема М. Куплеваського, О. Євтихієва, В. Кобалевського та їхніх послідовників радянського і сучасного періодів еволюції української адміністративно-правової науки.

Історичною віхою практичної реалізації їхніх здобутків стало прийняття у 2005 р. Кодексу адміністративного судочинства України, який нормативно визначив параметри такого захисту шляхом справедливо-го, неупередженого та своєчасного розгляду справ адміністративними судами.

© Тетяна Коломоєць, Валерій Колпаков, 2019

І хоча за період свого існування адміністративні суди довели суспільству життєву необхідність присутності на українському правовому просторі як судових органів із захисту прав людей у відносинах із владою, слід визнати, що цілісна доктрина адміністративного судочинства у вітчизняній юриспруденції поки що остаточно не сформована. Внаслідок цього багато питань, які виникають у практиці адміністративних судів, залишаються без вичерпних відповідей з боку науки.

Створення ефективної системи правосуддя є однією з основних передумов належного виконання державою її конституційного обов'язку щодо утвердження і забезпечення прав та свобод людини. Лише в разі існування у країні справедливого та неупередженого адміністративного судочинства громадяни відчуватимуть, що державний механізм практично реалізує принцип верховенства права та захищає їх від будь-якого свавілля.

Нині вектор формування національної концепції адміністративного судочинства зорієнтовано на питаннях сприяння налагодженню ефективного механізму взаємодії державних органів, інститутів громадянського суспільства та міжнародних організацій з питань підготовки і реалізації стратегії його реформування; здійснення моніторингу впровадження та аналізу ефективності реалізації реформ у сфері адміністративної юстиції та інших суміжних правових інститутів, а також досягнення цілей реформування; забезпечення інформування громадськості та міжнародної спільноти про стан розроблення, реалізації і зміст реформаторських зусиль; удосконалення положень щодо юрисдикції судів та позасудового врегулювання спорів; удосконалення засад адміністративного судочинства; забезпечення інституційних спроможностей прокуратури, адвокатури та системи виконання судових рішень; подальше удосконалення інституту “зразкових рішень” Верховного Суду, який розроблено за прикладом “пілотних рішень” Європейського суду з прав людини, що сприятиме забезпеченню єдності правозастосовної практики та швидкому розгляду великої кількості типових справ; відмежування адміністративної юрисдикції від інших видів судової юрисдикції; активне втілення у практику судочинства розгляду справ в електронній формі з можливістю використання електронних доказів.

Актуальним питанням адміністративного судочинства залишається рівень довіри суспільства до об'єктивності розгляду справ і правової обґрунтованості судових рішень. Підвищити довіру можна шляхом більшої відкритості судів, гласності та прозорості судового процесу, прогнозованістю судових рішень та усталеністю судової практики, що необхідно визнати важливою складовою формування національної концепції адміністративного судочинства.

Для продуктивного руху у напрямку формування національної концепції адміністративного судочинства, подальшого вдосконалення

його теоретичного і нормативного підґрунтя є необхідним врахування здобутків європейських держав у сфері державного будівництва, застосування у судовій діяльності практики Європейського суду з прав людини.

З цього приводу слід зазначити, що за висновками Європейської служби зовнішніх дій та Єврокомісії, Україна демонструє потужну динаміку перетворень у системі судоустрою та судочинства. Позитивні зрушення зафіксовано у гармонізації вітчизняних і європейських стандартів щодо уникнення корупційних ризиків та забезпечення принципів відкритості і прозорості діяльності суддів. На законодавчому рівні удосконалено положення щодо моніторингу способу життя судді, закріплено обов'язок судді подавати декларацію родинних зв'язків та декларацію доброчесності.

Водночас при формуванні національної концепції адміністративного судочинства необхідно мати на увазі, що не існує такого іноземного досвіду, який можна було б повністю скопіювати та запровадити в Україні. У нас є свої історичні, ментальні, правові особливості, які мають зберігатися.

Однак для врахування та часткового запозичення ми маємо чимало гідних європейських прикладів взаємодії громадянських інститутів і судових систем, у яких важливе місце відводиться адміністративному судочинству, оскільки саме на адміністративні суди покладаються завдання із захисту прав і свобод людини та громадянина, а суспільство сприймає захист прав, свобод і законних інтересів громадян і юридичних осіб в адміністративному правосудді як важливий та ефективний правовий інструмент.

Це досвід таких держав, як Франція, де зародилася система контролю над діями адміністрації за допомогою незалежної адміністративної юрисдикції; Німеччина, де суспільна вимога щодо створення незалежного судового контролю за діяльністю адміністративних органів почала формуватися на початку XIX ст.; Польща, де адміністративне судочинство є окремою системою, яка повністю незалежна від адміністративних органів і судів загальної юрисдикції.

Досвід свідчить, що прискорення розбудови правової держави й громадянського суспільства неможливе без дієвих правових засобів гарантування та захисту прав і свобод людини та громадянина, забезпечення відповідного балансу приватних і публічних інтересів. Здійснені останнім часом кардинальні заходи щодо подальшого вдосконалення відносин у сфері адміністративної юстиції довели необхідність концептуального перегляду ролі та значення судової влади в системі захисту прав людини, зумовили необхідність в удосконаленні національної концепції адміністративного судочинства.

І. Доктринальні питання адміністративного судочинства



Tetiana Kolomoiets

Doctor of Law, Professor,
Corresponding Member of the National Academy
of Legal Sciences of Ukraine,
Honoured Lawyer of Ukraine, Dean of Law Faculty
Zaporizhzhia National University
(Zaporizhzhia, Ukraine)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1101-8073>
t_deputy@ukr.net



Valerii Kolpakov

Doctor of Law, Professor,
Head of the Department of Administrative and Commercial Law
Zaporizhzhia National University
(Zaporizhzhia, Ukraine)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8580-3261>
Research ID: <http://www.researcherid.com/rid/E-7091-2016>
v.k.kolpakov@gmail.com

УДК 342.951:351.82

LEGAL IDENTIFICATION OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE

ABSTRACT. Creation of the new court jurisdiction in Ukraine represented by administrative procedure gave rise to the relevant areas of scientific research, many of which are concerned with its legal identification and correlation with long-established legal categories. The analysis shows that differences in jurists' opinions are an indication of the pressing scientific issue, addressing which will stimulate ongoing comprehension of the essential characteristics of the judicial appeal against acts and omissions by public authorities.

Accordingly, the aim of this research is to carry out the legal identification of administrative procedure by showing its relation to the subject of administrative law and administrative proceeding.

This has been done by examining the opinions of administrative law scholars on interpretation and correlation of such concepts as administrative procedure, subject of administrative law, administrative proceeding as well as their views on the norms of the Code of Administrative Procedure of Ukraine and provisions of other norms and regulations.

It has been emphasized that renovation of the Ukrainian administrative law and formation of its modern paradigm are inextricably linked with the number of factors which include theoretical and practical findings in the sphere of administrative procedure, efficiency of the scientific support for the reforms of the administrative and legal institutions, establishing the patterns of their reformation, legal review of the actions being taken, as well as providing legal grounding for political and philosophical developments, along with generating legislative and organizational initiatives.

This research also argues that administrative procedure is a fundamental component of the subject matter of administrative law and an integral part of the administrative proceeding.

As a result of this, the authors conclude that administrative procedure, being of administrative and legal nature, constitutes the part of the subject matter of administrative law and administrative proceeding. It is therefore proposed that administrative proceeding be defined as an umbrella term for the regulatory activities of public administration in relation to exercising their authority.

KEYWORDS: administrative law; administrative procedure; administrative proceeding; relations of administrative obligations; the Code of Administrative Procedure of Ukraine; legal relations; subject matter of administrative law; public administration.

The analysis of processes of establishment and development of administrative procedure shows that understanding of views on its identification in the legal system and system of law has been passing through several stages where scientific visions of their concepts, subject and functional components, terminology and statutory definitions have been formed.

On this way, there were opinions that administrative procedure is a new independent judicial and procedural branch of law – administrative procedural law, administrative procedure can't coincide with administrative proceeding, administrative procedure is a component of administrative proceeding, administrative procedure is judicial administrative proceeding, and administrative procedure is the institute of administrative law.

As a result, there is a scientific challenge on the establishment of legal identification of administrative procedure and its correlation with a) subject matter of administrative law; b) administrative proceeding.

Its solution should stimulate the further comprehension of content characteristics of administrative procedure, and scientifically based and objective determination of its place in the legal system and system of law of Ukraine, in particular, in judicial and judiciary law in the sphere of procedural relations.

The introduction of administrative procedure in the legal practice was a motivational stimulus for scientific studies on its legal nature, correlation with judicial and judiciary law, subject matter of administrative law, administrative process and other theoretical and applied problems related to administrative justice.

The issues on legal identification took a special place among them. They were reflected in a number of researches, and it is necessary to mark the papers of S. Stefaniuk “Judicial Administrative Process” (2003), I. Koliushko, R. Kuibida “Administrative Justice: European Experience and Proposal for Ukraine” (2003), M. Tyshchenko “Administrative Process” (2007), O. Kuzmenko, T. Hurzhii “Administrative procedural law of Ukraine” (2007), E. Demskyi “Administrative Procedural Law” (2008), V. Kolpakov “Subject Matter of Administrative Law: Modern Dimension” (2008), “Administrative Procedure: Correlation with Administrative Proceeding and Subject Matter of Administrative Law” (2018), V. Bevzenko, A. Komziuk, R. Melnyk “Administrative Process of Ukraine” (2007) and “Administrative Justice in Ukraine” (2009), T. Kolomoiets, Yu. Pyrozhkova, O. Hanzenko “Administrative Judicial Procedure”, V. Bevzenko “Participation of subjects vested with power in the administrative judicial procedure of Ukraine: legal framework, grounds and forms” (2010), S. Honcharuk “Administrative process” (2012), O. Riabchenko “Administrative Judicial Procedure” (2014), O. Konstantyi “Problems of Defense of Rights, Freedoms and Legal Interests in Administrative Procedure” (2015) and others.

The generalisation of views expressed in the researches permits to talk about the availability of several positions on legal identification of administrative procedure with some relevant suggestions. First, recognition of administrative procedure as a new independent branch of law – administrative procedural law (A. Komziuk, V. Bevzenko, R. Melnyk); second, as a component of administrative procedural law which, in its turn, forms an independent branch in the system of law (E. Demskyi); third, identification of administrative procedure as administrative proceeding (S. Honcharuk); the fourth, as a component of administrative proceeding (V. Bevzenko, V. Kolpakov); fifthly, as administrative litigation (V. Stefaniuk, M. Tyshchenko, O. Riabchenko); sixthly, as the institute of administrative law (T. Kolomoiets, Yu. Pyrozhkova, O. Hanzenko); seventhly, as a system-building component of subject matter of administrative law; eighthly, as a constituent of the sphere of management activity (I. Koliushko, R. Kuibida); ninthly, as the institute of administrative law and process (O. Konstantyi).

The goal of the research is legal identification of administrative procedure in the system of law, the establishment of its correlation with the subject matter of administrative law and administrative process.

In the general philosophic interpretation, identification is the establishment of the identity of objects (from unknown to known) based on characteristics coincidence; the recognition those who are identified as belonging to a relevant system, “family”¹.

¹ В Шинкарук (ред), *Філософський енциклопедичний словник* (Абрис 2002) 233.

For legal phenomena, identification (disclosure of a legal nature) means the establishment of their genetic background, attribution to a particular juridical category, belonging to one or another element of law system. It is peculiar to regulatory acts, branches of government, administrative cases, forms and methods of public administration etc.

The process of determining legal nature (juridical identification) is based, first, on objective a) concept of a relevant phenomenon and b) its doctrinal and regulatory definitions which are adequate from the point of ontological and gnosiological views; second, on the content and peculiarities of legal regulation of relevant legal relations. Identification may be “wide” (according to research object) or “narrow” (according to research subject), that it may be of a special purpose.

Therefore, legal identification of administrative procedure is the establishment of its pertaining to long-standing, scientifically or statutory determined juridical branches, sub-branches, institutes, sub-institutes of the legal system.

Introduction of administrative procedure in Ukrainian legal space was the most significant implementation of scientific researches in the practice of developing of legal state at the modern stage. This step was the realisation of objective needs for the democratic development of the society in relation to the defence of citizens’ rights in the case of their violation by public administration. It found its practical expression in the establishment of administrative courts. Functioning of an individual judicial administrative jurisdiction is guaranteed by the Law of Ukraine “On the Ratification of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950, the First Protocol and Protocols № 2, 4, 7 and 11 to the Convention” dated July 17, 1997², and the Code of Administrative Procedure of Ukraine (herein after referred to as CAPU)³.

Theoretical comprehending of the relations of administrative procedure has been passing through several stages which have formed scientific visions of their concepts, subject and functional components, terminology and statutory definitions⁴.

They found their action-oriented reflection in amendments to the CAPU to which were devoted more than 100 acts of different focuses, and its new edition was adopted on December 3, 2017⁵.

² Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 40. Ст. 263.

³ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-37. Ст. 446.

⁴ Валерій Колпаков, ‘Адміністративне судочинство: співвідношення з адміністративним процесом і предметом адміністративного права’ (2018) 2 *Право України* 26-38.

⁵ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон

Defining aspect of this process was its coherent connection with the new understanding of basic administrative and legal categories, refreshment of the subject matter of administrative law.

As a result, it raised a number of issues on the establishment of correlation (cooperation) of administrative legal procedure with control activities of public administration, administrative-tort sphere, provision of administrative services, administrative process and administrative procedure.

In the course of their studying there were opinions that administrative procedure is essentially new branch of domestic procedural law⁶; that administrative procedure is a component of administrative proceeding⁷; that administrative procedure is administrative process⁸; that administrative procedure is administrative litigation⁹; that administrative procedure is the institute of administrative law¹⁰.

It seems they are derivatives from the more general problem – establishment of the place of administrative procedure in the system of law through identifying its rules on basic components of this system (rules, institutes, branches, sub-institutes, sub-branches) that means issue solution on their unity or distinctiveness, first of all, with administrative law (system-building component of its subject matter).

A critical problem in this way is the fact that scholars don't have fundamental unity in the understanding of the subject matter of administrative law. Modern papers concerning this issue still introduce a marginal theory of the Soviet administrative law according to which its subject matter is only relations of state administration¹¹. As a minimum, such kind of approach doesn't leave a place for judicial procedure in administrative law and as maximum, it prompts to the correlation with the concept of the law dictionary as of 1953 where a relevant article begins with: 'administrative justice doesn't exist in the USSR'¹².

We believe that polemic concerning this issue should be based on the modern administrative-legal researches. They open perspective ways for a scientific search for system ties of administrative procedure with sub-branches and other institutional entities of administrative law.

Renewal process of Ukrainian administrative law and the creation of its modern paradigm are associated with the introduction of the Administrative

Україні від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 48. Ст. 436.

⁶ Анатолій Комзюк та Володимир Бевзенко та Роман Мельник, *Адміністративний процес України: навчальний посібник* (Прецедент 2007) 45.

⁷ Степан Гончарук, *Адміністративний процес: навчальний посібник* (НАУ 2012) 11.

⁸ Володимир Бевзенко, *Участь в адміністративному судочинстві України суб'єктів владних повноважень: правові засади, підстави та форми: монографія* (Прецедент 2010) 48.

⁹ Володимир Стефанюк, *Судовий адміністративний процес: монографія* (Консум 2003) 5.

¹⁰ Тетяна Коломоєць та інші, *Адміністративне судочинство: підручник* (Коломоєць Т ред, Істина 2009) 3.

¹¹ О Гринь та О Донченко, *Правознавство: навчальний посібник* (Фенікс 2016) 150.

¹² С Братусь и другие (ред), *Юридический словарь* (Госюриздат 1953) 15-16.

Reform Concept¹³ in Ukraine in administrative space. It defines that the purpose of reform efforts is a change of the relations between state and citizen where the state performs the function of so-called “service centre” for the interests of society and individual and administrative law – the function of legal support for the service.

In that sort of dimension, administrative law was the juridical branch which carries out scientific support of the administrative reform. The content of such support involves: a) establishing regularities of reforming; b) ensuring political and philosophic conclusions by legal substantiation; c) generating legislative and organisational initiations; d) legal expertise of measures performed; e) own reflections and evolution. The support led to the renewal of the doctrine of administrative law and its recognition as a key research topic, accuracy and correctness of identification of the subject matter of this branch¹⁴.

A basic foundation of these researches was two theoretical conclusions which were elaborated for ideas' development for the Administrative Reform Concept in Ukraine. First, this conclusion states that administrative law can't develop as a monocentric branch that is a branch that has a unified system-building regulatory centre¹⁵; second, conclusion that administrative law is a poly-structural law¹⁶.

Based on these achievements, the concept of the subject matter of administrative law becomes wider and crosses the lines of government control and serves as a branch of public regulation which ensures the functioning of public administration.

The following spheres are marked and delimited from government control within its regulatory space: public administration, administrative services, administrative agreements, responsibilities of society actors (individual and collective) for violation of order and rules established by public administration, responsibilities of public administration for illegal actions or passivity arising due to the appeal of its decisions.

According to this fact, new types of relations are objectified, and tasks on the establishment of their role and place in the subject matter of administrative law are formulated. These are relations of: a) public administration; b) administrative services; c) responsibility of society actors (individual and collective) for the violation of order and rules established by public administration or administrative tort relations; d) relations of

¹³ Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні: Указ Президента України від 22 липня 1998 р. № 810/98. *Офіційний вісник України*. 1999. № 21. Ст. 943.

¹⁴ Вадим Авер'янов, *Вибрані наукові праці* (Андрійко О та інші упоряд, Шемшученко Ю та Андрійко О ред, Інститут держави і права ім В М Корецького НАН України 2011) 268-9.

¹⁵ Вадим Авер'янов, 'Адміністративне право України: доктринальні аспекти реформування' (1998) 8 *Право України* 8.

¹⁶ Валерій Колпаков, *Адміністративне право України: підручник* (Юрінком Інтер 1999) 193.

intermediated authoritativeness (they arise as a result of mutual compliance with administrative rules by the subjects which are not connected by powers of authority); e) relations of responsibilities of public administration for illegal actions or passivity arising due to the appeal of its decisions. According to the above, it is worth mentioning the CAPU clearly distinguishes administration relations and administrative services relations in Art. 4.

A pivotal issue of the understanding of the subject matter of administrative law is the clarification of the availability or lack of its components of integrative characteristics as a whole. Its fundamental importance is conditioned by the fact that the lack of such characteristics made the mentioned set conglomerate formation. Actually, it called in doubt their unity and hence the existence of the subject matter in a new format. The availability of integrative characteristics indisputably indicated that this set is a system and is eligible to be considered as the subject matter of law branch.

In this regard, it is necessary to mark that the Soviet legal doctrine presents subject matter of administrative law as a system formation. Scholars were proving the integrative nature of the cooperation of its component on the ground of the following features: a) all relations of the subject matter are similar ones; b) all relations of the subject-matter are relations of government and subordination; c) all relations of the subject matter arise as a result of exercising public administration by strictly identified structures – state administration bodies.

At the same time, it is essential to keep in mind that even the above approach was dominant, but it didn't get unanimous support from scholars. In this context, it is appropriate to refresh viewpoints of Ts. Yampolska, who introduced the idea that administrative is not focused on forming of an integral structure within its subject matter¹⁷; I. Mrevlishvili, who argued that administrative law is not an independent branch and it doesn't have own subject matter¹⁸; H. Petrov, who marked relations between citizens as administrative-legal ones, for example, between drivers under mutual compliance with road traffic rules¹⁹.

None of the above integrative features is found in the set of new structural components of the subject matter of modern Ukrainian administrative law. It's impossible to qualify the relations of administrative services and relations of responsibility as similar ones. They are not also relations of government and subordination. Not all relations of updated subject matter emerge due to exercising government control.

¹⁷ Ц. Ямпольская, 'О месте административного права в системе советского социалистического права' (1956) 9 Советское государство и право 92.

¹⁸ 'О системе советского социалистического права (обзор)' (1958) 1 Советское государство и право 104-5.

¹⁹ Георгий Петров, *Сущность советского административного права* (Изд-во Ленинградского ун-та 1959) 82-4.

The set of relations, which are regulated by administrative law in updated dimension, transforms other elements into a system and hence into the subject matter of branch. This is category “public administration” and category “relations of administrative obligations”.

“Public administration” actually occupies the place which belonged to the category “government control” in the Soviet administrative law. Today, scientific understanding and further development of the theory of public administration are one of the main focuses of doctrinal renewal of Ukrainian administrative law, and an important foundation for its transformation into the modern juridical branch of the European type.

It is essential to mark that the concept of public administration is not new for Ukrainian law. It was mentioned in the papers of Ukrainian administrative law scholars who worked outside the Soviet law school, for example, in the papers of Yu. Paneiko who in “Basic Theory of Self-Government” (1963) wrote that foundation of administrative law is the fact that it regulates organization and activities of public administration²⁰.

Public administration as a legal category has two dimensions: functional and organisational-structural. Under the functional approach, public administration is the activity of relevant structural formations on exercising functions aimed at realising public interest.

Under the organisational-structural approach, public administration is apparatus which is established for implementation (realisation) of public authority. Ukrainian law calls public authority: a) people’s rule as a direct democracy; b) authority – legislative, executive, judicial; c) local self-government²¹.

Thus, public administration is the system of organisational-structural formations which legally got powers of authority for their implementation in public interests.

All these facts lead to the need to consider the theory of public administration as a methodological basis of administrative law and to use its concept as a basis in the forming administrative-legal relations including the relations of administrative procedure.

The following system-building component for the subject matter of administrative law is the category “relations of administrative obligations”. The essence of these relations is determined by the content of the provisions of the Constitution of Ukraine concerning state responsibility to man, recognition of consolidation and guarantee of the rights and freedoms of man

²⁰ Ю Панейко, *Теоретичні основи місцевого самоврядування* (Мюнхен 1963) 194.

²¹ В Погорілко, ‘Публічна влада’ в *Юридична енциклопедія*, т 5 (2003) 196.

as the main duty of the state, rule of law, limitation of powers and actions of public administration by the Constitution and laws of Ukraine.

Consequently, in the context of formation, public administration undertakes to meet interests of the society and citizen. Among them, there are obligations of public nature, execution of which requires the use of powers of authority by public administration. In the course of their implementation, there are relations that are proposed to be marked as “relations of administrative obligations”.

This category – relations of administrative obligations – unites four types of relations, each of which is an integral part of the subject matter of administrative law. These are relations of public management; relations of administrative services; relations of responsibility of public administration for illegal actions or passivity; relations of responsibility of social actors (individual and collective) for the violation of order and rules established by public administration²².

A characteristic feature of all above-mentioned types of administrative and legal relations is that bodies of public administration act as authority party, which implements its executive and regulatory powers. That is, it has the right to make an authoritative (mandatory) decision.

In the context of such understanding of the subject matter of administrative law, each component of the set of administrative-legal relations occupies a place clearly determined by specific legal grounds.

The relations of responsibility of public administration are derived from the relations of the appeal of its actions, which can be carried out, first, in extrajudicial order (filing an administrative complaint); and, second, in judicial order by filing a complaint to an administrative court (judicial appeal).

In the second case (application to the administrative court) there are relations of administrative justice.

Filing a complaint to a court (court appeal) is confirmed by means of administrative procedure, which is a form of justice. The external expression of administrative procedure is the activity of administrative courts regarding the consideration and resolution of public disputes.

In this regard, it is appropriate to rely on the book “Administrative Law and Process of the Ukrainian People’s Republic in Exile: Ukraine’s Unknown Legal Heritage”, which was published in 2015²³. In our opinion, its value is determined not only by the presentation of developments of standards but also by the manifestation of scientific substantiation (motives) regarding the identification of administrative procedure.

²² Валерій Колпаков, ‘Предмет адміністративного права: сучасний вимір’ (2008) 3 Юридична Україна 36.
²³ Гриценко І та інші (уклад), *Адміністративне право і процес УНР в екзилі: невідома правнича спадщина України* (Гриценко І ред, Дакор 2015) 428.

In this context, attention is drawn to the statement that the determination of the court is characterised not by the functions but by the competence of cases to which administrative law is applied.

Systemic understanding of administrative procedure involves establishing its place not only in the subject matter of administrative law. An important theoretical significance has solution on its relation with the whole set of administrative-procedural forms that form the concept “administrative proceeding”.

Today it is believed that administrative proceeding is the only procedural activity of administrative courts²⁴. It is based on the formula of the old edition of the CAPU: ‘administrative proceeding is legal relations, which are formed during the administrative procedure’ (Article 3 “Definition of concepts”). However, followers of this idea do not take into account that the same article had the following note: ‘In this Code, the following terms are used in the sense <...>’²⁵. It shows that terms defined in Art. 3 of the CAPU of Ukraine (including the definition of administrative proceeding) are indisputable only in the sphere of administrative procedure.

The above did not give grounds to consider that the legislator established a monopoly of administrative procedure on the use of the concept and the term “administrative process”, and its use in other areas of administrative and legal space was justified.

The new version (dated 2017) of the CAPU does not involve the term “administrative proceeding”. Instead of it, the term “judicial proceeding” has been introduced, and it has been established that judicial proceeding is legal relations, which are developed during the conduction of administrative procedure.

This novel meets traditional scientific visions of the legal nature, content, system and structure of administrative proceeding and also finishes the discussion of this issue.

The analysis of the current regulatory standards indicates the application of the term “process” to other (except administrative procedure) types of administrative-legal relations. This is, for example, the process of hazard identification, investigation process (in relation to aviation events and incidents), the regulatory process of aviation activities, budget process.

The Customs Code of Ukraine²⁶ explicitly determines that proceeding on the case of customs violations (and this kind of proceeding, in accordance with Articles 487, 489 of the Code, are proceeding in an administrative offence case)

²⁴ Т Мотрук, ‘Поняття адміністративної процедури у співвідношенні до поняття адміністративного процесу’ (2017) 42 Науковий вісник Ужгородського національного університету Право 186.

²⁵ Кодекс адміністративного судочинства України (н 3).

²⁶ Митний кодекс України: Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 44-45, № 46-47, № 48. Ст. 552.

include the execution of procedural actions (drawing up a protocol on violation of customs rules, interrogation of persons, discovery of documents, temporary withdrawal of goods, consideration of a case, decision pronouncement and its reconsideration due to appeals, etc.).

Part 2 Art. 22 of the Law of Ukraine “On the Judiciary and Status of Judges”²⁷ stipulates that cases on administrative violations are considered in the context and in accordance with the procedure provided by the procedural law.

Thus, the definition of administrative proceeding as a generalized name of statutorily regulated activity of public administration regarding the exercise of powers is relevant. This kind of activity is carried out in the spheres generated by monogenic relations and objectified as structural components of the subject matter of administrative law.

CONCLUSIONS. The research on the legal identification of administrative procedure contains arguments that: a) prove the administrative and legal nature of administrative procedure; b) show that administrative procedure is a system component of the subject matter of administrative law; c) give grounds for the concept of administrative proceeding as statutorily regulated activity of public administration regarding the exercise of powers.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Bevenko V, *Uchast v administratyvnomu sudochynstvi Ukrainy sub'iektiv vladnykh povnovazhen: pravovi zasady, pidstavy ta formy: monohrafiia [Participation of Subjects Vested with Power in the Administrative Judicial Procedure of Ukraine: Legal Framework, Grounds and Forms: Monograph]* (Pretsedent 2010) (in Ukrainian).
2. Honcharuk S, *Administratyvnyi protses: navchalnyi posibnyk [Administrative Process: Training Manual]* (NAU 2012) (in Ukrainian).
3. Hryn O ta Donchenko O, *Pravoznavstvo: navchalnyi posibnyk [Science of Law: Training Manual]* (Feniks 2016) (in Ukrainian).
4. Kolpakov V, *Administratyvne pravo Ukrainy: pidruchnyk [Administrative Law of Ukraine: Textbook]* (Iurinkom Inter 1999) (in Ukrainian).
5. Komziuk A ta Bevenko V ta Melnyk R, *Administratyvnyi protses Ukrainy: navchalnyi posibnyk [Administrative Process of Ukraine: Training Manual]* (Pretsedent 2007) (in Ukrainian).
6. Paneiko Yu, *Teoretychni osnovy mistsevoho samovriaduvannia [Theoretical Foundations of Local Self-government]* (1963) (in Ukrainian).
7. Petrov G, *Sushhnost' sovetskogo administrativnogo prava [The Essence of the Soviet Administrative Law]* (Izd-vo Leningradskogo un-ta 1959) (in Russian).

²⁷ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 липня 2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

8. Stefaniuk V, *Sudovyi administratyvnyi protses: monohrafiia [Judicial Administrative Process: Monograph]* (Konsum 2003) (in Ukrainian).

Edited books

9. Averianov V, *Vybrani naukovi pratsi [Selected Scientific Works]* (Andriiko O ta inshi uporiad, Shemshuchenko Yu ta Andriiko O red, Instytut derzhavy i prava im V M Koretskoho NAN Ukrainy 2011) (in Ukrainian).
10. Bratus' S i drugie (red), *Juridicheskij slovar [Dictionary of Law]* (Gosjurizdat 1953) (in Russian).
11. Hrytsenko I ta inshi (uklad), *Administratyvne pravo i protses UNR v ekzyl: nevidoma pravnycha spadshchyna Ukrainy [Administrative Law and Process of the Ukrainian People's Republic in Exile: Ukraine's Unknown Legal Heritage]* (Hrytsenko I red, Dakor 2015) (in Ukrainian).
12. Kolomoiets Tetiana ta inshi, *Administratyvne sudochynstvo: pidruchnyk [Administrative Judicial Procedure: Textbook]* (Kolomoiets T red, Istyna 2009) (in Ukrainian).
13. Pohorilko V, 'Publichna vlada' ['Public Authority'] v *Yurydychna entsyklopediia [Encyclopedia of Law] t 5* (2003) (in Ukrainian).
14. Shynkaruk V (red), *Filosofskiy entsyklopedychnyi slovnyk [Philosophic Dictionary]* (Abrys 2002) (in Ukrainian).

Journal articles

15. Averianov V, 'Administratyvne pravo Ukrainy: doktrynalni aspekty reformuvannia' ['Administrative Law of Ukraine: Doctrinal Aspects of Reform'] (1998) 8 *Pravo Ukrainy* 8 (in Ukrainian).
16. Jampol'skaja C, 'O meste administrativnogo prava v sisteme sovetskogo socialnogo sticheskogo prava' ['On the Place of Administrative Law in the System of Soviet Socialist Law'] (1956) 9 *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* 92 (in Russian).
17. Kolpakov V, 'Predmet administrativnogo prava: suchasnyi vymir' ['Subject Matter of Administrative Law: a Modern Dimension'] (2008) 3 *Yurydychna Ukraina* 36 (in Ukrainian).
18. —, 'Administratyvne sudochynstvo: spivvidnoshennya z administrativnym protsesom i predmetom administrativnogo prava' ['Administrative Litigation: the Relationship with the Administrative Process and the Subject of Administrative Law'] (2018) 2 *Pravo Ukrayiny* 26-38 (in Ukrainian).
19. Motruk T, 'Poniattia administrativnoi protsedury u spivvidnoshenni do poniattia administrativnogo protsesu' ['The Concept of Administrative Procedure Relative to the Concept of Administrative Process'] (2017) 42 *Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu Pravo* 186 (in Ukrainian).
20. 'O sisteme sovetskogo socialisticheskogo prava (obzor)' ['On the System of Soviet Socialist Law (Review)'] (1958) 1 *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* 101 (in Russian).

Тетяна Коломоєць
Валерій Колпаков

ПРАВОВА ІДЕНТИФІКАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА

АНОТАЦІЯ. Створення в Україні нової судової юрисдикції – адміністративного судочинства, обумовило формування відповідного напрямку наукових досліджень, серед яких особливе місце посіли питання його правової ідентифікації і співвідношення з усталеними правовими категоріями. Сформульовані з цього приводу позиції правників демонструють різноманітність підходів, аналіз яких свідчить про наявність наукової проблеми, розв'язання якої має стимулювати подальше досягнення змістовних характеристик судового оскарження дій та бездіяльності суб'єктів владних повноважень.

Метою статті є правова ідентифікація адміністративного судочинства шляхом розкриття його співвідношення з предметом адміністративного права й адміністративним процесом.

Для її досягнення досліджені погляди вчених-адміністративістів на розуміння і кореляцію відповідних понять (адміністративне судочинство, предмет адміністративного права, адміністративний процес); норми Кодексу адміністративного судочинства України; положення інших нормативних документів.

Підкреслено, що процес оновлення українського адміністративного права і створення його сучасної парадигми пов'язується з теоретичними і практичними здобутками в сфері адміністративного судочинства, ефективністю наукового супроводження реформ адміністративно-правових інститутів, встановленні закономірностей їх реформування, правовій експертизі здійснюваних заходів, а також забезпеченні політико-філософських висновків правовим обґрунтуванням, генеруванні законодавчих й організаційних ініціатив.

Наведено аргументи, що доводять обґрунтованість визнання адміністративного судочинства системоутворюючим компонентом предмета адміністративного права, а також невід'ємною складовою адміністративного процесу.

У результаті автори дійшли висновку, що адміністративне судочинство має адміністративно-правову природу і є складовою предмета адміністративного права й адміністративного процесу. Запропоновано визначати адміністративний процес як узагальнену назву нормативно регламентованої діяльності публічної адміністрації щодо реалізації владних повноважень.

Ключові слова: адміністративне право; адміністративне судочинство; адміністративний процес; відносини адміністративних зобов'язань; Кодекс адміністративного судочинства України; правові відносини; предмет адміністративного права; публічна адміністрація.



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 невіддільним 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.pravoua.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 (доповідь, 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.

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.



Михайло Смокович

доктор юридичних наук,
заслужений юрист України,
Голова Касаційного адміністративного суду
у складі Верховного Суду
(м. Київ, Україна)
kas@supreme.court.gov.ua

УДК 342.922

ПРАВОВА ПРИРОДА ПОНЯТТЯ “ІНТЕРЕС” ЯК ОБ’ЄКТА СУДОВОГО ЗАХИСТУ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

АНОТАЦІЯ. На практиці нині відсутні єдині підходи до порядку встановлення та оцінки наявності порушеного законного інтересу осіб при зверненні до суду, що зумовлює різні підходи правозастосування в реалізації права на його судовий захист. Діяльність суду в цих умовах наражається на справедливую критику щодо незабезпечення ефективного судового захисту передусім через недостатню вмотивованість і непослідовність у вирішенні цих питань. Тому цілком обґрунтованою є необхідність дослідження змісту поняття “інтерес” як об’єкта судового захисту задля формування єдиної правозастосовної практики.

Метою статті є встановлення змісту поняття “інтерес” фізичних та юридичних осіб як об’єкта судового захисту в адміністративному судочинстві.

Проаналізовано вживання терміна “інтерес” у Конституції та законах України. На підставі цього аналізу зроблено висновок, що законодавець не надав юридично-змістової характеристики поняттям “інтерес”, “законний інтерес”, “охоронюваний законом інтерес” тощо. Встановлено, що в окремих випадках поняття “інтерес” можна поділити за суб’єктною чи предметною ознаками; здійснено класифікацію видів інтересу за вказаними характеристиками. Конституцією України не визначений вичерпний перелік інтересів громадян, а тому він може бути розширений законодавцем у законах України та підзаконних актах, зокрема тими, які захищаються законом.

Незважаючи на те, що “інтерес” є однією з категорій, які достатньо широко застосовується у законодавстві України, він, з огляду на багатоаспектність, має безліч варіантів трактування. У зв’язку з цим, окрім юридичного, проаналізовано етимологічний, загальносоціологічний і психологічний зміст поняття “інтерес”. Крім цього, з’ясовано зміст поняття “охоронюваний законом інтерес”, а також співвідношення інтересу члена громади та органів місцевого самоврядування.

Визначено способи захисту інтересів позивача в адміністративному судочинстві. Заінтересована особа має право звертатися до суду за захистом не будь-якого, а виключно легітимного інтересу, тобто такого, що не порушує права, свободи чи інтереси інших осіб. Наявність конфлікту (конкуренції) інтересів сторін у спорі не свідчить про нелегітимність їхніх інтересів.

Запропоновано під “інтересом” фізичних та юридичних осіб, який є об’єктом судового захисту в адміністративному судочинстві (ч. 1 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України), вважати усвідомлене та виражене прагнення до користування конкретним матеріальним та (або) нематеріальним благом; зумовлений загальним змістом об’єктивного і прямо не опосередкований у суб’єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об’єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції та законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам.

Встановлено ознаки, яким повинен відповідати “інтерес”, щоб він міг бути об’єктом судового захисту в адміністративному судочинстві, а саме: усвідомлене та виражене, зокрема у позовній заяві, прагнення; такий інтерес повинен перебувати у логічно-смысловому зв’язку з суб’єктивними правами; суб’єктивними правами прямо не опосередковується, тобто виходить за їхні межі; не суперечить Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам, тобто відповідає ознаці “легітимності”; метою судового захисту інтересу є задоволення саме індивідуальних потреб; порушенням інтересу особи їй може бути завдано шкоди.

Зроблено висновок, що у зв’язку з відсутністю правового врегулювання певного інтересу скажника, або встановлених нормами права меж поведінки відповідача, факт наявності інтересу особи-позивача слід встановлювати у кожному конкретному випадку, якщо інше прямо не передбачено законом (як, наприклад, у випадку уточнення виборчих списків).

Ключові слова: інтерес; законний інтерес; охоронюваний законом інтерес.

За понад 10 років чинності Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України)¹ на рівні як юридичної теорії, так і практики вже неодноразово у ньому виявлялися і вивчалися проблемні аспекти правового регулювання процедур і засобів судового захисту законних інтересів фізичних та юридичних осіб у відносинах із суб’єктами владних повноважень на різних його стадіях.

Взагалі термін “інтерес” є однією з тих категорій, яка достатньо широко застосовується у законодавстві України. Однак, незважаючи на це, законодавець досі не надав юридично-змістової характеристики ні поняттю “інтерес”, ні “законний інтерес”, ні “охоронюваний законом інтерес”.

Водночас розвиток процесуального законодавства спрямований на розширення кола об’єктів судового захисту з метою застосування його не лише до захисту прав і свобод, а й “законних інтересів”. Необхідність захисту законного інтересу у спірних правовідносинах часто трапляється у поданих позовних заявах у межах здійснення громадського контролю за окремими сферами реалізації компетенції суб’єктами владних

¹ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>> (дата звернення: 12.03.2019).

Михайло Смокович

повноважень щодо оскарження їхніх рішень, дій чи бездіяльності, які становлять особливу суспільну зацікавленість: бюджет, розпорядження власністю, кадрові призначення, дотримання встановлених екологічних, містобудівних норм тощо.

Водночас на практиці відсутні єдині підходи до порядку встановлення та оцінки наявності порушеного законного інтересу осіб при зверненні до суду, що зумовлює різні підходи правозастосування у важливому питанні реалізації права на судовий захист. Діяльність суду в цих умовах наражається на справедливую критику щодо незабезпечення ефективного судового захисту передусім через недостатню вмотивованість і непослідовність у вирішенні цих питань. Тому цілком обґрунтованою є необхідність формування єдиної правозастосовної практики при судовому розгляді щодо встановлення змісту поняття “інтерес” як об’єкта судового захисту.

Метою дослідження є встановлення змісту поняття “інтерес” фізичних та юридичних осіб як об’єкта судового захисту в адміністративному судочинстві (у порядку ч. 1 ст. 2, ст. 5 КАС України).

Аналіз останніх досліджень і публікацій показав, що дослідженням проблеми поняття “інтерес” як правової категорії займалися достатньо багато науковців, як іноземних, так і вітчизняних, серед яких, зокрема: В. Барвицький, І. Венедиктова, Р. Гукасян, Н. Кляус, В. Кравець, О. Малько, М. Першин, М. Рожкова, О. Сергеев, В. Субочев, А. Ханіпов, І. Щербетун. Однак ґрунтовних досліджень змісту поняття “інтерес” як об’єкта судового захисту саме в адміністративному судочинстві, за винятком поодиноких публікацій вітчизняних фахівців, на жаль, не виявилось.

Вживання терміна “інтерес”

у Конституції та законах України, види інтересу, суб’єкти

На підставі аналізу положень Конституції України², КАС України та інших законів України можна дійти висновку, що законодавець не надав юридично-змістової характеристики поняттям “інтерес”, “законний інтерес”, “охоронюваний законом інтерес” тощо³.

Однак в окремих випадках поняття “інтерес” можна поділити за суб’єктною чи предметною ознаками.

² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 02.11.2018).

³ Водночас у законодавстві містяться окремі визначення певних видів інтересів. Наприклад: ‘національні інтереси України – життєво важливі інтереси людини, суспільства і держави, реалізація яких забезпечує державний суверенітет України, її прогресивний демократичний розвиток, а також безпечні умови життєдіяльності і добробут її громадян’ (Про національну безпеку України: Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19#n355>> (дата звернення: 11.02.2019)).

Так, Основним Законом України визначено інтерес таких суб’єктів: України (ст. 18); населення (ст. 35); людини (ст. 35); громадян України (статті 36, 54); суспільства (ст. 41); працюючих (ст. 44); співвітчизників (народних депутатів України, Президента України) (статті 79, 104); осіб у сфері публічно-правових відносин (ст. 125); суддів (ст. 1301); територіальних громад сіл, селищ та міст (ст. 140)⁴.

За предметною характеристикою Конституція України визначає такі види інтересів: національні (ст. 18); національної безпеки (статті 32, 34); охорони громадського порядку, здоров’я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей (ст. 35); політичні, економічні, соціальні, культурні, трудові, соціально-економічні та інші інтереси громадян України (ст. 36); економічні і соціальні інтереси працюючих (ст. 44); моральні і матеріальні інтереси, що виникають у зв’язку з різними видами інтелектуальної діяльності громадян (ст. 54); суспільні інтереси (ст. 89); у сфері публічно-правових відносин (ст. 125); професійні (суддів) (ст. 1301); спільні (територіальних громад сіл, селищ та міст) (ст. 140)⁵.

На нашу думку, вжита у ст. 36 Основного Закону України форма “та інші інтереси громадян України” означає, що Конституцією України не визначений вичерпний перелік інтересів громадян, а тому він може бути розширений законодавцем у законах України та підзаконних актах, зокрема тими, які захищаються законом. Вказане не виключає можливості звернутися до суду для захисту особою інтересу, охорона якого не передбачена жодним нормативно-правовим актом.

Суб’єктами, чиї інтереси захищаються законом, є фізичні особи та юридичні особи (ст. 2 КАС України⁶, ст. 2 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)⁷, ст. 2 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України)⁸), людина і громадянин, інші суб’єкти у сфері публічно-правових відносин (статті 9, 21 КАС України); спеціальними суб’єктами є держава (ст. 53 КАС України, ст. 2 ЦПК України, ст. 2 ГПК України), малолітні та неповнолітні особи, які не досягли віку, з якого настає адміністративна процесуальна дієздатність, а також недієздатні фізичні особи (ст. 56 КАС України). Згідно з положеннями ст. 5 ЦПК України, ст. 5 ГПК України суд захищає, зокрема, суспільні інтереси. Отже, окремим суб’єктом є суспільство.

⁴ Конституція України (н 2).

⁵ Там само.

⁶ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України в редакції від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>> (дата звернення: 11.02.2019).

⁷ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України в редакції від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (дата звернення: 11.02.2019).

⁸ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України в редакції від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>> (дата звернення: 11.02.2019).

За процесуальним становищем можна виділити інтереси учасників справи та осіб, які не брали участі у справі (статті 13, 14 КАС України).

Порушені інтереси захищає особа сама або у передбачених випадках прокурор (ст. 53 КАС України), законні представники – батьки, усиновлювачі, опікуни чи інші особи, визначені законом (ст. 56 КАС України).

Процесуальне законодавство також по-різному визначає інтереси, які можуть бути захищені в суді: “інтереси” (ст. 2 КАС України, ст. 2 ЦПК України), “законні інтереси” (ст. 2 ГПК України, ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України⁹), “охоронювані законом інтереси” (ст. 1 Закону України “Про третейські суди”¹⁰).

Дефініція поняття “інтерес”

Незважаючи на те, що “інтерес” є однією з тих категорій, яка достатньо широко застосовується у законодавстві України, вона має безліч варіантів трактування через її багатоаспектність.

Конституційний Суд України (далі – КСУ) у рішенні від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 (далі – рішення № 18-рп/2004) вказує:

Етимологічний зміст слова “інтерес” включає: а) увагу до кого-, чого-небудь, зацікавлення кимось, чимось; цікавість, захоплення; б) вагу; значення; в) те, що найбільше цікавить кого-небудь, що становить зміст чийхось думок і турбот; г) прагнення, потреби; д) те, що йде на користь кому-, чому-небудь, відповідає чийсь прагненням, потребам; вигоду, користь, зиск. У загальносоціологічному значенні категорія “інтерес” розуміється як об’єктивно існуюча і суб’єктивно усвідомлена соціальна потреба, як мотив, стимул, збудник, спонукання до дії; у психології – як ставлення особистості до предмета, як до чогось для неї цінного, такого, що притягує. В юридичних актах термін “інтерес”, враховуючи його як етимологічне, так і загальносоціологічне, психологічне значення, вживається у широкому чи вузькому значенні як самостійний об’єкт правовідносин, реалізація якого задовольняється чи блокується нормативними засобами¹¹.

У рішенні № 18-рп/2004 КСУ визначив, що “інтерес” застосовується в Конституції України, у ч. 1 ст. 4 ЦПК України і в багатьох законах та інших нормативно-правових актах у вузькому розумінні цього слова, ‘тобто інтерес, який, на відміну від інтересу в широкому розумінні, перебуває

⁹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> (дата звернення: 11.02.2019).

¹⁰ Про третейські суди: Закон України від 11 травня 2004 р. № 1701-IV <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1701-15>> (дата звернення: 11.02.2019).

¹¹ Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04>> (дата звернення: 11.02.2019).

виключно у логічно-смісловому зв’язку із суб’єктивними правами, але прямо ними не опосередковується, тобто виходить за межі останніх¹².

Крім того, КСУ у рішенні № 18-рп/2004 зазначив:

Поняття “охоронюваний законом інтерес”, що вживається у законах України у логічно-смісловому зв’язку з поняттям “права” (інтерес у вузькому розумінні цього слова), означає правовий феномен, який: а) виходить за межі змісту суб’єктивного права; б) є самостійним об’єктом судового захисту та інших засобів правової охорони; в) має на меті задоволення усвідомлених індивідуальних і колективних потреб; г) не може суперечити Конституції і законам України, суспільним інтересам, загальноновизнаним принципам права; д) означає прагнення (не юридичну можливість) до користування у межах правового регулювання конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом; є) розглядається як простий легітимний дозвіл, тобто такий, що не заборонений законом¹³.

Охоронюваний законом інтерес регулює ту сферу відносин, заглиблення в яку для суб’єктивного права законодавець вважає неможливим або недоцільним. Системний аналіз, який провів КСУ, свідчить, що поняття “охоронюваний законом інтерес” у всіх випадках вживання його у законах України у логічно-смісловому зв’язку з поняттям “права” має один і той же зміст¹⁴.

Інтерес, навіть перебуваючи під охороною закону чи права, на відміну від суб’єктивного права, не забезпечується юридичним обов’язком іншої сторони. Законний інтерес відбиває лише легітимне прагнення свого носія до того, що не заборонено законом, тобто тільки його бажання, мрію, потяг до нього, а отже – й не юридичну, а фактичну (соціальну) можливість. Це прагнення у межах сфери правового регулювання до користування якимось конкретним матеріальним або нематеріальним благом. Відмінність такого блага від блага, яке охоплюється змістом суб’єктивного права, полягає в тому, що користування благом, на яке особа має право, визначається можливістю в межах закону, а до якого має законний інтерес – без вимог певних дій від інших осіб або чітко встановлених меж поведінки.

Інтерес особи не слід ототожнювати з її суб’єктивним правом, хоча воно і є першочерговим, із якого й випливає інтерес особи. Інтереси існують поза межами суб’єктивного права, будучи при цьому нерозривно пов’язаними з ним. Одночасно в основі будь-якого суб’єктивного права є інтерес.

¹² Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 (н 11).

¹³ Там само.

¹⁴ Там само.

Також інтерес особи не слід ототожнювати з інтересом органів місцевого самоврядування чи територіальної громади. Легітимний інтерес органів місцевого самоврядування не є простою сукупністю законних інтересів його жителів – членів громади. Індивідуальні інтереси останніх, як правило, відрізняються суперечливістю, оскільки спрямовуються на пошук і використання або створення шляхів і засобів для задоволення різних за обсягом і змістом потреб, та різними мотивами у таких бажаннях і прагненнях.

Законодавством України надається пріоритет інтересів органів місцевого самоврядування та територіальної громади над інтересами окремих жителів – членів громади, оскільки останні не мають визначених законами відчутних важелів впливу на прийняття рішень органами місцевого самоврядування чи їх посадовими особами. Таке превалювання інтересу більшості є елементом правової, демократичної держави, однак не скасовує можливості судового захисту реально порушеного інтересу особи – члена громади. Суду у такому випадку, очевидно, потрібно встановити не тільки законність прийнятого суб'єктом владних повноважень рішення у межах своїх повноважень, а й баланс публічного та приватного інтересу як елементу верховенства права.

Отже, при дослідженні “інтересу” першочергово слід брати до уваги те, що нерозривно пов'язаним елементом тут завжди будуть існуючі життєво важливі для суб'єкта потреби і блага.

Як вже зазначалося вище, термін “інтерес” не містить чіткого визначення у національному законодавстві, не має чіткого та однозначного уявлення про ці категорії і в доктрині. Однак можна стверджувати, що це поняття є оціночним і у кожній конкретній ситуації повинне розглядатися судом індивідуально.

Окремо слід вказати, що протиправними рішеннями, діями чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень або іншим порушенням інтересів суб'єктів публічно-правових відносин може бути заподіяна шкода, яка підлягає відшкодуванню (ч. 5 ст. 21 КАС України)¹⁵.

Щодо співвідношення інтересу жителя міста – члена громади та інтересу міста (органів місцевого самоврядування) вочевидь вони не збігаються, що зумовлено цілями діяльності міста (органів місцевого самоврядування), зокрема останні представляють спільні інтереси територіальних громад задля вирішення питань місцевого значення у межах Конституції і законів України (положення ст. 2 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”¹⁶). Незбіг вказаних інтересів залежить від впливу

¹⁵ Кодекс адміністративного судочинства України (н 6).

¹⁶ Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 11.02.2019).

різних суб’єктивних факторів (соціального, політичного, економічного тощо). Інтерес міста (органів місцевого самоврядування) має бути юридично оформлений через нормативні акти (зокрема, закони), статутні акти, прийняті рішення та ін. Натомість інтерес особи – члена громади, як вже зазначалося, невизначений.

Отже, слід сказати, що у зазначених у дорученні суб’єктів (місто (органи місцевого самоврядування), окремий його житель – член громади, підприємства, яким надано пільги) є легітимні, хоча й конкуруючі інтереси, які підлягають судовому захисту як такі, що не суперечать закону.

Вважаємо, що в разі порушення інтересів міста (органів місцевого самоврядування), територіальної громади поняття “інтерес” не включає у себе інтересу жителя міста – члена громади, який не має належним чином оформленого повноваження представляти інтереси міста (органів місцевого самоврядування), жителем якого він є, або інтересів територіальної громади.

Термін “інтерес” не передбачає можливості вирішення певних питань діяльності міста (органів місцевого самоврядування) окремим його жителем – членом громади за його власною ініціативою без відповідного уповноваження на це від органів місцевого самоврядування, зокрема й тоді, коли при обмеженні прав міста (органів місцевого самоврядування) порушуються його інтереси як жителя цього міста – члена громади. Також поняття “інтерес” не може включати безпосереднього інтересу фізичної особи – жителя міста у разі, коли він звертається до суду за захистом порушених прав міста (органів місцевого самоврядування), маючи на це представницькі повноваження органів місцевого самоврядування чи їхніх посадових осіб.

Відповідно до змісту ч. 1 ст. 8 Конституції України інтерес особи перебуває під захистом не тільки закону, а й об’єктивного права загалом, що панує у суспільстві¹⁷. Натомість випадки, коли інтерес не захищається ані законом, ані правом або обмежується (звужується його зміст чи обсяг) мають бути прямо передбачені у законі (наприклад, законом визнано існування інтересу особи, однак його захист не здійснюється, оскільки суперечить інтересу інших осіб: суд не приймає відмови позивача від позову, визнання позову відповідачем і не визнає умов примирення сторін, якщо ці дії суперечать закону або порушують чий-небудь права, свободи чи інтереси (ч. 6 ст. 47 КАС України); суд не приймає відмови від позову, визнання позову і продовжує розгляд адміністративної справи, якщо ці дії позивача або відповідача суперечать закону чи пору-

¹⁷ Конституція України (н 2).

Михайло Смокович

шують чий-небудь права, свободи або інтереси (ч. 5 ст. 189 КАС України)¹⁸.

Таким чином, заінтересована особа має право звертатися до суду за захистом не будь-якого, а виключно легітимного інтересу, тобто такого, що не порушує права, свободи чи інтереси інших осіб. Наявність конфлікту (конкуренції) інтересів сторін у спорі не свідчить про нелегітимність їхніх інтересів.

Жоден закон не має права обмежувати доступ до правосуддя особі, інтереси якої ущемлені (порушені); суди зобов'язані приймати від громадян заяви до розгляду навіть у випадку відсутності у законі спеціального положення про судовий захист, щоб не порушувати вимоги статей 22, 55, 64, 125 Конституції України (у частині непорушності прав і свобод людини та громадянина і їх невичерпності, можливості захисту у суді, поширення юрисдикції судів на будь-який юридичний спір).

Інтерес є невід'ємним від конкретних прав суб'єктів правовідносин, що мають звертатися до судових органів за захистом інтересів лише як безпосередні учасники спірних правовідносин, тобто суб'єкти правовідносин (заінтересовані особи), чий безпосередні права та пов'язані з ними інтереси порушені. Водночас у ч. 1 ст. 274 КАС України передбачений випадок, коли особа не несе тягар доказу порушення її прав, свобод чи інтересу:

Право звернутися з адміністративним позовом про уточнення списку виборців, у тому числі про включення або виключення зі списку *себе особисто або інших осіб* (курсив наш. – М. С.), має кожен, хто має право голосу на відповідних виборах або референдумі¹⁹.

У частинах 1 та 2 ст. 5 КАС України “Право на звернення до суду та способи судового захисту” визначено:

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;

¹⁸ Кодекс адміністративного судочинства України (н 6).

¹⁹ Там само.

- 4) визнання бездіяльності суб’єкта владних повноважень протиправною та зобов’язання вчинити певні дії;
- 5) встановлення наявності чи відсутності компетенції (повноважень) суб’єкта владних повноважень;
- 6) прийняття судом одного з рішень, зазначених у пунктах 1–4 цієї частини та стягнення з відповідача – суб’єкта владних повноважень коштів на відшкодування шкоди, заподіяної його протиправними рішеннями, дією або бездіяльністю.

Захист порушених прав, свобод чи інтересів особи, яка звернулася до суду, може здійснюватися судом також в інший спосіб, який не суперечить закону і забезпечує ефективний захист прав, свобод, інтересів людини і громадянина, інших суб’єктів у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб’єктів владних повноважень²⁰.

Таким чином, позивач може обрати будь-який із перелічених або інший, який не суперечить закону і забезпечує ефективний захист інтересів, спосіб захисту його інтересів в адміністративному судочинстві.

Відповідно до положень КАС України у справах щодо оскарження рішень, дій та бездіяльності суб’єкта владних повноважень тягар доказування факту порушення прав, свобод чи інтересів позивача лежить на останньому (в позовній заяві у таких справах зазначається: *обґрунтування порушення* оскаржуваними рішеннями, діями чи бездіяльністю прав, свобод, інтересів позивача (п. 9 ч. 5 ст. 160); суд не може витребувати докази у позивача в адміністративних справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб’єкта владних повноважень, *окрім доказів на підтвердження обставин, за яких, на думку позивача, відбулося порушення його прав, свобод чи інтересів* (ч. 4 ст. 77)²¹.

Суддя, встановивши, що позовну заяву подано без додержання вимог, встановлених статтями 160, 161 КАС України, протягом п’яти днів із дня подання позовної заяви постановляє ухвалу про залишення позовної заяви без руху (ч. 1 ст. 169). Як вказано вище, згідно з положеннями ст. 160 КАС України однією з вимог до позовної заяви є наведення скаржником обґрунтування порушення його інтересу²².

Аналіз позовної заяви на предмет того, чи наявна в ній взагалі будь-яка аргументація скаржника щодо обґрунтування порушення оскаржуваними рішеннями, діями чи бездіяльністю його прав, свобод, інтересів, здійснюється на попередній стадії до розгляду справи по суті. Ненаведення у позовній заяві будь-якої мотивації стосовно порушення оскаржуваними рішеннями, діями чи бездіяльністю інтересів скаржни-

²⁰ Кодекс адміністративного судочинства України (н 6).

²¹ Там само.

²² Там само.

Михайло Смокович

ка, відсутність у тексті доводів, які дійсно обґрунтовували б висновок про те, що рішеннями, діями чи бездіяльністю суб'єкт владних повноважень порушив його інтерес, вказує на відсутність обов'язкової складової позовної заяви, визначеної у п. 9 ч. 5 ст. 160 КАС України, що дає підстави вважати це недоліком позовної заяви саме за формою. Якщо ж у такій заяві викладено певні аргументи стосовно порушення оскаржуваними рішеннями, діями чи бездіяльністю інтересів скаржника, це є підставою для висновку про формальну наявність обґрунтування. У такому разі ця аргументація має досліджуватися у подальшому судом за змістом, на основі чого буде зроблено остаточний висновок про наявність обґрунтування порушення інтересу особи. Вказані вимоги п. 9 ч. 5 ст. 160 КАС України є складовою позовної заяви²³.

Отже, стверджуючи про порушення оскаржуваними рішеннями, діями чи бездіяльністю інтересів скаржника, він повинен навести аргументи, які свідчили б про обґрунтованість змісту і вимог позовної заяви.

Якщо недоліки щодо додержання вимог, встановлених статтями 160, 161 КАС України не усунуто позивачем, позовна заява повертається (п. 1 ч. 4 ст. 169 КАС України)²⁴.

Отже, у зв'язку із відсутністю правового врегулювання певного інтересу скаржника, або встановлених нормами права меж поведінки відповідача, факт наявності інтересу особи-позивача слід встановлювати у кожному конкретному випадку, якщо інше прямо не передбачено законом (наприклад, у випадку щодо уточнення виборчих списків).

Аналогічну позицію неодноразово викладав Верховний Суд України, зокрема:

– висновок Вищого адміністративного суду України (далі – ВАС України) про відсутність порушення прав позивача з боку відповідача та необхідність закриття провадження у справі ґрунтується на правильному застосуванні норм матеріального та процесуального права²⁵;

– касаційний суд, закриваючи провадження в частині вимог щодо зобов'язання вчинити дії на відшкодування бюджетної заборгованості, реалізуючи положення ст. 6 КАС України, правильно виходив з оцінки виникнення обставин порушення права позивача, оскільки лише у разі порушення охоронюваних законом прав та інтересів спірні правовідносини можуть стати предметом розгляду адміністративними судами за правилами вказаного кодифікованого акта²⁶;

www.pravoua.com.ua

²³ Кодекс адміністративного судочинства України (н 6).

²⁴ Там само.

²⁵ Постанова Верховного Суду України від 22 вересня 2015 р. № 21-2200a15 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52312411>> (дата звернення 11.02.2019).

²⁶ Постанова Верховного Суду України від 1 червня 2010 р. № 21-573во10 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/10528520>> (дата звернення: 11.02.2019).

– зі змісту регулювання, яке міститься у КАС України, також вбачається, що і право оскаржити індивідуальний акт має особа, якої він стосується. Оскільки адміністративна процесуальна дієздатність заявника у відносинах, врегульованих оспорюваними постановою та Указом, законодавчо обмежена, ухвала ВАС України про відмову йому у відкритті провадження в адміністративній справі згідно з п. 1 ч. 1 ст. 109 КАС України відповідає вимогам чинного законодавства²⁷.

При цьому судова практика не є однаковою щодо зазначеного питання. Так, ВАС України вказував:

1. Обставину дійсного (фактичного) порушення відповідачем прав, свобод чи інтересів позивача має довести належними та допустимими доказами саме позивач; як встановлено судами попередніх інстанцій та вбачається із матеріалів справи, позивачами не надано доказів порушення їх прав суб’єктом владних повноважень, права чи інтересів особи в сфері публічно-правових відносин. Одночасно з викладеним, колегія суддів погоджується із позицією судів попередніх інстанцій щодо наявності підстав для розгляду зазначеного спору у порядку адміністративного судочинства України²⁸.

2. Оскільки оскаржувані дії та рішення відповідачів не тільки не стосуються інтересів Чернігівської міської кредитної спілки “Народна Воля” у сфері публічних правовідносин і не тягнуть за собою виникнення, припинення чи змінення її цивільних прав, не порушують гарантованих законодавством України свобод та не торкаються її законних інтересів, а тому суди дійшли правильного висновку про безпідставність позовних вимог²⁹.

Щодо порушення інтересів фізичної особи – члена громади органами місцевого врядування шляхом прийняття рішення про надання пільг зі сплати місцевих податків і зборів, а також земельного податку, зокрема, звільнивши від його сплати окремі підприємства, зазначаємо про таке.

Орган місцевого самоврядування представляє *інтереси територіальної громади* і приймає від її імені рішення; бюджет місцевого самоврядування (місцевий бюджет) – це план утворення і використання фінансових ресурсів, необхідних для забезпечення функцій та повноважень місцевого самоврядування (положення ст. 1 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”³⁰).

²⁷ Постанова Верховного Суду України від 24 червня 2014 р. № 21-231а14 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39783861>> (дата звернення: 11.02.2019).

²⁸ Ухвала Вищого адміністративного суду України від 11 лютого 2016 р. № К/800/14448/13 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55908535>> (дата звернення: 11.02.2019).

²⁹ Ухвала Вищого адміністративного суду України від 26 травня 2011 р. № К-37203/10-С <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/16525295>> (дата звернення: 11.02.2019).

³⁰ Про місцеве самоврядування в Україні (н 16).

Михайло Смокович

Відповідно до положень ч. 1 ст. 26 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”:

1. Виключно на пленарних засіданнях сільської, селищної, міської ради вирішуються такі питання: <...>
- 24) встановлення місцевих податків і зборів відповідно до Податкового кодексу України; <...>
- 28) прийняття рішень щодо надання відповідно до чинного законодавства пільг по місцевих податках і зборах, а також земельному податку; <...>
- 35) затвердження ставок земельного податку відповідно до Податкового кодексу України³¹.

На нашу думку, член громади, який стверджує про порушення його інтересів органами місцевого врядування шляхом прийняття рішення про надання пільг щодо плати за землю на території міста, повинен довести у позовній заяві факт існування у нього інтересу, який пов’язаний саме із вказаними правовідносинами в бюджетній сфері. Вважаємо, що суб’єктами правовідносин у бюджетній сфері є саме територіальні громади й органи місцевого самоврядування, а не окремі члени громади. Вказане не виключає можливості існування інтересу у позивача – члена громади.

Тому особа – член територіальної громади може захищати свої права та охоронювані законом інтереси шляхом звернення до суду у випадку їх порушення, оспорювання чи невизнання суб’єктом владних повноважень. У позовній заяві такої особи повинно міститися обґрунтування порушення її інтересу. Факт наявності інтересу особи-позивача слід встановлювати у кожному конкретному випадку, якщо інше прямо не передбачено законом.

Висновки. Підсумовуючи, вважаємо, що при дослідженні поняття “інтерес” першочергово слід брати до уваги те, що нерозривно пов’язаним елементом тут завжди будуть існуючі життєво важливі для суб’єкта потреби і блага. Водночас інтерес особи не слід ототожнювати з її суб’єктивним правом, хоча воно і є першочерговим, із якого й випливає інтерес особи. Інтереси існують поза межами суб’єктивного права, будучи при цьому нерозривно пов’язаними з ним. Одночасно в основі будь-якого суб’єктивного права є інтерес.

Заінтересована особа має право звернутися до суду за захистом не будь-якого, а виключно легітимного інтересу, тобто такого, що не порушує права, свободи чи інтереси інших осіб. Наявність конфлікту

www.pravolia.com.ua

³¹ Про місцеве самоврядування в Україні (н 16).

(конкуренції) інтересів сторін у спорі не свідчить про нелегітимність їх інтересів.

“Інтересом” фізичних та юридичних осіб, який є об’єктом судового захисту в адміністративному судочинстві (ч. 1 ст. 2 КАС України), пропонуємо вважати усвідомлене та виражене прагнення до користування конкретним матеріальним та (або) нематеріальним благом; зумовлений загальним змістом об’єктивного і прямо не опосередкований у суб’єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об’єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції та законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам.

Відповідаючи на запитання – яким ознакам повинен відповідати “інтерес”, щоб він міг бути об’єктом судового захисту в адміністративному судочинстві? – вважаємо, що до таких ознак відносяться:

- 1) усвідомлене та виражене, зокрема у позовній заяві, прагнення;
- 2) такий інтерес перебуває у логічно-смісловому зв’язку із суб’єктивними правами;
- 3) суб’єктивними правами прямо не опосередковується, тобто виходить за їхні межі;
- 4) не суперечить Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам, тобто відповідає ознаці “легітимності”;
- 5) метою судового захисту інтересу є задоволення саме індивідуальних потреб;
- 6) порушенням інтересу особи їй може бути завдано шкоди.

Mykhailo Smokovych

LEGAL NATURE OF THE CONCEPT OF “INTEREST”
AS AN OBJECT OF COURT PROTECTION
IN THE ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

ABSTRACT. In practical terms, currently there are no uniform approaches to the procedure for establishing and assessing whether legal interest of individuals is violated when they seek court protection, and this entails different approaches to law application with the aim of exercising the right to its court protection. Under such circumstances, the court’s activities face just criticism because of failure to ensure efficient court protection, primarily due to the lack of motivation and inconsistency in addressing these issues. Therefore, it is quite reasonable that there is the need to explore the content of the concept “interest” as an object of court protection, with a view to forming a unified law application practice.

Михайло Смокович

The purpose of the article is to establish the content of the concept “interest” of individuals and legal entities as an object of court protection in administrative proceedings.

The author analyzes how the term “interest” is used in the Constitution and laws of Ukraine. Based on this analysis, it is concluded that the legislator has not provided the characterization of such concepts as “interest”, “legitimate interest”, “legally protected interest” etc. which would be substantive in terms of law. The author establishes that in some cases, the concept “interest” can be distinguished by subjective or subject-matter characteristics; and also classifies the types of “interest” by these characteristics. The Constitution of Ukraine does not set out an exhaustive list of interests of citizens, and therefore it can be expanded by the legislator in the laws of Ukraine and by-laws, in particular, by addition those which are protected by law.

Despite the fact that “interest” is one of the categories rather widely used in legislation of Ukraine, given its multi-aspect nature it can be interpreted in the infinite number of ways. In this regard, along with the legal content, the author also analyzes the etymological, general sociological and psychological content of the concept “interest”. Furthermore, the content of the concept “legally protected interest” is established, and the correlation between interest of a community member and local government bodies is determined.

The article ascertains the ways to protect the claimant’s interests in administrative proceedings. An interested person may seek court protection not regarding any interest, but only a legitimate interest, that is, the interest which does not violate the rights, freedoms or interests of other persons. If there is a conflict (competition) of interests of the parties to the dispute, this does not imply the illegitimacy of their interests.

The author suggests that “interest” of individuals and legal entities as an object of court protection in administrative proceedings (part 1, Art. 2 of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine) should be understood as a conscious and manifested intent to use a specific tangible and/or intangible benefit; a simple legitimate permission which is conditioned by the general content of the objective and not directly mediated in the subjective law, as an independent object of court protection and other legal protection means with the aim of meeting individual and collective needs which are not inconsistent with the Constitution and laws of Ukraine, public interests, justice, good faith, reasonableness and other general principles of law.

The author establishes the signs which “interest” should comply as an object of court protection in administrative proceedings, namely: conscious and manifested, in particular, in the statement of claim, intent; interest should be logically and semantically connected with subjective rights; it is not directly mediated by subjective rights, i.e. it extends beyond their limits; it does not contradict the Constitution and laws of Ukraine, public interests, justice, good faith, reasonableness and other general principles of law which means that it is consistent with the sign of “legitimacy”; the purpose of court protection of interest is to satisfy particularly the individual needs; if a person’s interest is violated, this person can sustain damage.

The author comes to the conclusion that due to the lack of legal regulation of a certain interest of the claimant, or due to the limits of respondent’s behavior established by provisions of law, the fact that a claimant has interest should be established on a case-by-case basis, unless otherwise expressly provided by law (as, for example, in case of clarification of electoral lists).

KEYWORDS: interest; legitimate interest; interest protected by law.

II. Концептуальні засади адміністративного судочинства

DOI: 10.33498/opus-2019-04-055



Надія Писаренко

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-2159-5459>
n.pysarenko@ukr.net

УДК 342.95:347.998.85:164.041

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, КОНВЕНЦІЙНІ ГАРАНТІЇ СПРАВЕДЛИВОГО СУДУ ТА ПРИНЦИПИ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА

АНОТАЦІЯ. Досліджено зміст елементів верховенства права, визначених як обов'язкові Європейською комісією за демократію через право (Венеційська комісія) у Доповіді, датованій березнем 2011 р.

Метою статті є з'ясування того, чи знайшли своє закріплення зазначені елементи в тексті Кодексу адміністративного судочинства України (КАС України). Зроблено висновок, що ст. 6 “Верховенство права” вміщує інформацію щодо двох із шести обов'язкових елементів. З огляду на цей висновок запропоновано викласти відповідні норми КАС України так, щоб вони були практично застосовними; їх приписи давали можливість наповнити сполучення слів “верховенство права” конкретним змістом, зрозумілим як представникам судової влади, так і приватним особам, які вимушені звертатися за захистом своїх прав.

Представлено “звучання” обов'язкових елементів верховенства права, яке виглядає підходящим для діяльності зі здійснення правосуддя. Так, судова діяльність ґрунтуватиметься на ідеї верховенства права, якщо: 1) правосуддя буде доступним, а суд незалежним і безстороннім; 2) суд неухильно дотримуватиметься законів, діятиме виключно у межах своїх повноважень; 3) прийматиме розумні, справедливі, обґрунтовані та позбавлені будь-яких ознак тиранії рішення; 4) при розгляді справи суд застосовуватиме закон однаково для всіх; 5) суд тлумачитиме закон у спосіб, що забезпечує пріоритет прав людини; 6) остаточні рішення суду не будуть піддаватися сумніву, вони мають неухильно виконуватися, зокрема й через залучення дієвих механізмів, що спонукатимуть до їх виконання.

Забезпечити дотримання наведених елементів верховенства права у судовій діяльності можна шляхом викладення у процесуальному законі правил про принципи судочинства, які розкриватимуть змістове наповнення кожного з цих еле-

© Надія Писаренко, 2019

Надія Писаренко

ментів. Такі правила матимуть виконуваний та лаконічний вигляд, якщо їхні тексти включатимуть інформацію про конвенційні вимоги справедливого суду, описані з огляду на їхнє тлумачення Європейським судом з прав людини. Інакше кажучи, запровадження обов'язкових елементів верховенства права гарантовано у судочинстві через вимоги ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., які мають знайти своє відображення у його (судочинства) принципах.

Враховуючи викладене, представлено оновлений перелік принципів адміністративного судочинства. Деяким із них надано характеристику, на основі якої сформовано правила, які пропонуються для закріплення у національному адміністративному процесуальному законі.

Ключові слова: верховенство права; законність; юридична визначеність; заборона свавілля; адміністративне судочинство; принципи адміністративного судочинства.

Кодекс адміністративного судочинства України (далі – КАС України)¹, будучи першим національним процесуальним законом, що пристосований для розв'язання конфліктів із владою, навіть у первісному вигляді вміщував безліч новел, поява яких пояснювалася, зокрема, і ратифікацією Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція)².

Так, у КАС України була виокремлена стаття про *верховенство права* як ідеї, що має панувати під час здійснення правосуддя. Зазначене повністю корелюється із Конвенцією, у преамбулі до якої її укладачі, не відносячи верховенство права до завдань Конвенції, згадують його як характерну рису загальної духовної спадщини держав, які приєдналися до цього значущого міжнародного правового акта. Отже, розуміння кожного з конвенційних приписів неможливе без сприйняття їх через призму верховенства права. Останнє твердження, очевидно, є актуальним і для тлумачення конвенційних положень, присвячених висвітленню гарантій справедливого суду, які, за ідеальних умов, мають бути повністю інтегровані у норми національного адміністративного процесуального закону.

З огляду на зазначене дослідження стану відтворення конвенційних гарантій справедливого суду у принципах адміністративного судочинства, розпочнімо зі з'ясування сутності саме верховенства права.

Верховенство права в адміністративному судочинстві

Відносно властивостей, об'єднаних поняттям “верховенство права”, правники дискутують упродовж століть. Відомо, що британець А. Дайсі є одним із фундаторів розуміння цього поняття. Його праця “Основи

www.pravoua.com.ua

¹ Кодекс адміністративного судочинства України: в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>> (дата звернення: 05.11.2018).

² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004> (дата звернення: 05.11.2018).

державного права Англії. Вступ до вивчення англійської Конституції”³ досі не втрачає своєї привабливості, безкінечно цитується, викликає захоплення, а іноді й зазнає критики. Однак із кожним роком світ стає інакшим, а отже, визначені А. Дайсі риси верховенства права потребують не так пристосування до модерних умов, як уточнень.

Українські науковці, ґрунтовно досліджуючи творчу спадщину видатного британця, знаходять у його знаній праці нові відтінки розглядуваної доктринальної ідеї, які забезпечують її дієвість у сучасних умовах⁴. При цьому вони наголошують, що ця ідея отримує силу та життєздатність насамперед через розвинену культуру верховенства права, для якої є традиційним поважати права один одного, ‘не визнаючи пріоритету жодного із основних фундаментальних прав перед іншими, де межею для дії одного права є лише дія іншого права та дія закону’⁵.

Особливої актуальності питання визначення змісту верховенства права набуває під час проведення реформ. Адже у теперішніх суспільствах зміни зазвичай пояснюють прагненням вигадати такі механізми, реалізація яких дасть змогу якнайкраще забезпечити дотримання вимог, що походять із сутності цієї фундаментальної категорії.

16 листопада 2006 р. Старший судовий лорд Великої Британії Т. Бінгем представив у Кембриджському університеті лекцію “Верховенство права”.

Обранню теми лекції передувала надзвичайна в історії Британії подія – прийняття Акта про конституційну реформу 2005 р., яким, поміж іншого, по-новому визначалася конституційна роль окремих британських державних інституцій з обережністю, однак, що такі новації будь-яким несприятливим чином не вплинуть на “існуючий конституційний принцип верховенства права”. Проте Акт не давав визначення верховенству права.

Отож, Т. Бінгем, підкреслюючи повсюдну вживаність сполучення слів “верховенство права” без встановлення його змісту, спробував з’ясувати, що розуміють сучасні британці під цією загальновідомою конструкцією.

Т. Бінгем на день подання лекції обіймав посаду Старшого судового лорда, “еквівалентом” якої з 2009 р. стала посада Голови Верховного Суду Великої Британії. Будучи головним суддею своєї країни, на початку лекції він застережливо й дуже гарно відзначив, що будь-які його погляди

³ А Дайсі, *Основы государственного права Англии. Введение въ изучение английской Конституции* (Типограф Товарищества И Д Сытина 1905).

⁴ С Головатий, *Верховенство права: монографія* (Фенікс 2006); Б Малишев, ‘Принцип панування права (the rule of law) у праці Альберта Дайсі “Вступ до вивчення конституційного права”’ (2008-2009) 6-7 Проблеми філософії права 118; А Фомін, ‘А. Альберт Дайсі про панування закону як верховенство права у вузькому сенсі’ (2013) 10 Право України 170; Л Єресько, ‘Верховенство права як результат судової практики: погляди А. Дайсі’ (2016) 11-12 Юридична Україна 68.

⁵ Єресько (н 4).

Надія Писаренко

відносно розуміння верховенства права 'можуть зів'янути або вмерти у світлі майбутніх змагальних доказів у конкретній справі'⁶.

Незважаючи на останнє застереження, Т. Бінгем все одно дав своє бачення стрижневого правила верховенства права, а потім перелічив вісім підправил, що впливають із останнього, конкретизують його, при цьому зауваживши, що 'нічого нового, на жаль, в них немає, і більш винахідливі уми могли б, без сумніву, запропонувати додаткові або кращі підправила, або обмежитись меншою їх кількістю'⁷.

За Т. Бінгемом, стрижнем принципу верховенства права є те, що всі особи (як публічні, так і приватні) й органи влади в державі повинні бути зв'язані законами, що є відкрито проголошеними, зорієнтованими на майбутнє та застосовуються у судах.

Додамо на розвиток цього першочергового правила завершальну цитату від Т. Бінгема:

<...> здається, що верховенство права дійсно значною мірою залежить від негласної, але фундаментальної домовленості між особою та державою, об'єктом та суб'єктом управління, відповідно до якої кожна зі сторін жертвує певною частиною свободи і повноважень, якими вони могли б володіти.

Особа, яка живе у суспільстві, беззаперечно погоджується, що він чи вона не можуть користуватися неприборканою свободою, яка була в Адама у райських кущах до створення Єви, та приймає обмеження, введені належним чином створеними законами, через користь, яку у підсумку вони дарують.

Держава, зі свого боку, погоджується, що вона не може як всередині країни, так і за кордоном робити все, що заманеться, а лише те, що закони, якими вона зв'язана, уповноважують її робити.

Якщо цей висновок правильний, то він є втішним для всіх нас, хто, тією чи іншою мірою, присвятив своє життя служінню законові, оскільки він означає, що ми не є (як нас інколи вважають) лише наглядчачами за сухими розпорядчими правилами, а ми, разом з іншими, є хранителями священного вогню, який надихає та просвітлює суспільство, в якому живемо⁸.

Кожне з восьми підправил, наданих Т. Бінгемом, заслуговує на окрему увагу.

Стрімке уявлення про ці підправила може бути таким: Т. Бінгем, формулюючи їх, фактично поставив вимоги до представників усіх гілок вла-

www.pravoua.com.ua

⁶ Т. Бінгем, 'Верховенство права: шестая ежегодная лекция в честь вице-ректора Кембриджского университета сэра Д. Уильямса (16 ноября 2006 г.)' <<http://legalitas.com.ua/ukr-t-binrem-verhovenstvo-prava>> (дата звернення: 05.11.2018).

⁷ Там само.

⁸ Там само.

ди. Так, законодавець має ухвалювати зрозумілі, ясні, передбачувані та доступні закони, якими забезпечувати належний рівень фундаментальних прав людини. Виконавча влада повинна здійснювати надані їй повноваження розумно, добросовісно, винятково для тих цілей, для яких ці повноваження надавались, та без перевищення їхніх меж. Судова влада, як і виконавча, має застосовувати закони до всіх однаково, за винятком випадків, коли різні об'єктивні умови слугують достатнім виправданням для диференціації. Суд повинен бути доступним і справедливим⁹.

Здається, все дуже просто й універсально. Однак країни, що оперують у своїх законах поняттям “верховенство права”, відзначаються відчутними, обумовленими різними обставинами відмінностями, а тому їхнє прагнення досягнути консенсусу стосовно обов'язкових його (верховенства права) елементів виглядає природним.

У цьому контексті доречно звернутися до тексту доповіді Європейської комісії за демократію через право (Венеційська комісія) “Верховенство права” 2011 р., автори якої, до речі, під час її укладання послуговувалися авторитетним, представленим вище, баченням Т. Бінгема.

На початку доповіді її укладачі сповістили, що їхньою метою є виклад загально визнаного чіткого розуміння верховенства права, завдяки чому міжнародні організації, а також національні та міжнародні суди могли би тлумачити та застосовувати цю фундаментальну цінність¹⁰.

Поступово розглядаючи позиції відносно змістового наповнення верховенства права, способів його відображення у позитивному праві, автори доповіді дійшли висновку, що обов'язковими елементами верховенства права є:

1. Законність, включаючи прозорий, підзвітний та демократичний процес введення в дію приписів права.
2. Юридична визначеність.
3. Заборона свавілля.
4. Доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами, включно з тими, що здійснюють судовий нагляд за адміністративною діяльністю.
5. Дотримання прав людини.
6. Заборона дискримінації та рівність перед законом¹¹.

Наведений список елементів відтворює текст доповіді у тій її частині, де він закріплений. Таке відтворення здійснено навмисно, щоб запропонувати сприймати верховенство права як ідею, сповнену ідеями. Зазначе-

⁹ Бингем (н 6).

¹⁰ ‘Верховенство права: доповідь, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25-26 березня 2011 року)’ <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr)> (дата звернення: 05.11.2018).

¹¹ Там само.

Надія Писаренко

не сприйняття дає змогу говорити про те, що верховенство права панує там, де владні інституції у своїй діяльності дотримуються низки чітко виражених правил, кожне з яких саме собою є принципом, а отже, бажаним є закріплення кожного з них у законі з подальшим його власним тлумаченням.

Згадаймо, у додатку до доповіді Венеційської комісії 2011 р. розміщено контрольний перелік питань для оцінки дотримання верховенства права в окремих державах. Питання в ньому сформульовано відносно кожного із визначених Комісією обов'язкових елементів верховенства права¹².

У 2016 р. Венеційською комісією на заміну першому варіанту контрольних питань розроблено новий, докладний їх перелік. Привертає увагу те, що у докладному переліку не сформульовано питань для оцінки такого елемента верховенства права, як дотримання прав людини. Однак на підставі ознайомлення із питаннями, включеними до першого варіанта переліку, а також аналізу змісту докладного його варіанта, можна припустити, що укладачі останнього роблять висновок, що оцінка дотримання решти обов'язкових елементів верховенства права дає можливість впевнено пересвідчитися у тому, чи є повага до прав людини ідеєю, що панує у суспільстві, чи знайшла вона належне відображення у текстах нормативних актів, які походять від законодавця, чи дотримуються цієї ідеї ті, кого держава уповноважила на застосування норм права.

У передмові до переліку 2016 р. підкреслено, що верховенство права фокусується на обмеженні влади та незалежному контролю за діяльністю державних органів, а одним із найважливіших елементів контексту, у якому здійснюється принцип верховенства права, є правова система загалом. Водночас, як далі відзначено авторами переліку, контекстуальні елементи верховенства права не обмежуються тільки правовими факторами. Наявність (або відсутність) у суспільстві загальної правової культури, а також те, як ця культура співвідноситься з існуючою правовою системою, допомагають визначити, до якого ступеня та наскільки конкретно ті або інші елементи верховенства права мають бути недвозначно прописані у законі¹³.

Очевидно, що укладачі доповіді (як і Т. Бінгем у своїй лекції) висунули вимоги до владних суб'єктів, однак зробили це через встановлення обов'язкових елементів верховенства права та формулювання питань для оцінки його (верховенства права) дотримання. Спробуємо стисло визначити, в чому полягають ці вимоги до представників судової вла-

www.pravoua.com.ua

¹² Верховенство права (н 10).

¹³ 'Контрольный список вопросов для оценки соблюдения верховенства права: принят на 106-м пленарном заседании Венецианской комиссии 11-12 марта 2016 г.' <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-rus](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-rus)> (дата звернення: 05.11.2018).

ди, але відійдемо від запропонованої в доповіді послідовності та дещо змінимо формулювання задля кращої їх пристосовності до діяльності зі здійснення правосуддя. У результаті основні положення будуть такими:

1. Правосуддя має бути доступним, а суд незалежним та безстороннім.
2. Суд, як і будь-який інший суб'єкт влади, повинен неухильно дотримуватися законів, діяти виключно у межах своїх повноважень.
3. Навіть у випадку, коли останні є дискреційними, суду заборонено припускати свавілля у своїй діяльності: рішення, ухвалені у результаті реалізації дискреційних повноважень, мають бути розумні, справедливі, обґрунтовані та позбавлені будь-яких ознак тиранії.
4. Вирішуючи справу, суд повинен застосовувати закон однаково для всіх; жодній особі чи групі осіб не можуть надаватися особливі юридичні привілеї.
5. При цьому суд під час вирішення конфлікту має надавати закону тлумачення у спосіб, що забезпечує пріоритет прав людини.
6. І, нарешті, остаточні судові рішення не можуть піддаватися сумніву, а отже, вони не можуть бути предметом оскарження; '<...> жодна зі сторін не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового рішення суду просто тому, що вона має на меті добитися нового слухання справи та нового її вирішення'¹⁴. Такі рішення мають неухильно виконуватися, зокрема й через залучення дієвих механізмів, що спонукають до їх виконання. На завершення варто додати, що остаточність судових рішень виявляється також у тому, що існування у державі суперечливих актів, ухвалених представниками вищих судів, вважається неприпустимим¹⁵.

Вважаємо за важливе зазначити про таке: верховенство права панує там, де владні інституції дотримуються всіх без винятку принципів-правил, названих Венеційською комісією обов'язковими його елементами; нехтування хоча б одним із них призводить до ігнорування самої ідеї.

Як вже зазначалося, КАС України в редакції 2005 р. був першим національним процесуальним законом, у тексті якого верховенство права названо одним із принципів судочинства; у відповідному переліку воно посідало вищу сходинку. Стаття 8 цього Кодексу мала такий зміст:

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.

¹⁴ Рішення Європейського суду з прав людини у справі "Брумареску проти Румунії" від 28 жовтня 1999 р. <<http://www.eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=307>> (дата звернення: 05.11.2018).

¹⁵ Н Писаренко, 'Верховенство права в адміністративному судочинстві: від доктринальної ідеї до практичної імплементації' (2018) 1 Вісник Національної академії правових наук України 134.

Надія Писаренко

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 відносини¹⁶.

У КАС України у редакції 2017 р. верховенство права також посідає першу позицію у переліку засад (принципів) судочинства (ч. 3 ст. 2), а стаття із назвою “Верховенство права” не зазнала змін (ст. 6).

Навіть поверховий аналіз ст. 6 дає змогу сказати, що законодавець в її тексті назвав два з шести елементів верховенства права – доступ до правосуддя (частини 3 та 4) і дотримання прав людини (ч. 1). Така “усіченість” не компенсується наявністю у цій статті ч. 2 із застереженням щодо застосування верховенства права з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Адже у своїх рішеннях ЄСПЛ апелює до кожного з елементів, тобто досліджує дотримання верховенства права через з’ясування питання, чи не проігнорований будь-який із шести його обов’язкових елементів.

Отже, постає запитання: чи не є доцільним у національному процесуальному законі замість викладення загальних, дуже поверхових фраз, фіксувати всі обов’язкові вимоги верховенства права й надавати їм пояснення з огляду на їх сприйняття ЄСПЛ?

У пошуках відповіді на це запитання ще раз повернімося до висловленої Венеційською комісією глибокої та слушної позиції, за якою наявність (або відсутність) у суспільстві загальної правової культури, а також те, як ця культура співвідноситься із дійсною правовою системою, допомагають визначити, до якого ступеня та наскільки конкретно ті або інші елементи верховенства права мають бути недвозначно прописані у законі¹⁷.

У цьому контексті логічним є спосіб викладення нормативного матеріалу, продемонстрований законодавцем у Законі України “Про судоустрій і статус суддів” (далі – Закон) і, на жаль, не використаний у тексті КАС України.

Частина 1 ст. 6 Закону “Завдання суду” виглядає так:

www.pravoua.com.ua

¹⁶ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/ed20170803>> (дата звернення: 05.11.2018).

¹⁷ Контрольний список вопросов для оценки соблюдения верховенства права (п. 13).

Суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України¹⁸.

Статті з 6 по 14 Закону присвячено окресленню змісту засад судочинства, серед яких і ті, що є обов'язковими елементами верховенства права.

Таким чином, у Законі верховенство права представлено як доктринальна ідея, що наповнена чітко визначеними елементами, кожен із яких сам собою є нормативно закріпленим принципом.

Повертаючись до тексту КАС України, відзначимо, що решту елементів верховенства права, крім тих, що зафіксовано у ст. 6, згадують як у переліку принципів судочинства, так і у наступних положеннях Кодексу. Так, зі змісту ст. 7 “Джерела права, які застосовуються судом” впливає вимога законності як неухильного дотримання законів та здійснення владних функцій у межах наданих повноважень, ст. 8 говорить про рівність усіх учасників процесу перед законом і судом, а ст. 14 присвячена обов'язковості судових рішень.

Однак, чи є виправданим, таким, що сприяє якнайкращому розумінню значення та змісту верховенства права, таке “розпорошення” його елементів у тексті процесуального закону? Чи створює подібний виклад нормативного матеріалу умови, за яких учасники судового процесу будуть повністю “озброєні” у протистоянні з владою, а суд зможе швидко й адекватно реагувати на порушення вимог, що охоплюються правовим явищем, яке розглядається?

Дозволимо собі стверджувати, що за сучасних умов чітке закріплення у приписах національного процесуального закону всіх обов'язкових елементів верховенства права є розумним; відповідні приписи виглядатимуть практично застосовними, оскільки наповнять сполучення слів “верховенство права” конкретним змістом, зрозумілим як представникам судової влади, так і приватним особам, вимушеним звертатися до останніх за захистом своїх прав.

Міркування з приводу доцільності закріплення у процесуальному законі окремо кожного з елементів верховенства права спробуємо обґрунтувати ще й на прикладі – через звернення до рішення ЄСПЛ у справі “Щокін проти України”, що датоване жовтнем 2010 р.

Нагадаємо, що в ньому ЄСПЛ встановлено порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, оскільки заявника було зобов'язано сплатити

¹⁸ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>> (дата звернення: 05.11.2018).

Надія Писаренко

додатково суму прибуткового податку з його доходу, отриманого не за місцем основної роботи, за наявності очевидної суперечності між Декретом Кабінету Міністрів України та Указом Президента України, які регулювали питання оподаткування доходів громадян¹⁹.

Пан Щокін намагався захистити свої права у національних судах. Тричі (у 2002, 2003 та 2004 рр.) він звертався із позовними заявами, в яких просив визнати протиправними і скасувати податкові повідомлення, якими на нього покладался обов'язок сплатити донараховані суми податку. Останнє з дев'яти судових рішень було ухвалено Вищим адміністративним судом України за правилами чинного на той час КАС України в редакції 2005 р. І лише перше судове рішення – рішення від 2002 р. – було ухвалено на користь пана Щокіна: суд першої інстанції визнав протиправним та скасував оспорюване податкове повідомлення. Рештою рішень вимоги позивача визнавалися необґрунтованими, а акти податкових органів такими, що відповідають законові.

ЄСПЛ, доводячи свою позицію відносно порушення конвенційних норм у цій справі, вказав на недотримання трьох вимог верховенства права, а саме:

– *законності*: національні органи, вирішуючи “долю” справи Щокіна, застосовували норми без огляду на юридичну силу актів, в яких їх об'єднано;

– *юридичної визначеності*: акти з питань оподаткування, застосовані національними органами у справі Щокіна, явно суперечили один одному, а отже, їхні норми не гарантували, що перебіг відносин, які ними врегульовано, буде передбачуваним;

– *заборони свавілля*: покладаючи на пана Щокіна додатковий обов'язок щодо сплати податку, національні органи втрутилися у його право; таке втручання визнано судом свавільним, бо здійснено воно не на підставі закону та з недотриманням справедливого балансу між загальними інтересами суспільства та вимогами захисту основоположних прав окремої особи (принцип пропорційності).

Отже, можемо висловити небезпідставне припущення, що за умов наявності закону, який надавав би чітке розуміння сутності верховенства права через закріплення його обов'язкових елементів, пану Щокіну не довелося б звертатися до ЄСПЛ, оскільки представники національної судової системи, “озброєні” таким розумінням, здатні були б побачити очевидну протиправність рішень податкових органів і продемонструвати своє прагнення надати захист порушеним правам приватної особи.

www.pravoua.com.ua

¹⁹ Рішення Європейського суду з прав людини у справі ‘Щокін проти України’ від 14 жовтня 2010 р. <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_858> (дата звернення: 05.11.2018).

*Елементи верховенства права як принципи
адміністративного судочинства та їх спорідненість
із конвенційними гарантіями справедливого суду*

У межах нашого дослідження цікавим видається звернення до законів інших держав, де введено спеціальні правила судового розгляду спорів за участю суб'єктів владних повноважень; у цих законах вміщено і норми про засади такого розгляду. У полі зору дев'ять процесуальних нормативних актів країн, які ратифікували Конвенцію, а отже, намагаються запроваджувати такі правила здійснення правосуддя, які ґрунтуються на базових вимогах, закріплених у цьому міжнародному документі. Це: 1) Адміністративно-процесуальний кодекс Азербайджанської Республіки; 2) Кодекс адміністративного судочинства Республіки Вірменія; 3) Адміністративно-процесуальний кодекс Республіки Болгарія; 4) Адміністративно-процесуальний кодекс Німеччини; 5) Адміністративно-процесуальний кодекс Грузії; 6) Адміністративно-процесуальний закон Латвії; 7) Закон Литовської Республіки про провадження в адміністративних справах; 8) Закон Нідерландів про загальне адміністративне право; 9) Адміністративно-процесуальний кодекс Естонської Республіки*.

Для початку зауважимо, що у жодному із цих законів не вжито сполучення слів “верховенство права”. У деяких із них відсутні розділи, глави або окремі статті, які об'єднували чи закріплювали б принципи адміністративного судочинства.

Приміром, у німецькому законі у різних його параграфах знаходимо лише декілька правил, напряду присвячених принципам. Перше правило розміщено у § 1 та стосується незалежності адміністративних судів. Воно має такий вигляд: ‘Адміністративне судочинство здійснюють незалежні, відокремлені від адміністративних органів суди’. У кількох інших правилах торкаються питань рівності сторін, змагальності та усності судового процесу, а також об'єктивного дослідження обставин у справі: у § 97 відзначено, що учасникам повідомляють про всі судові засідання з дослідження доказів; вони можуть бути присутніми при дослідженні доказів, мають право ставити питання по суті справи свідкам та експертам; у п. 1 § 96 йдеться про те, що суд досліджує докази під час усного розгляду справи; у п. 1 § 86 закріплено, що суд не зв'язаний наданими доказами та клопотаннями учасників про їх допустимість. Параграф 55 Адміністративно-процесуального кодексу Німеччини включає інформацію про дію в адміністративному судочинстві приписів Закону про судо-

* Всі названі процесуальні закони об'єднано у збірці, що була видана у 2013 р. за підтримки Фонду Сорос-Казахстан та Представництва Німецького Товариства з Міжнародного Співробітництва (GIZ) у Казахстані.

устрій, що регулюють публічність розгляду справи, підтримання порядку у суді, мову судочинства, обговорення та судового голосування.

Подібним чином правила, в яких відображено принципи, “розкидано” у нідерландському законі, фактично таких правил всього два. Так, у ч. 1 ст. 1:4 Закону Нідерландів про загальне адміністративне право зауважено, що ‘адміністративний суд означає незалежну владу, яка заснована згідно з Законом й уповноважена відправляти правосуддя в адміністративних справах’; у ст. 8:62 задекларовано, що слухання мають бути публічними й визначено підстави для проведення судового засідання у повному обсязі чи частково за закритими дверима. Останні повністю співзвучні з відповідними положеннями, що закріплені у п. 1 ст. 6 Конвенції.

Найвиразніше принципи судочинства відображено у законах Азербайджану, Латвії та Литви. Зокрема, в Адміністративно-процесуальному законі Латвії перелік принципів закріплено у ч. 1 ст. 4. До останніх віднесено принципи: а) дотримання прав людини; б) рівності; в) правомірності; г) розумного застосування норм права; г) заборони свавілля; д) правової довіри; е) застереження закону; є) демократичного устрою, ж) співрозмірності; з) пріоритету закону. Кожен із цих принципів розтлумачено у статтях, що розміщені після ст. 4. Частиною 2 ст. 4 цього акта передбачено, що означений перелік не є вичерпним і в процесі можна застосовувати “відкриті принципи”, що сформовані та розвинуті у практиці чи правознавстві.

Відзначимо, що в Адміністративно-процесуальному законі Латвії об’єднано декілька частин: одна – вміщує процедурні правила прийняття адміністративних актів суб’єктами публічного управління, друга – процесуальні правила з перевірки судами правомірності зазначених актів і, нарешті, на початку закону розміщено частину про загальні правила діяльності і несудових, і судових органів. Наведені вище принципи є спільними засадами для обох видів діяльності; їх представлено у першій частині закону. Характерно, що за назвою вони співзвучні з обов’язковими елементами верховенства права. Окрім цього, їх зміст, описаний у подальших статтях закону, відтворює відображені у Доповіді Венеційської комісії 2011 р. і розвинуті у рішеннях ЄСПЛ позиції щодо наповнення цих елементів. Такий підхід виглядає повністю обґрунтованим, оскільки, як вже зазначалося, верховенство права є ідеєю, на якій має ґрунтуватися діяльність всіх без винятку владних суб’єктів.

Для прикладу візьмемо такий елемент верховенства права, як *заборона свавілля*. За твердженням латвійського законодавця, декларування такої заборони вимагає, щоб, по-перше, і адміністративний акт, і рішен-

ня суду ґрунтувалися на фактах, які є ‘необхідними для їх прийняття та які впливають з об’єктивних та раціональних юридичних міркувань’ (ст. 9 Адміністративно-процесуального закону Латвії). По-друге, якщо адміністративний акт чи судове рішення обмежують право приватної особи, то таке обмеження може бути виправданим лише значним благом для суспільства. Інакше кажучи, адміністративний орган або суд при прийнятті подібних рішень мають встановити, що ‘благо, яке отримує суспільство від обмежень, накладених на адресата, має бути більшим, ніж обмеження його прав чи правових інтересів’ (ст. 13 Адміністративно-процесуального закону Латвії). І, нарешті, по-третє, адміністративний орган, приймаючи рішення про обмеження, а суд, легітимізуючи таке рішення, повинні зважити доцільність його прийняття з огляду на таке: а) будь-який акт, який по суті позбавляє права, не може бути визнаним співрозмірним, а отже – і доцільним; б) акт має бути необхідним для досягнення легітимної мети; в) він повинен бути придатним для досягнення такої мети; г) інших засобів досягнення цієї мети, які менше обмежували б право приватної особи, не існує; ґ) якщо право приватної особи все таки обмежено, то це може бути виправдано лише значним суспільним здобутком (ст. 66 Адміністративно-процесуального закону Латвії).

Отже, зазначені положення Адміністративно-процесуального закону Латвії є гарним взірцем норм, якими не тільки закріплено обов’язковий елемент верховенства права – заборона свавілля, а й надано його належне тлумачення.

Вище ми запропонували “звучання” обов’язкових елементів верховенства права, яке є підходящим для діяльності зі здійснення правосуддя. Нагадаємо, що, за нашою позицією, судова діяльність ґрунтуватиметься на ідеї верховенства права, якщо: 1) правосуддя буде доступним, а суд незалежним і безстороннім; 2) суд неухильно дотримуватиметься законів, діятиме виключно у межах своїх повноважень; 3) суд прийматиме розумні, справедливі, обґрунтовані та позбавлені будь-яких ознак тиранії рішення; 4) при розгляді справи суд застосовуватиме закон однаково для всіх; 5) суд тлумачитиме закон у спосіб, що забезпечує пріоритет прав людини; 6) остаточні рішення суду не будуть піддаватися сумніву, мають неухильно виконуватися, зокрема й через залучення дієвих механізмів, що спонукатимуть до їх виконання²⁰.

Забезпечити дотримання наведених елементів верховенства права у судовій діяльності можна шляхом викладення у процесуальному законі правил про принципи судочинства, які розкриватимуть змістове наповнення кожного з цих складників. Окрім цього, очевидним є те,

²⁰ Писаренко (н 15).

що такі правила матимуть виконуваний і лаконічний вигляд, якщо їх тексти включатимуть інформацію про конвенційні вимоги справедливого суду, описані з огляду на їх тлумачення ЄСПЛ. Наведену думку можна висловити ще й так: запровадження обов'язкових елементів верховенства права гарантовано у судочинстві через вимоги ст. 6 Конвенції, які мають знайти своє відображення у його (судочинства) принципах.

Враховуючи викладене, пропонуємо для закріплення у національному процесуальному законі перелік таких *принципів адміністративного судочинства*:

- 1) доступ до правосуддя в адміністративних справах;
- 2) заборона дискримінації;
- 3) незалежність та безсторонність адміністративного суду;
- 4) публічність судового процесу;
- 5) законність;
- 6) рівність учасників справи перед законом;
- 7) змагальність учасників справи;
- 8) диспозитивність;
- 9) офіційне з'ясування всіх обставин у справі;
- 10) право на апеляційний перегляд справи;
- 11) право на касаційне оскарження судового рішення;
- 12) обґрунтованість та остаточність судового рішення;
- 13) розумність строків розв'язання адміністративних справ.

Характеристика більшості з наведених вимог потребує детального аналізу конвенційних гарантій справедливого суду, а отже – окремого ґрунтовного дослідження. У межах цієї статті пропонуємо опис лише деяких із них, аби продемонструвати свої пропозиції відносно способів їх відображення у національному процесуальному законі.

У чинному КАС України складники принципу доступу до правосуддя відображено у статтях 5, 6, 14 та 16. У пункті 10 ч. 2 ст. 2 як засаду судочинства визначено ще й відшкодування судових витрат фізичних та юридичних осіб, на користь яких ухвалене судові рішення, що також належить до “часток” цього принципу.

Стаття адміністративного процесуального закону, що об'єднувала б положення згаданих приписів і вміщувала б додаткову, відображену у практиці ЄСПЛ інформацію щодо доступу до правосуддя, на наше переконання, має складатися із правил про: а) безперешкодну можливість звернення до суду всіх осіб, які перебувають під українською юрисдикцією і які вбачають, що рішенням, дією або бездіяльністю суб'єкта владних повноважень порушено їхні права, свободи чи інте-

реси; б) гарантування кожній особі права участі у судовому розгляді її справи; в) забезпечення приватним особам вільного доступу до правничої допомоги; г) безсумнівне завершення розгляду справи обов'язковим для виконання судовим рішенням; г) гарантоване відшкодування приватній особі судових витрат у разі ухвалення рішення на її користь.

Отже, відповідна стаття КАС України із назвою “Доступ до правосуддя в адміністративних справах” може мати таке текстуальне наповнення:

“1. Звернення до адміністративного суду для захисту прав і свобод людини та громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується.

2. 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.

3. До суду можуть звертатися в інтересах інших осіб органи та особи, яким законом надано таке право.

4. Іноземці, особи без громадянства та іноземні юридичні особи користуються в Україні таким самим правом на судовий захист, що й громадяни та юридичні особи України.

5. Суб'єкти владних повноважень мають право звернутися до адміністративного суду виключно у випадках, визначених Конституцією та законами України.

6. Забороняється відмова у розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності нормативно-правових актів, що регулюють спірні відносини.

7. Ніхто не може бути позбавлений права на участь у розгляді своєї справи у визначеному цим Кодексом порядку.

8. Учасники справи мають право користуватися правничою допомогою, у тому числі, безоплатною, що надається в порядку, встановленому законом про безоплатну правничу допомогу.

9. Представництво в суді, як вид правничої допомоги, здійснюється виключно адвокатом (професійна правнича допомога), крім випадків, встановлених законом.

10. Розгляд справи в адміністративному суді закінчується ухваленням судового рішення. Судове рішення ухвалюється іменем України.

11. Судове рішення, що набрало законної сили, є обов'язковим до виконання всіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України.

Надія Писаренко

12. Невиконання судового рішення тягне за собою відповідальність, встановлену законом.

13. Відшкодування судових витрат фізичної чи юридичної особи, на користь якої ухвалене судове рішення в адміністративній справі, гарантується.”

Деякі статті української Конституції та Закону присвячено висвітленню гарантій *незалежності судів* (ст. 125 Конституції та ст. 6 Закону); *про безсторонність* згадано у ч. 3 ст. 6 Закону у контексті заборони втручання у здійснення правосуддя з метою впливу на неупередженість суду.

У КАС України терміни “незалежність” і “безсторонність” не вжито. У частині 1 ст. 2 КАС України вітчизняний законодавець пов’язує завдання адміністративного судочинства зі ‘справедливим, неупередженим та своєчасним вирішенням судом спорів’; у ч. 1 ст. 36 КАС України однією із підстав для відводу (самовідводу) судді визнано ‘наявність інших обставин, які викликають сумнів у неупередженості або об’єктивності судді’²¹.

Зауважимо, що неупередженість є синонімом безсторонності, а тому остання хоча і зрідка, але згадана у процесуальному законі. Тоді як вимога незалежності залишилася поза увагою авторів КАС України, що, на нашу думку, є недоліком цього акта. Адже саме за цим законом мають вирішувати конфлікти, де стороною виступає представник влади, а отже, він чи вищі органи у системі, часткою якої він є, користуючись наданими повноваженнями, здатні здійснювати вплив безпосередньо на суддів і перебіг судового провадження. Крім цього, справи адміністративної юрисдикції, як правило, цікавлять громадськість, викликають суспільний резонанс. Тому не виключаємо імовірність “зазіхання” на незалежність та безсторонність суду і з боку відповідних інституцій.

Висловлені міркування підштовхують до висновку про доцільність розміщення у тексті КАС України окремої статті із назвою “*Незалежність та безсторонність адміністративного суду*”, яка окреслювала б вихідні положення щодо гарантування зазначених вимог. Нагадаємо, що ЄСПЛ дотримання обох цих вимог внаслідок їх взаємозв’язку оцінює, як правило, одночасно. Отож, у тексті пропонуваної статті не вбачаємо за необхідне встановлювати чітку межу між правилами щодо незалежності та правилами щодо безсторонності суду. Відповідна стаття КАС України може бути такою:

“1. З метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин діють адміністративні суди.

2. Під час здійснення правосуддя адміністративні суди та судді таких судів є незалежними та підкоряються лише закону.

²¹ Кодекс адміністративного судочинства України (н 1).

3. Втручання у діяльність адміністративного суду або судді, спроби у будь-який спосіб вплинути на адміністративний суд або на суддю з боку органів державної влади, місцевого самоврядування, їх представників, політичних партій, громадських організацій чи фізичних осіб забороняються й мають наслідком відповідальність, встановлену законом.

4. Проведення демонстрацій, мітингів, інших зібрань фізичними особами ближче, ніж за 100 метрів до будівлі адміністративного суду або у самій його будівлі, метою яких є здійснення впливу на суд (суддю) та/або висловлення позиції відносно перебігу та/або результатів розгляду справи судом (суддею), вважається втручанням у діяльність суду (судді) та забороняється.

5. Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх представники повинні утримуватися від заяв та дій, що можуть підірвати упевненість у незалежності судової влади.

6. Судді повинні утримуватися від заяв та дій, які можуть підірвати упевненість у їх безсторонності.”

Одним із принципів адміністративного судочинства, що знайшов закріплення у КАС України у редакції 2005 р., був принцип законності. У КАС України у редакції 2017 р. означений принцип не зафіксовано й стаття, що дає його розуміння, відсутня. Натомість у ст. 7 “Джерела права, які застосовуються судом” майже повністю відтворено текст ст. 9 КАС України у редакції 2005 р., яка мала назву “Законність”. У статтях в обох редакціях відзначено, що суд:

<...> а) вирішує справи відповідно до Конституції та законів України, а також міжнародних договорів, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України; б) застосовує інші правові акти, прийняті відповідним органом на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами України; в) у разі неузгодженості положень правових актів різної юридичної сили застосовує акт, який має вищу силу; г) у разі відсутності нормативно-правового акта, що регулює певні відносини, звертається до аналогії закону або аналогії права²².

Нині слово “законність” не вживають, приміром, і у Цивільному процесуальному кодексі України (далі – ЦПК України), який у 2017 р., як і КАС України, зазнав нової редакції; замість статті про законність у тексті ЦПК України з’явилася стаття про верховенство права та законодавство, відповідно до якого суд вирішує справи.

Можемо висловити деякі припущення відносно причин подібних трансформацій. По-перше, не виключаємо, що укладачі нової редакції

²² Кодекс адміністративного судочинства України (н 1).

Надія Писаренко

адміністративного процесуального закону звернулися до текстів аналогічних актів інших європейських країн і з'ясували, що навіть ті з них, які фіксують принципи судочинства, уникають використання слова “законність”. Приміром, у названих вище Адміністративно-процесуальному законі Латвії та Законі Литовської Республіки про провадження в адміністративних справах правила, подібні до наведених вище, розміщено у статтях із назвами “Застосування зовнішніх нормативних актів, загальних принципів права та норм міжнародного права” (ст. 15 латвійського закону) та “Застосування законів під час вирішення адміністративних справ” (ст. 4 литовського закону).

По-друге, за позицією Венеційської комісії, висловленою у раніше згаданих документах про верховенство права від 2011 р. та 2016 р.²³, законність являє собою сукупність вимог, адресатами яких є не тільки представники судової влади. Наприклад, вимоги щодо нормотворчої процедури висувають органам законодавчої та виконавчої влади; вони несумісні з судовою діяльністю, адже суд апріорі не уповноважено на встановлення загальнообов'язкових правил поведінки. Ми пропонуємо виходити з того, що кожен із обов'язкових елементів верховенства права має своє “звучання” стосовно представників кожної з гілок влади. Отже, відображення законності як вимоги щодо судової діяльності, окреслення її змісту в національному адміністративному процесуальному законі вважаємо бажаним задля правильного розуміння її сутності як судом, так і іншими суб'єктами судового процесу.

Повністю прийнятним для відображення сутності законності, на нашу думку, є текст ст. 7 оновленого КАС України. Порівняно із попередньою редакцією відтворена у тексті цієї статті сутність розглядуваної вимоги набула важливих для її розуміння деталей. Так, законодавець тепер описує, як має діяти суд, якщо доходить висновку, що закон чи інший нормативно-правовий акт, що підлягає застосуванню у відносинах, із яких виник спір, суперечить Конституції (ч. 4 ст. 7 КАС України); останнє речення ч. 6 ст. 7 КАС України включає заборону застосовувати аналогію закону чи аналогію права для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади та місцевого самоврядування.

Очевидно, що *вимоги заборони дискримінації та рівності перед законом* щільно пов'язані між собою. Водночас у нормативному акті, що регламентує здійснення правосуддя, доцільно кожну з них описувати окремо. Таку позицію підкріпимо аргументами.

www.pravoua.com.ua

²³ Верховенство права (н 10); Контрольный список вопросов для оценки соблюдения верховенства права (н 13).

За Доповіддю про верховенство права від Венеційської комісії, недискримінація та рівність перед законом є різними принципами, впровадження яких дає змогу досягнути так званої формальної рівності. Сутність останньої, із посиланням на А. Дайсі, Венеційська комісія визначає як рівне і послідовне застосування законів відносно всіх осіб. При цьому недискримінація означає рівне і послідовне застосування законів незалежно від раси, кольору шкіри особи, її статі, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, власності, народження чи іншого статусу. Зі свого боку рівність перед законом полягає у рівному й послідовному застосуванні одних і тих самих законів із вказівкою на неможливість встановлення спеціальних правових привілеїв щодо окремої особи чи групи осіб²⁴.

Отже, всі учасники судового процесу мають бути недискримінованими або рівними перед судом без огляду на їх особистісні властивості. Щодо рівності перед законом, то вона полягає в тому, що закон наділяє учасників справи однаковими можливостями, які обумовлені їх роллю у процесі. Так, положення позивача та відповідача відзначаються кореспондуючими правами (наприклад, позивач може відмовитися від позову, а відповідач – визнати його), на них покладено ідентичні обов'язки (приміром, надавати на вимогу суду докази, а у разі їх ненадання зазнавати “еквівалентних”, небажаних наслідків), тощо.

З огляду на висловлене вбачаємо, що різні за спрямованістю та змістовим наповненням принципи адміністративного судочинства доцільно закріплювати й описувати в окремих статтях процесуального закону.

Стаття із назвою “*Заборона дискримінації*” може бути такою:

“1. Усі учасники судового процесу є рівними перед судом.

2. Не може бути привілеїв чи обмежень прав учасників судового процесу за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками.”

Рівність перед законом учасників справи забезпечується дією декількох надзвичайно рельєфних принципів, один із яких притаманний виключно досліджуваній формі здійснення правосуддя. Через впровадження правил про змагальність, диспозитивність та офіційне з'ясування усіх обставин досягається той “градус” рівності учасників справи перед законом, який дає можливість впевнено стверджувати, що її (справи) розгляд є справедливим. Тому інформацію відносно означених принципів, на нашу думку, логічно об'єднати в одній статті. Відповідне положення КАС України із назвою “*Рівність учасників справи перед законом*,”

²⁴ Верховенство права (н 10).

Надія Писаренко

змагальність учасників справи, диспозитивність та офіційне з'ясування всіх обставин у справі” може виглядати так:

“1. Суд зобов’язаний впродовж всього часу розгляду справи забезпечити її учасникам рівні можливості щодо реалізації наданих їм процесуальних прав й виконання покладених на них процесуальних обов’язків.

2. Розгляд і вирішення справ в адміністративних судах здійснюють на засадах змагальності їх учасників, яка полягає у свободі в наданні ними суду своїх доказів, у доведенні перед судом їх переконливості, а також у можливості знайомитися зі всіма доказами опонента й надавати свої заперечення щодо них.

3. Суд вживає передбачені законом заходи, необхідні для з’ясування всіх обставин у справі, а саме, встановлює предмет доказування, визначає докази, необхідні для підтвердження чи спростування певних обставин, пропонує учасникам справи подати чіткі докази, самостійно виявляє і витребує докази, яких, за позицією суду, не вистачає, а також досліджує докази щодо обставин, які визнають учасники справи.

4. Суд розглядає адміністративні справи не інакше як за позовною заявою, поданою відповідно до цього Кодексу, в межах позовних вимог. Суд може вийти за межі позовних вимог, якщо це необхідно для ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичної особи, прав та інтересів юридичної особи від порушень з боку суб’єктів владних повноважень.

5. Учасники справи можуть завершити вирішення спору мирним врегулюванням, відмовою позивача від позову, визнанням позову відповідачем крім випадків, встановлених цим Кодексом.”

Висновки. Підсумовуючи, зауважимо, що представлене дослідження є першою спробою винести на публічне обговорення питання про необхідність удосконалення тих положень КАС України, у яких відображено ідеї, що є фундаментом для всіх інших правил, розміщених у цьому надзвичайно важливому процесуальному законі.

Висловлені у статті пропозиції ґрунтуються на впевненому судженні, що норми, які визначають принципи здійснення правосуддя, мають об’єднувати прості для сприйняття, лаконічні правила, побудовані з урахуванням найкращих європейських практик правотворчості та правозастосування.

У пошуках відповіді на озвучене вище запитання ще раз повернімося до висловленої Венеційською комісією глибокої та слушної позиції, за якою наявність (або відсутність) у суспільстві загальної правової культури, а також те, як ця культура співвідноситься з існуючою правовою системою, допомагають визначити, до якого ступеня та наскільки кон-

кретно ті або інші елементи верховенства права мають бути недвозначно прописані у законі²⁵.

На наше переконання, за сучасних умов закріплення у приписах національного адміністративного процесуального закону всіх обов'язкових елементів верховенства права є розумним; відповідні приписи виглядатимуть практично застосовними, оскільки наповнять сполучення слів “верховенство права” конкретним змістом, зрозумілим як представникам судової влади, так і приватним особам, вимушеним звертатися до останніх за захистом своїх прав.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Daisi A, *Osnovy gosudarstvennago prava Anglii. Vvedenie v izuchenie anglijskoj Konstitucii* [The Fundamentals of State Law of England. Introduction to the Study of the English Constitution] (Tipograf Tovarishhestva I D Sytina 1905) (in Russian).
2. Holovaty S, *Verkhovenstvo prava: monohrafiia* [The Rule of Law: Monograph] (Feniks 2006) (in Ukrainian).

Journals articles

3. Fomin A, ‘A. Albert Daisi pro panuvannia zakonu yak verkhovenstvo prava u vuzkomu sensi’ [‘A. Albert Daisy on the Rule of Law as the Rule of Law in the narrow sense’] (2013) 10 Pravo Ukrainy 170 (in Ukrainian).
4. Malyshev B, ‘Pryntsyp panuvannia prava (the rule of law) u pratsi Alberta Daisi “Vstup do vyvchennia konstytutsiinoho prava”’ [‘The rule of law in the work of Albert Daisy “Introduction to the study of constitutional law”’] (2008/2009) 6/7 Problemy filosofii prava 118 (in Ukrainian).
5. Pysarenko N, ‘Verkhovenstvo prava v administratyvnomu sudochynstvi: vid doktrynalnoi idei do praktychnoi implementatsii’ [‘The Rule of Law in Administrative Proceedings: from Doctrinal Idea to Practical Implementation’] (2018) 1 Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy 134 (in Ukrainian).
6. Yeresko L, ‘Verkhovenstvo prava yak rezultat sudovoi praktyky: pohliady A. Daisi’ [‘The Rule of Law as a Result of Judicial Practice: the Views of A. Daisy’] (2016) 11-12 Yurydychna Ukraina 68 (in Ukrainian).

Websites

7. Bingem T, ‘Verhovenstvo prava: shestaja ezhegodnaja lekcija v chest' vice-rektora Kembridzhskogo universiteta sjera D. Uil'jamsa (16 nojabrja 2006 r.)’ [‘The Rule of Law: the Sixth Annual Lecture in Honor of the Vice-Rector of the University of Cambridge, Sir D. Williams (November 16, 2006)’] <<http://legalitas.com.ua/ukr-t-binrem-verhovenstvo-prava>> (accessed: 05.11.2018) (in Russian).

²⁵ Контрольный список вопросов для оценки соблюдения верховенства права (н 13).

Nadiia Pysarenko

THE RULE OF LAW, FAIR TRIAL GUARANTEED
BY THE CONVENTION AND THE PRINCIPLES
OF ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

ABSTRACT. The article examines the content of the rule of law elements which the European Commission for democracy through law (Venice Commission) defined as mandatory in the Report dated March 2011.

The purpose of the article is to establish whether these elements have been consolidated in the text of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine (CAP of Ukraine). The author concludes that Art. 6 “The Rule of Law” contains information about two of the six mandatory elements. Proceeding from this conclusion, it is proposed to set out the relevant provisions of CAP of Ukraine in the manner ensuring that they are practically applicable; that their precepts make possible filling the combination of words “the rule of law” with specific content understandable both to representatives of the judiciary and individuals who have to seek protection of their rights.

The article presents the “sounding” of the mandatory rule of law elements which appears to be appropriate for administration of justice. Hence, judicial activity will be based on the idea of the rule of law, if: 1) justice is accessible and the court is independent and impartial; 2) the court strictly complies with laws and acts only within the framework of its powers; 3) the court makes reasonable, fair, well-substantiated decisions which have no signs of tyranny; 4) while trying a case, the court applies the law in equal measure to everyone; 5) the court interprets the law in the manner assuring priority of human rights; (6) final decisions of the court will not be questioned, they must be strictly complied with, including through the use of efficient mechanisms which will encourage the implementation thereof.

Compliance with the above rule of law elements in judicial activity can be achieved if in the procedural law the rules are set out which refer to the proceedings principles and reveal the content of each of these elements. These rules will have an executable and concise form, if their texts include information on the Convention’s requirements of fair trial described in the light of their interpretation by the European Court of Human Rights. In other words, introduction of the mandatory rule of law elements is guaranteed in the proceedings through the requirements of Art. 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, which should be reflected in its (proceedings) principles.

Given the above, the author presents an updated list of the administrative proceedings principles. Some of them are given a respective characterization based on which the rules are formulated, and the author proposes to consolidate these rules in the national administrative procedural law.

KEYWORDS: the rule of law; legality; legal certainty; prohibition of arbitrariness; administrative proceedings; principles of administrative proceedings.



Семен Стеценко

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
професор кафедри адміністративного
та господарського права
Запорізького національного університету
(м. Запоріжжя, Україна)
ssg777@ukr.net

DOI: 10.33498/opus-2019-04-077



Віталій Щавінський

доктор юридичних наук, доцент,
заступник Голови Київського окружного
адміністративного суду
(м. Київ, Україна)
svr80@ukr.net

УДК 342.9: 351.87

ЗАХИСТ ІНТЕРЕСІВ ДЕРЖАВИ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ ЯК НАУКОВА ТА ПРАКТИЧНА ПРОБЛЕМА

АНОТАЦІЯ. У статті акцентується увага на проблематиці захисту інтересів держави в адміністративному судочинстві.

Мета статті полягає у приверненні уваги до тієї обставини, що адміністративні суди, поряд із традиційними справами “людина проти держави”, розглядають також й інші, де фактично захищаються інтереси держави, та обґрунтуванні необхідності внесення змін до ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України (“Завдання та основні засади адміністративного судочинства”).

Встановлено, що всі наявні точки зору стосовно проблематики спрямованості завдань адміністративного судочинства можна відобразити у трьох групах: 1) із домінуванням захисту інтересів людини у взаєминах із державою; 2) з пріоритетним відображенням захисту інтересів людини у взаєминах із державою, проте із зазначенням, що захист інтересів держави теж присутній серед завдань адміністративного судочинства; 3) із відображенням того, що захист інтересів держави існує поряд із захистом інтересів людини як завдання адміністративного судочинства України. Доводиться той факт, що захист інтересів держави такий же “повноправний учасник” серед завдань адміністративного судочинства, як і захист інтересів людини у взаєминах із суб’єктами владних повноважень.

© Семен Стеценко, Віталій Щавінський, 2019

Семен Стеценко, Віталій Шавінський

Особлива увага приділена проблематиці сутності інтересів держави. Акцентовано на тій обставині, що у держави теж є свої інтереси, які з певною мірою умовності можна вважати сукупним інтересом державних інституцій, органів публічної адміністрації, які, зі свого боку, у широкому розумінні створені суспільством для сприяння реалізації прав, свобод та законних інтересів членів суспільства. Відтак запропоновано під правовими інтересами держави розуміти сформульовані у положеннях чинного законодавства та доктринальних документах правлячих політичних сил загальні пріоритети держави, які базуються на потребах суспільства, сучасній ідеології та реалізуються на практиці за допомогою апарату держави.

Привернуто увагу до важливості врахування впливу судової практики Європейського суду з прав людини на адміністративне судочинство України загалом та на розгляд справ щодо захисту інтересів держави зокрема.

Ключові слова: держава; захист інтересів держави; адміністративне судочинство; завдання адміністративного судочинства.

Реалії сьогодення засвідчують підвищений інтерес до проблематики діяльності адміністративних судів. Констатуємо ту обставину, що поряд із захистом інтересів пересічних громадян від порушень із боку суб'єктів владних повноважень суди розглядають й іншу категорію справ. Йдеться про захист інтересів держави.

Актуальність розгляду захисту інтересів держави як важливої наукової та практичної проблеми зумовлена низкою факторів, основними з яких вважаються такі:

– всупереч певній термінологічно-сутнісній незвичності, у межах адміністративного судочинства захищаються не лише інтереси особи, а й держави;

– перенасиченість проблематикою забезпечення і захисту інтересів людини в адміністративному судочинстві та брак системних досліджень у цій царині, присвячених інтересам держави;

– необхідність усвідомлення тієї обставини, що, захищаючи інтереси держави, тим самим значною мірою захищаються інтереси конкретної особи: як фізичної, так і юридичної.

Здавалося б, нещодавно в Україні, одній із перших країн на теренах колишнього Радянського Союзу, були створені адміністративні суди та запрацювала система адміністративного судочинства. Проте час невблаганний: напрацьовано судову практику, на зміну Вищому адміністративному суду України створено Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду (далі – КАС ВС) та діє суттєво оновлений у 2017 р. Кодекс адміністративного судочинства України (далі – КАС України)¹.

www.pravoua.com.ua

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

Зазначене дає підстави для здійснення (провадження) щонайменше трьох процесів:

- підбиття підсумків попереднього періоду існування адміністративних судів, які сприяли б здійсненню узагальнення, врахуванню прорахунків, поширенню позитивного досвіду;
- аналіз сьогоденного стану справ зі здійснення адміністративного судочинства, ролі та значення КАС ВС, напрацювання підходів щодо практичного втілення у правозастосовну практику новітньої ідеї типових і зразкових справ тощо;
- планування та прогнозування тих чи інших аспектів організаційно-правового забезпечення і реального здійснення адміністративного судочинства у короткостроковій та довгостроковій перспективі, з урахуванням змін чинного законодавства, проведення судової та адміністративної реформ.

Одним із питань, яке у цьому сенсі має наскрізний характер, є захист інтересів держави в адміністративному судочинстві. Розглядаючи його як об'єкт адміністративно-правової науки, варто проаналізувати завдання адміністративного судочинства. Чим обумовлена необхідність такого кроку?

По-перше, певною невідповідністю норм чинного законодавства тим реальним завданням, які стоять перед адміністративною юстицією. По-друге, якщо функції адміністративної юстиції мають більш глобальний характер, навіть певною мірою більш теоретично обґрунтовані, ніж практично підкріплені нормами чинного законодавства та організаційно-правовими механізмами реалізації, то завдання адміністративного судочинства є більш практичними, перебувають у реальному просторово-темпоральному вимірі, існують “тут і зараз”. По-третє, завдання адміністративної юстиції певною мірою формулює суспільство, використовуючи для цього інститут Верховної Ради України як єдиний законодавчий орган держави.

Що стосується першого із вказаних факторів (невідповідність норм чинного законодавства тим реальним завданням, які стоять перед адміністративною юстицією), то маємо зазначити, що відповідно до ст. 2 КАС України “Завдання та основні засади адміністративного судочинства” завданням адміністративного судочинства є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів у сфері публічно-правових відносин з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень. Тобто акцент у цьому сенсі справедливо (і ми підкреслюємо основний домінуючий характер адміністративної юстиції,

Семен Стеценко, Віталій Шавінський

яка насамперед захищає права людини у взаємовідносинах із державою) робиться на захисті прав, свобод та законних інтересів людини. У цьому ж напрямі висловив свою позицію Конституційний Суд України (далі – КСУ), коли у рішенні у справі про оскарження бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо заяв про злочини (від 14 грудня 2011 р. № 1-29/2011) відзначив:

<...> права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Для здійснення такої діяльності органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові і службові особи наділені публічною владою, тобто мають реальну можливість на підставі повноважень, встановлених Конституцією і законами України, приймати рішення чи вчиняти певні дії. Особа, стосовно якої суб'єкт владних повноважень прийняв рішення, вчинив дію чи допустив бездіяльність, має право на захист².

Однак виникають важливі запитання: чому про захист інтересів держави нічого не говориться у ст. 2 КАС України? Чому це не корелює із приписами ст. 19 цього нормативно-правового акта – “Справи, на які поширюється юрисдикція адміністративних судів”, де низка положень присвячена фактично захисту інтересів держави? Зокрема, йдеться про:

<...> спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, зокрема делегованих повноважень; спори, що виникають з приводу укладення, виконання, припинення, скасування чи визнання нечинними адміністративних договорів; спори за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, коли право звернення до суду для вирішення публічно-правового спору надано такому суб'єкту законом; спори щодо вилучення або примусового відчуження майна для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності³.

Як додатковий аргумент можна навести зміст ч. 4 ст. 46 КАС України (“Сторони”), у якому зазначається:

Громадяни України, іноземці чи особи без громадянства, громадські об'єднання, юридичні особи, які не є суб'єктами владних повноважень, можуть бути відповідачами лише за адміністративним позовом суб'єкта владних повноважень:

www.pravoua.com.ua

² Рішення Конституційного Суду України від 14 грудня 2011 р. № 19-рп/2011 (справа про оскарження бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо заяв про злочини). *Офіційний вісник України*. 2012. № 101. Ст. 3724.

³ Кодекс адміністративного судочинства України (н 1).

- 1) про тимчасову заборону (зупинення) окремих видів або всієї діяльності громадського об'єднання;
- 2) про примусовий розпуск (ліквідацію) громадського об'єднання;
- 3) про затримання іноземця чи особи без громадянства чи примусове видворення за межі території України;
- 4) про встановлення обмежень щодо реалізації права на свободу мирних зібрань (збори, мітинги, походи, демонстрації тощо);
- 5) в інших випадках, коли право звернення до суду надано суб'єкту владних повноважень⁴.

Тобто очевидним вбачається той факт, що не лише справи на кшталт “особа проти держави” становлять сутність адміністративного судочинства і, відповідно, відображають його завдання. Краще у цій системі координат орієнтуватися на характер справ, що розглядаються адміністративними судами, зокрема справи публічно-правового характеру, пов'язані з управлінською діяльністю.

Більш ширший варіант сприйняття завдань адміністративного судочинства запропоновано фахівцями Центру політико-правових реформ. На їхню думку, в Україні створення системи адміністративного судочинства спрямоване насамперед на:

- посилення відповідальності публічної адміністрації за свою діяльність перед особою, а також підвищення гарантій захисту прав, свобод та інтересів особи від свавілля з боку влади;
- підвищення ефективності процедури судового вирішення адміністративних справ внаслідок врахування специфіки публічно-правових відносин;
- покращення якості вирішення адміністративних справ внаслідок спеціалізації судів і суддів⁵.

Певним дороговказом для осмислення проблематики завдань адміністративного судочинства може слугувати позиція О. Пасенюка, який стверджує: ‘Обережне і гранично осмислене застосування інструментарію адміністративного судочинства здатне пролити світло на складні й суперечливі суспільні процеси у сфері взаємовідносин людини і держави, влади і суспільства’⁶. Тобто ми бачимо, що автор закликає до обережного та осмисленого використання адміністративного судочинства і, що не менш важливо, підкреслює важливість та роль адміністративного

⁴ Кодекс адміністративного судочинства України (н 1).

⁵ Р Куйбіда та І Шишкін (ред), *Основи адміністративного судочинства та адміністративного права: навчальний посібник* (Старий світ 2006) 18.

⁶ Олександр Пасенюк, ‘Чи потрібен Україні суд над владою?’ (*Дзеркало тижня*, Київ, 27 червня 2008) 6.

судочинства у вирішенні складних і суперечливих суспільних процесів у системі координат “людина – держава – влада – суспільство”.

Здійснюючи пошук адекватного формулювання ст. 2 КАС України стосовно завдань такого виду судочинства, важливо проаналізувати наявні тенденції у науковому відображенні цього питання. Загалом усі наявні точки зору стосовно проблематики спрямованості завдань адміністративного судочинства доцільно відобразити у трьох групах:

1. Із домінуванням захисту інтересів людини у взаєминах із державою.
2. Із пріоритетним відображенням захисту інтересів людини у взаєминах із державою, проте із зазначенням, що захист інтересів держави теж присутній серед завдань адміністративного судочинства.
3. Із відображенням того, що захист інтересів держави існує поряд із захистом інтересів людини як завдання адміністративного судочинства України.

Перша позиція. Вона, безсумнівно, є домінуючою сьогодні, адже традиційно, ще з часів зародження адміністративної юстиції, вважалось, що цей інститут насамперед слугуватиме інтересам звичайних громадян, даватиме їм змогу оскаржувати у суді незаконні дії чи бездіяльність органів влади. Це мало стати (і значною мірою стало) альтернативою звичайному адміністративному способу оскарження, який показав свою неефективність. Судова практика засвідчує, що кількість справ, у яких були задоволені позовні вимоги пересічних громадян, становить значний відсоток.

Адміністративні суди захищають передусім ті права, які порушені у сфері публічно-правових відносин. Проте, як показує практика, не тільки. Звідси, слід погодитися з думкою розробників коментаря до КАС України:

Права, свободи та інтереси, які захищають адміністративні суди, можуть бути різноманітними (від конституційних до цивільних). Важливо, щоб порушення цих прав, свобод та інтересів відбулося у публічно-правових відносинах та виходило від суб'єктів владних повноважень під час здійснення ними владних управлінських функцій⁷.

Такої ж думки дотримується і О. Константи́й:

Вважаю, що забезпеченню адміністративним судочинством в Україні підлягає весь комплекс визначених національним та міжнародним законодавством (Загальна декларація прав людини 1948 р., Конвенція про захист прав людини і основних свобод 1950 р., Європейська соціальна

⁷ Р. Куйбіда (ред), *Кодекс адміністративного судочинства України: науково-практичний коментар, т 1* (Книги для бізнесу 2007) 32.

хартія 1961 р., Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права 1966 р., Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 р. та ін.) політичних, громадянських, соціально-економічних, екологічних, інформаційних прав та свобод людини і громадянина, реалізація яких відбувається у стосунках із суб'єктами владних повноважень або у сфері їх владного впливу⁸.

Тобто сутність таких позицій полягає у тому, що порушені права можуть бути найрізноманітнішими (у галузі пенсійного і соціального забезпечення, проходження публічної служби, дозвільної системи тощо), проте підставою для звернення до адміністративного суду мають бути певні дії чи бездіяльність органів публічної адміністрації, інших суб'єктів владних повноважень, від діяльності яких залежить порушення (повнення) прав людини.

Друга позиція – спрямованість завдань адміністративного судочинства полягає у пріоритетному відображенні захисту інтересів людини у взаєминах із державою, проте із зазначенням, що захист інтересів держави теж присутній серед його завдань. Як вже зазначалося, підґрунтям для такого бачення є положення статей 19 та 46 КАС України, які чітко демонструють, що суб'єкти владних повноважень можуть бути позивачами, а отже, адміністративне судочинство потенційно може захищати і їхні інтереси. Крім того, часто позови суб'єктів владних повноважень до адміністративного суду спрямовані на опосередкований захист інших громадян (скажімо, про обмеження щодо реалізації права на мирні зібрання (збори, мітинги, походи, демонстрації тощо)), що пов'язано з необхідністю забезпечення громадського порядку та громадської безпеки. І, насамкінець, необхідність забезпечення законності та правопорядку не можна відкидати як один із напрямів реалізації завдань адміністративного судочинства.

Захист інтересів держави через законність і правопорядок у державі, як одне із завдань адміністративного судочинства, сприймає і В. Ємельянова. Вона зазначає:

<...> однією з основних ознак правової держави є право на доступ до правосуддя та справедливий судовий розгляд. Судова система є основою правової держави, вона покликана захищати Конституцію, задекларовані в ній цінності. Саме суд урівноважує суспільство. Завданням судової гілки влади були і залишаються максимально надійний захист конституційних прав і свобод людини, а також законність та правопорядок у державі. Саме це є суттю правосуддя, його стратегічною метою.

⁸ О Константи, 'Суб'єктивні публічні права як об'єкт забезпечення адміністративним судочинством' (2004) 8 Право України 98.

Для досягнення цієї мети в Україні і проводиться судово-правова реформа⁹.

Крім того, В. Ємельянова висловила цікаву думку: ‘Суд урівноважує суспільство’. Це справді так, адже гіпертрофування прав, свобод і законних інтересів громадян без належних важелів стримування та противаг теж мало несе доброго суспільству й державі.

І, насамкінець, третя позиція з проблематики спрямованості завдань адміністративного судочинства – із відображенням того, що захист інтересів держави існує поряд із захистом інтересів людини як завдання адміністративного судочинства України. Інакше кажучи, захист інтересів держави такий же “повноправний учасник” серед завдань адміністративного судочинства, як і захист інтересів людини у взаєминах із суб’єктами владних повноважень. Зазначимо, що таку думку поділяє небагато науковців і практиків, котрі опікуються цією проблематикою. Доля об’єктивності тут, безумовно, є, адже сама адміністративна юстиція задумувалась як інструмент захисту інтересів людини від сваволі держави. І це правильно. Проте життя не стоїть на місці й адміністративне судочинство не є винятком.

Зокрема, І. Самсін зазначає:

Вважаємо за можливе піддати критиці такий необґрунтовано звужений підхід до окреслення призначення сучасного адміністративного судочинства (воно захищає винятково права, свободи та законні інтереси фізичних та юридичних осіб у взаєминах із владою. – С. С., В. Ш.). При цьому не можемо заперечувати той факт, що адміністративна юстиція на початковому етапі свого розвитку справді ставила за мету винятково захист прав та інтересів приватних осіб у відносинах із владними органами. Проте юридичні та фактичні реалії сьогодення свідчать про необхідність перегляду суті адміністративної юстиції через розширення кола завдань, які ставляться перед нею¹⁰.

Таким чином науковець визначає еволюцію адміністративного судочинства. Варто погодитися з цією думкою, адже це об’єктивний аргументований підхід. В його основі лежить концептуальне бачення А. Селіванова, який зазначив, що ‘сучасне адміністративне судочинство стає, у певному розумінні, важливою формою захисту публічних

⁹ В Ємельянова, ‘Важка дорога адміністративної юстиції, однак її треба пройти’ (2007) 1 Вісник Вищого адміністративного суду України 32.

¹⁰ І Самсін, ‘Побудова української моделі адміністративного судочинства: теоретико-практичні проблеми’ (2006) 12 Право України 20.

прав та свобод людини і громадянина, а також законних інтересів публічних осіб¹¹.

Першоосною адміністративно-правового наукового погляду на проблематику ролі та значення держави як учасника адміністративного судочинства є аналіз та співвідношення правових інтересів держави, публічних і суспільних інтересів. Як слушно зазначає Т. Коломоєць, ‘публічний інтерес часто ототожнюється із суспільним інтересом, або вважається, що категорія “публічні інтереси” охоплює як суспільні, так і державні потреби’¹².

Відповідаючи на запитання – у чому ж полягає сутність правових інтересів держави у межах наукової розвідки, присвяченої захисту інтересів держави в адміністративному судочинстві, пов’язаної із низкою обставин? – основними із правових інтересів можуть вважатися такі:

а) система адміністративних судів виступає від імені держави, ухвалює свої рішення іменем України, і в цій частині, проводячи аналогії з фізичною особою, є певні прояви конфлікту інтересів, що зумовлюють необхідність вироблення парадигми об’єктивного сприйняття такої картини;

б) держава в адміністративному судочинстві може виступати щонайменше у трьох варіантах: як відповідач в адміністративній справі; як позивач; як інший учасник адміністративного процесу;

в) терміно-сполучення “захист інтересів держави в адміністративному судочинстві” потребує адміністративно-правового аналізу сутності цих інтересів, їх відмінності від інтересів фізичної чи юридичної особи в адміністративному процесі;

г) держава чи органи публічної адміністрації, які мають владні повноваження, найчастіше повинні доводити свою невинуватість і надавати докази цього, що певною мірою впливає на її процесуальне сприйняття. В основі такого стану справ лежить презумпція правомірності правової позиції громадянина;

г) не будь-який інтерес держави може мати правовий характер, що зумовлює необхідність врахування цієї обставини при правотворчій та правозастосовній діяльності;

Раніше ми неодноразово висловлювали позицію, що не лише традиційні для адміністративної юстиції справи “людина проти держави” становлять масив адміністративного судочинства. У контексті процесу

¹¹ Анатолій Селіванов, ‘Адміністративне судочинство як новий інститут реалізації судової влади’ в *Проблеми судово-правової реформи* <<http://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/0/1F84B04D473311CEC32570BD00232346?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=1F84B04D473311CEC32570BD00232346&Count=500&>> (дата звернення: 02.11.2018).

¹² Тетяна Коломоєць, *Адміністративне право України. Академічний курс: підручник* (Юрінком Інтер 2011) 374.

оновлення предмета адміністративного права зазначалося про те, що наразі модернізується розуміння адміністративної юстиції як одного з важливих складових предмета цієї галузі права¹³.

Важливо акцентувати увагу на тій обставині, що у держави теж є свої інтереси, які з певною мірою умовності можна вважати сукупним інтересом державних інституцій, органів публічної адміністрації, які, зі свого боку, у широкому розумінні створені суспільством для сприяння реалізації прав, свобод та законних інтересів членів суспільства. Тому під правовими інтересами держави ми пропонуємо розуміти сформульовані у положеннях чинного законодавства та доктринальних документах правлячих політичних сил загальні пріоритети держави, які базуються на потребах суспільства, сучасній ідеології, та реалізуються на практиці за допомогою апарату держави.

Розглядаючи інтереси держави, суспільства та окремо взятої людини у їх співвідношенні та пріоритетності, варто констатувати, що сьогодні як в юридичній науці, так і у правозастосовній практиці виокремлюється проблематика сприйняття природно-правової доктрини та її певної конкуренції з позитивістським спрямуванням розуміння права. У цьому сенсі слушними та справедливими виглядають положення ст. 3 Конституції України, де визначено, що права та свободи людини і громадянина визначають зміст і спрямованість дій держави. Основний Закон зазначає:

Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави¹⁴.

Здійснюючи наукове тлумачення цих положень, доходимо висновку, що природно-правовий компонент є пріоритетним порівняно із позитивно-правовим. А як же у практиці діяльності адміністративних судів? Вони, здавалося б, мають приймати рішення на підставі чинного законодавства, тобто тих положень, які фактично є відображенням позитивного права? На нашу думку, протиріч тут немає. Річ у тім, що суддя вирішує питання по суті, з огляду на норми чинного законодавства. Проте з метою повного, об'єктивного та всебічного вивчення обставин публічно-правового спору, який міститься в основі судової справи, суддя повинен враховувати також і принцип верховенства права, який, з-поміж іншого,

¹³ С Стеценко, 'Сучасний погляд на предмет адміністративного права' (2016) 1 Публічне право 25.

¹⁴ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 02.11.2018).

чітко демонструє необхідність врахування природно-правових констант, надає судді можливість робити вільний вибір у досить непростому питанні.

Чітких, лінійних відповідей на запитання стосовно співвідношення інтересів держави, суспільства чи окремої фізичної особи бути не може. Наше завдання полягає у тому, щоб продемонструвати тенденції, які є чи можуть мати місце при аналізі цього питання у контексті теми наукового повідомлення, яка позиціонує можливість захисту інтересів держави в адміністративному судочинстві.

Важливим у контексті заявленої теми є врахування впливу судової практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) на адміністративне судочинство нашої держави загалом та на розгляд справ щодо захисту інтересів держави зокрема. Формальним підтвердженням важливості цього питання на рівні чинного законодавства стало прийняття Закону України від 23 лютого 2006 р. “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини” (далі – Закон). Він регулює відносини, що виникають у зв’язку з обов’язком держави виконати рішення ЄСПЛ у справах проти України; з необхідністю усунення причин порушення Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) і протоколів до неї; з впровадженням в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів прав людини; зі створенням передумов для зменшення кількості заяв до ЄСПЛ проти України. Стаття 17 Закону “Застосування судами Конвенції та практики Суду” свідчить, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права¹⁵. У такий спосіб із 2006 р., у межах здійснення судочинства (зокрема адміністративного), використання судами рішень ЄСПЛ, поряд із Конвенцією, стало не даниною моді, а реальною справою, яка наблизила Україну до провідних демократій світу з точки зору імплементації основного правозахисного документа до внутрішнього законодавства.

Зв’язок прийняття Закону із захистом інтересів держави прослідковується у монографії за редакцією В. Авер’янова, присвяченій правам громадян у сфері виконавчої влади, у якій, зокрема, зазначено:

<...> проте, маючи статус національного закону, зазначений нормативний акт, на нашу думку, не забезпечує в повному обсязі захист інтересів самої держави, яка внаслідок прийняття рішення на користь заявника щодо сатисфакції зазнає збитків, механізм відшкодування яких не передбачений цим законом. Йдеться про те, що винуватцями порушення

¹⁵ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 260.

Семен Стеценко, Віталій Шавінський

Конвенції, як правило, виступають конкретні посадові особи і конкретні органи, проте відшкодування збитків у вигляді сатисфакції заявникові відбувається за рахунок державних коштів, тоді, як конкретні винуватці фактично ніяких негативних для себе наслідків не зазнають¹⁶.

Дійсно, проблема притягнення до відповідальності конкретних винуватців все ще залишається не до кінця вирішеною. Адже інтереси держави у випадках виплат коштом державного бюджету реально страждають і на порядку денному стоїть питання оптимізації організаційно-правового забезпечення відшкодування збитків з боку конкретних винуватців порушення прав людини і громадянина, який виграє справу проти України у ЄСПЛ.

Важливий елемент впливу судової практики ЄСПЛ на систему українського адміністративного судочинства полягає у тлумаченні принципу верховенства права. Категорія, яка для вітчизняних фахівців донедавна була явищем, що нерідко ототожнювалося з принципом законності, завдяки практиці ЄСПЛ почала набувати реальних обрисів. До такого принципу не тільки апелюють сторони в межах судового адміністративного процесу, а й на нього посилаються судді адміністративних судів при прийнятті рішення у справі. Таку тенденцію варто прийняти. Найповніше відображення наповнення та сутності цього принципу мають полегшити його розуміння і застосування у судовій практиці.

Прикладом використання такого складника верховенства права, як юридична (правова) визначеність, може слугувати рішення ЄСПЛ у справі “Христов проти України” (*Khristov v. Ukraine*, заява № 24465/04, рішення від 19 лютого 2009 р.):

Суд повторює, що право на справедливий судовий розгляд, гарантоване пунктом 1 статті 6 Конвенції, слід тлумачити в контексті преамбули Конвенції, яка, зокрема, проголошує верховенство права як складову частину спільної спадщини Договірних держав. Одним з основоположних аспектів верховенства права є принцип юридичної визначеності, згідно з яким, у разі остаточного вирішення спору судами, їхнє рішення, що набрало законної сили, не може ставитися під сумнів¹⁷.

Особливістю практики ЄСПЛ є, з одного боку, послідовність у розкритті сутності положень Конвенції через їх тлумачення, а з другого – певна динамічність, яка обумовлює необхідність постійного моніто-

www.pravoua.com.ua

¹⁶ В Авер'янов (ред), *Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту* (Наукова думка 2007) 550.

¹⁷ Христов проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 19 лютого 2009 р. (заява № 24465/04). *Офіційний вісник України*. 2009. № 68. Ст. 2372.

рингу за результатами діяльності цього суду з метою виявлення певних тенденцій. Вказані обставини мають бути враховані вітчизняним правозастосовувачем, зокрема й адміністративними судами. Це торкається справ, у яких захищаються інтереси держави.

Висновки. На завершення зазначимо, що захист інтересів держави не є протиставленням захисту інтересів людини в адміністративному судочинстві, як це може здатися на перший погляд. Це реалії сьогодення, частина діяльності адміністративних судів, це певна грань адміністративної юстиції. Вона важлива як для юридичної науки, так і для правозастосовної практики.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Kolomoiets T, *Administratyvne pravo Ukrainy. Akademichnyi kurs: pidruchnyk [Administrative Law of Ukraine. Academic Course: Tutorial]* (Yurinkom Inter 2011) (in Ukrainian).

Edited books

2. Averianov V (red), *Prava hromadian u sferi vykonavchoi vlady: administratyvno-pravove zabezpechennia realizatsii ta zakhystu [Citizens' Rights in the Sphere of Executive Power: Administrative and Legal Support for Implementation and Protection]* (Naukova dumka 2007) (in Ukrainian).
3. Kuibida R ta Shyshkin I (red), *Osnovy administratyvnoho sudochynstva ta administratyvnoho prava: navchalnyi posibnyk [Fundamentals of Administrative Legal Proceedings and Administrative Law: Teaching Manual]* (Staryi svit 2006) (in Ukrainian).
4. Kuibida R (red), *Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy: naukovo-praktychnyi komentar [Code of Administrative Justice of Ukraine: Scientific and Practical Commentary] t 1* (Knyhy dlia biznesu 2007) (in Ukrainian).

Journal articles

5. Konstantyi O, 'Subiektyvni publichni prava yak ob'ekt zabezpechennia administratyvnym sudochynstvom' ['Subjective Public Rights as an Object of Administrative Justice'] (2006) 8 *Pravo Ukrainy* 96-9 (in Ukrainian).
6. Samsin I, 'Pobudova ukrainskoi modeli administratyvnoho sudochynstva: teoretyko-praktychni problemy' ['Construction of the Ukrainian Model of Administrative Justice: Theoretical and Practical Problems] (2006) 12 *Pravo Ukrainy* 3-8 (in Ukrainian).
7. Stetsenko S, 'Suchasnyi pohliad na predmet administratyvnoho prava' ['Modern View on the Subject of Administrative Law] (2016) 1 *Publichne pravo* 20-5 (in Ukrainian).
8. Yemelianova V, 'Vazhka doroha administratyvnoi yustytzii, odnak yii treba proity' ['The Administrative Justice is a Difficult Road, but it Has to go Through'] (2007) 1 *Visnyk Vyshchoho administratyvnoho sudu Ukrainy* 32-6 (in Ukrainian).

Newspaper articles

9. Pasienuk O, 'Chy potriben Ukraini sud nad vladoiu?' ['Do you need a court of power in Ukraine?'] *Dzerkalo tyzhnia* (Kyiv, 2008, 23) 6 (in Ukrainian).

Websites

10. Selivanov A, 'Administratyvne sudochynstvo yak novyi instytut realizatsii sudovoi vladyy' ['Administrative Justice as a New Institution for the Implementation of Judicial Power'] v *Problemy sudovo-pravovoi reformy [Problems of Judicial Reform]* <<http://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/0/1F84B04D473311CEC32570BD00232346?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=1F84B04D473311CEC32570BD00232346&Count=500&>> (accessed: 02.11.2018) (in Ukrainian).

Semen Stetsenko
Vitalij Shchavinskij

PROTECTION OF THE STATE'S INTERESTS
IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS
AS A SCIENTIFIC AND PRACTICAL ISSUE

ABSTRACT. The article focuses on the issues inherent in the protection of the interests of the State in administrative proceedings.

The purpose of the article is to emphasize the fact that administrative courts, along with traditional cases of "an individual vs. the State", also consider other cases, where interests of the State are actually protected; the article also aims at providing justification for the need to amend Article 2 of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine ("Objectives and the Basic Principles of the Administrative Proceedings").

The author has established that the entirety of current standpoints regarding the orientation of the objectives of the administrative proceedings can be represented in three groups: 1) those with the predominance of protection of an individual's interests in relations with the State; 2) those which have the priority focus on the protection of an individual's interests in relations with the State, but at the same time indicate that protection of the State's interests is also present among the objectives of the administrative proceedings; 3) those focused on protection of the State's interests alongside of an individual's interests protection as the objective of the administrative proceedings of Ukraine. The author proves the fact that protection of the State's interests is the same "full-fledged player" among the objectives of the administrative proceedings as protection of an individual's interests in relations with subjects vested with power.

Special attention is given to the issues relating to the essence of the State's interests. The author emphasizes the fact that the State has its own interests as well, and such interests, with a certain degree of conditionality, may be regarded as the combined interest of state institutions and public administration bodies, which, in their turn, are created by society in a broad sense to promote the exercise of rights, freedoms and legitimate interests of society members. Therefore, the author suggests that the legal interests of the State should be understood as general priorities of the State which are formulated in the

provisions of current legislation and doctrinal documents of the ruling political forces, and which are underpinned by the needs of society and modern ideology and are implemented in practice through the machinery of the State.

The author stresses the importance of taking into account the impact which the case law of the European Court of Human Rights has on Ukraine's administrative proceedings in general and on the consideration of cases involving protection of the State's interests in particular.

KEYWORDS: the State; protection of the State's interests; administrative proceedings; objectives of administrative proceedings.



Роман Мельник

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри адміністративного права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(м. Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3375-6117>
r.melnik@ukr.net

УДК 342.9

ПРО ДОПУСТИМІСТЬ ОСКАРЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДІ ІНДИВІДУАЛЬНОЇ ПОДАТКОВОЇ КОНСУЛЬТАЦІЇ (за матеріалами судової практики)

АНОТАЦІЯ. Незважаючи на доволі тривалу практику здійснення адміністративного судочинства в Україні, кількість питань проблемного (складного) характеру, які виникають у цій сфері, не зменшується. Виникнення та існування означених проблем пояснюється різними причинами, серед яких чільне місце займає як недостатня розробленість теоретичних засад адміністративного права та адміністративного процесуального права, так і небажання (неготовність) суддів користуватися науковими здобутками під час здійснення правосуддя.

Мета статті полягає у доведенні необхідності використання здобутків юридичної доктрини під час здійснення правосуддя суддями адміністративних судів (на прикладі окремої категорії справ адміністративної юрисдикції).

У межах статті проаналізовано конкретне судове рішення, ухвалене Верховним Судом у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду, предметом якого стало оскарження платником податку індивідуальної податкової консультації.

Індивідуальна податкова консультація аналізується через призму правової доктрини, зокрема доктрини адміністративного процесуального права та адміністративного права. Насамперед з'ясовується можливість віднесення її до категорії "рішення", яке може бути предметом перевірки в адміністративному суді. Наголошується, що наявність в індивідуальній податковій консультації ознак індивідуального акта не робить автоматичною можливість її (так само як і іншого індивідуального акта) оскарження за правилами Кодексу адміністративного судочинства України.

За результатом семантичного аналізу категорій "застосування норм права" та "тлумачення норм права" робиться висновок, що індивідуальна податкова консультація являє собою не індивідуальний акт (адміністративний акт), а є актом роз'яснення податкової норми, виданим в офіційному, письмовому порядку суб'єктом владних повноважень.

Критично коментується висновок суддів про те, що віднесення індивідуальної податкової консультації до категорії юридичного факту, що є підставою для звіль-

нення від відповідальності платника податку, який діяв відповідно до наданих такою консультацією роз'яснень із питань практичного застосування окремих норм податкового законодавства, є підставою для визнання її індивідуальним актом.

Обґрунтовується думка про помилковість позиції законодавця, закріпленої у п. 53.2 ст. 53 Податкового кодексу України, щодо можливості оскарження індивідуальної податкової консультації у суді.

За результатами проведеного дослідження робиться висновок, що індивідуальна податкова консультація є актом роз'яснення права, у зв'язку з чим вона не може бути визнана актом правозастосування (індивідуальним актом або адміністративним актом), не тягне (і не може тягнути) за собою порушення прав, свобод або законних інтересів платника податку, а тому не може бути предметом оскарження в адміністративному суді.

Ключові слова: адміністративний суд; індивідуальна податкова консультація; індивідуальний акт; адміністративний акт.

Незважаючи на доволі тривалу практику здійснення адміністративного судочинства в Україні, кількість питань проблемного (складного) характеру, які виникають у цій сфері, не зменшується. Майже постійно перед членами науково-консультативної ради при Верховному Суді ставляться різновекторні запитання, зокрема, щодо можливості (допустимості) оскарження у порядку адміністративного судочинства тих або інших рішень (актів) суб'єктів владних повноважень.

Виникнення та існування означених проблем можна пояснити різними причинами, серед яких, на нашу думку, чільне місце займає як недостатня розробленість теоретичних засад адміністративного права та адміністративного процесуального права, так і небажання (неготовність) суддів користуватися науковими здобутками під час здійснення правосуддя.

Щодо першого аспекту як приклад наведемо ситуацію, пов'язану з відсутністю на рівні вітчизняної адміністративно-правової доктрини досконалої теорії (теорій) розмежування приватного та публічного права. Ті теорії, які відомі українським юристам (суб'єктна теорія, теорія інтересу, теорія субординації, теорія методу правового регулювання тощо)¹, як показала практика їх застосування, виявилися нежиттєздатними. Так, скажімо, "слабким місцем" суб'єктної теорії є те, що сьогодні суб'єкти приватного права часто виконують публічні функції, вступаючи, як наслідок, у публічно-правові відносини². Що ж до теорії інтересу, то тут слід наголосити на тому, що між публічним і приватним інтересом існує постійний та нерозривний зв'язок, який призводить до того, що захист

¹ С Погребняк, 'Поділ права на публічне і приватне (загальнотеоретичні аспекти)' (2006) 12 Державне будівництво та місцеве самоврядування 3-17.

² Р Мельник, *Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях* (Юрінком Інтер 2018) 161-2.

публічного інтересу так або інакше має своїм наслідком гарантування інтересу приватного, і навпаки. Інакше кажучи, у межах конкретних правовідносин можуть проявлятися інтереси обох названих видів. Показовою у цьому аспекті є сфера соціального забезпечення, характеризуючи яку з погляду правового регулювання Л. Лазор пише, що соціально-забезпечувальним відносинам, окрім їх орієнтації на охорону приватного інтересу, властива і публічна складова, оскільки забезпечення соціальної безпеки є суспільною необхідністю і становить інтерес всього державно організованого суспільства, тобто публічний інтерес³.

Отже, недосконалість перелічених теорій негативно впливають на практику, зокрема, адміністративного судочинства, яка “рясніє” прикладами помилкового визначення правової природи спірних правовідносин⁴, що, як наслідок, знижує ефективність як самого судочинства, так і рівня гарантування та реалізації права приватних осіб на справедливий суд.

Що стосується проблеми “невикористання наукових здобутків під час здійснення правосуддя”, то вона, з одного боку, пов’язана з описаною вище ситуацією (наукові висновки зі змістовних позицій не задовольняють суддів), а з другого – продиктована відсутністю практики використання правової доктрини як джерела права та посилання на неї у судових рішеннях. Цитування суддями праць українських учених-правників під час обґрунтування судових рішень все ще є винятком, аніж правилом, за яким, до речі, активно працюють судді західноєвропейських країн.

Таким чином, формулюючи проміжний висновок, зазначимо, що вирішення чималої кількості проблем, які супроводжують адміністративне судочинство, перебуває у “зоні відповідальності” юридичної доктрини. Саме через її призму розглянемо конкретну практичну ситуацію, з якою стикаються судді адміністративних судів різних інстанцій.

Індивідуальна податкова консультація як предмет оскарження в адміністративному суді

Нині доволі численними є справи адміністративної юрисдикції, пов’язані з оскарженням платниками податків індивідуальних податкових консультацій, отриманих ними від органів Державної фіскальної служби України (далі – ДФС). У межах цієї статті проаналізуємо конкретну

³ Л. Лазор, ‘Співвідношення публічних та приватних елементів правового регулювання у праві соціального забезпечення’ (2010) 4 Форум права 566-71 <<http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10lipcz.pdf>> (дата звернення: 01.02.2019).

⁴ У цій частині досить згадати про невирішену до сьогодні “суперечку” між адміністративними та господарськими судами з приводу визначення юрисдикції спорів, що випливають із земельних правовідносин, учасниками яких є органи місцевого самоврядування у частині виконання ними функцій власника відповідних земельних ділянок (абзац 1 ст. 13 Конституції України).

справу, розглянуту та вирішену Верховним Судом у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду⁵ та сформулюємо щодо неї власні висновки.

*Індивідуальна податкова консультація та її аналіз
через призму правової доктрини*

Аналізуючи наведену судову справу, передусім звернемо увагу на той факт, що Верховним Судом у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду давалася юридична оцінка справи не по суті заявлених вимог, а лише у частині можливості (допустимості) оскарження податкової консультації як виду рішення суб'єкта владних повноважень за правилами Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України)⁶. Відповідно, нашим завданням є формулювання власної точки зору на цю проблему.

Згідно з 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 інтереси⁷.

Інакше кажучи, предметом оскарження може бути *рішення, дія або бездіяльність* суб'єкта владних повноважень. Категорія “рішення” являє собою узагальнюючий термін, який включає (з огляду на зміст статей 4, 5, 19) нормативно-правові акти, індивідуальні акти, адміністративні договори, тобто письмове (або в інший спосіб) закріплене (формалізоване) волевиявлення суб'єкта владних повноважень, яке тягне за собою юридичні наслідки (або може мати юридичні наслідки) для конкретної особи або, інакше кажучи, може порушувати чи створювати загрозу порушення, належних їй прав, свобод або законних інтересів. Відповідно, у ситуації, коли рішення: а) не є, власне, рішенням у розумінні КАС України; б) прийняте не суб'єктом владних повноважень (наприклад, суб'єктом приватного права); в) не тягне за собою юридичних наслідків для приватної особи, тобто за своєю природою (змістом) не викликає порушення прав, свобод або законних інтересів приватної

⁵ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 20 лютого 2018 р. у справі № 813/2617/15 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/72367032>> (дата звернення: 01.02.2019). Див. детальніше: ‘Про обставини, що підлягають встановленню при розгляді позову про визнання недійсною податкової консультації’ (2019) 4 Право України 224.

⁶ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446.

⁷ Там само.

Роман Мельник

особи, то воно не може стати предметом оскарження за правилами адміністративного судочинства.

Проаналізуємо податкову консультацію через призму сформульованих вище ознак (характеристик).

Відповідно до п. 16 ч. 1 ст. 4 КАС України:

Адміністративний договір – спільний правовий акт суб'єктів владних повноважень або правовий акт за участю суб'єкта владних повноважень та іншої особи, що ґрунтується на їх волеузгодженні, має форму договору, угоди, протоколу, меморандуму тощо, визначає взаємні права та обов'язки його учасників у публічно-правовій сфері і укладається на підставі закону:

- а) для розмежування компетенції чи визначення порядку взаємодії між суб'єктами владних повноважень;
- б) для делегування публічно-владних управлінських функцій;
- в) для перерозподілу або об'єднання бюджетних коштів у випадках, визначених законом;
- г) замість видання індивідуального акта;
- ґ) для врегулювання питань надання адміністративних послуг⁸.

Згідно з п. 18 ч. 1 ст. 4 КАС України:

Нормативно-правовий акт – акт управління (рішення) суб'єкта владних повноважень, який встановлює, змінює, припиняє (скасовує) загальні правила регулювання однотипних відносин, і який розрахований на довгострокове та неодноразове застосування⁹.

Відповідно до п. 19 ч. 1 ст. 4 КАС України:

Індивідуальний акт – акт (рішення) суб'єкта владних повноважень, виданий (прийняте) на виконання владних управлінських функцій або в порядку надання адміністративних послуг, який стосується прав або інтересів визначеної в акті особи або осіб, та дія якого вичерпується його виконанням або має визначений строк¹⁰.

Відповідно до пп. 14.1.172¹ п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України (далі – ПК України):

Індивідуальна податкова консультація – роз'яснення контролюючого органу, надане платнику податків щодо практичного використання окремих норм податкового та іншого законодавства, контроль за дотри-

www.pravola.com.ua

⁸ Кодекс адміністративного судочинства України (н 6).

⁹ Там само.

¹⁰ Там само.

манням якого покладено на контролюючий орган, та зареєстроване в єдиному реєстрі індивідуальних податкових консультацій¹¹.

Перенесення ознак індивідуальної податкової консультації на ознаки, властиві названим вище видам рішень, дає змогу зробити висновок, що індивідуальна податкова консультація підпадає під ознаки індивідуального акта, оскільки вона: а) видана суб'єктом владних повноважень, тобто Головним управлінням ДФС у Львівській області, яке відповідно до постанови Кабінету Міністрів України "Про Державну фіскальну службу України"¹² виконує публічно-владні управлінські функції, пов'язані з реалізацією державної податкової політики, державної політики у сфері державної митної справи, державної політики з адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, державної політики у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування податкового, митного законодавства, а також законодавства з питань сплати єдиного внеску; б) стосується прав конкретного платника податків (товариства з обмеженою відповідальністю "Агроком Центр"); в) дія індивідуальної податкової консультації вичерпується одноразовим виконанням (реалізацією).

Можна припустити, що до такого самого висновку дійшла і колегія суддів Касаційного адміністративного суду, яка розглядала наведену вище адміністративну справу, в рішенні у якій, крім того, що індивідуальну податкову консультацію було визнано актом індивідуальної дії, наголошено на тому, що індивідуальна податкова консультація є *юридичним фактом*, що є підставою для звільнення від відповідальності платника податку, який діяв відповідно до наданих такою консультацією роз'яснень з питань практичного застосування окремих норм податкового законодавства. Окрім цього, колегія суддів звернула увагу й на положення п. 53.2 ст. 52 ПК України, в якому визначено, що платник податків *може оскаржити до суду* наказ про затвердження узагальнюючої податкової консультації або надану йому індивідуальну податкову консультацію як правовий акт індивідуальної дії, викладені в письмовій формі, які, на думку такого платника податків, суперечать нормам або змісту відповідного податку чи збору.

Даючи характеристику процитованим положенням із судового рішення, наголосимо на такому:

¹¹ Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 13-14, № 15-16, № 17. Ст. 112.

¹² Про Державну фіскальну службу України: постанова Кабінету Міністрів України від 21 травня 2014 р. № 236. *Офіційний вісник України*. 2014. № 55. Ст. 1507.

1. Наявність в індивідуальній податковій консультації ознак індивідуального акта не робить автоматичною можливість її (так само як і іншого індивідуального акта) оскарження за правилами КАС України. Це пов'язано з тим, що індивідуальний акт (індивідуальна податкова консультація) має тягти за собою конкретні юридичні наслідки для приватної особи (адресата). І це є визначальним для характеристики індивідуального акта. Проблема полягає у тому, що наведене у ст. 4 КАС України визначення індивідуального акта є неповним. Воно було сформульоване українськими розробниками кодексу без врахування досвіду європейських, зокрема, німецьких авторів та законодавця¹³. І це на тлі того, що у підґрунтя вітчизняного КАС України було покладено саме німецький кодекс, а отже, українцям треба було бути тут послідовними, і “переносити” на національний правовий ґрунт не лише німецькі процесуальні положення, а й відповідні доктринальні положення, чого (у контексті індивідуального акта або, за німецькою термінологією, адміністративного акта) зроблено не було.

Адміністративний (індивідуальний) акт характеризується одночасною наявністю *таких ознак*:

- 1) видається (приймається) суб'єктом публічного адміністрування;
- 2) спрямований на реалізацію норми (норм) адміністративного права;
- 3) має зовнішній вплив;
- 4) регулює конкретний випадок (ситуацію) у сфері публічного адміністрування;
- 5) його адресатом є індивідуально визначена особа або коло осіб, яке може бути чітко ідентифікованим;
- 6) викликає юридичні наслідки у вигляді встановлення прав та (або) обов'язків для свого адресата¹⁴.

Оцінюючи індивідуальну податкову консультацію через призму наведених ознак, варто наголосити на тому, що друга та шоста ознаки адміністративного акта щодо консультації не виконуються. Надаючи індивідуальну податкову консультацію, орган ДФС не застосовує норму, а роз'яснює її зміст платнику податку. Інакше кажучи, у цій ситуації відбувається не правозастосування, а тлумачення норми права.

Звернення до юридичних словників показує, що під *правозастосуванням* (застосуванням норм права) розуміється:

<...> здійснювана компетентними державними органами, уповноваженими на це громадськими об'єднаннями або їх посадовими особами

¹³ Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht* (4 Auflage, Verlag C H Beck 2006) 140 <<https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/index.html>> (accessed: 31.01.2019).

¹⁴ Мельник (н 2) 222.

організаційно-правова діяльність, результатом якої є встановлення під-нормативних, формально обов'язкових індивідуальних правил поведінки персоніфікованих суб'єктів, у межах яких формуються їх взаємні права та обов'язки¹⁵.

Водночас *тлумачення* (норм права) визначається як:

<...> інтелектуально-вольова діяльність, спрямована на з'ясування і роз'яснення волі законодавця, матеріалізованої у нормі права, а також результати цієї діяльності. Тлумачення норм права обмежується правильним розумінням дійсного змісту норми права та його розгорнутим, обґрунтованим роз'ясненням іншим суб'єктам права <...> Роз'яснення норми права: 1) діяльність особи, яка має зовнішнє вираження і спрямована на пояснення третім особам змісту правової норми; 2) результат процесу роз'яснення норми права, який отримує зовнішнє вираження в акті роз'яснення¹⁶.

Таким чином, із викладеного стає ще зрозумілішим й очевиднішим, що індивідуальна письмова консультація являє собою акт роз'яснення податкової норми, виданий в офіційному, письмовому порядку суб'єктом владних повноважень.

Що стосується шостої ознаки адміністративного акта (викликає юридичні наслідки у вигляді встановлення прав та (або) обов'язків для свого адресата), то вона щодо індивідуальної податкової консультації також не проявляється, оскільки правовий статус платника податку (у частині наданих йому прав та покладених на нього обов'язків), після отримання ним консультації, жодним чином не змінюється.

2. Критично сприймаємо висновок суддів про те, що віднесення індивідуальної податкової консультації до категорії юридичного факту, що є підставою для звільнення від відповідальності платника податку, який діяв відповідно до наданих такою консультацією роз'яснень з питань практичного застосування окремих норм податкового законодавства, є підставою для визнання її індивідуальним актом. Неможливість притягнення платника податку до юридичної відповідальності у разі якщо він діяв на підставі наданої йому індивідуальної податкової консультації, є наслідком, який стосується суб'єкта владних повноважень, бо він (наслідок) блокує саме його дії, пов'язані з застосуванням до платника податку юридичної відповідальності. Це правило захищає приватну особу від суб'єкта владних повноважень, покладаючи на нього додаткові об-

¹⁵ В Гіжевський та В Головченко та В Ковальський (кер) та інші, *Популярна юридична енциклопедія* (Юрінком Інтер 2003) 148; *Юридична енциклопедія, т 2: Д-Й* (Українська енциклопедія імені М П Бажана 1999) 528-9.

¹⁶ *Юридична енциклопедія, т 6: Т-Я* (Українська енциклопедія імені М П Бажана 1999) 80-2.

тяження! Його запровадження стало наслідком визнання та закріплення в українському праві *принципу захисту довіри*¹⁷. Дія цього принципу проявляється у такій правотворчій і правозастосовній діяльності, результати якої не були б своєрідною пасткою для громадянина; щоб індивідуум міг здійснювати свою діяльність, будучи впевненим у тому, що не зазнає ризику настання правових наслідків, яких він не міг передбачити у момент прийняття рішення та вчинення дій; щоб громадянин міг діяти, маючи переконання, що його діяльність, яка проводиться згідно з чинним законодавством, також і в майбутньому буде визнаватися такою, що відповідає законодавству¹⁸. Проте викладене аж ніяк не характеризує саму індивідуальну податкову консультацію, яка у зв'язку з цим не набуває ознак адміністративного акта. Індивідуальна податкова консультація могла б “перетворитися” на адміністративний акт лише у тому випадку, якби невиконання сформульованих у ній положень стало б підставою для притягнення платника податку до юридичної відповідальності. За сучасних же положень нормативно-правових актів невиконання положень (рекомендацій), сформульованих у податковій консультації, не тягне для платника податку абсолютно ніяких наслідків, не змінює його правового статусу, віддається (у частині користування нею) повністю на вільний розсуд приватної особи.

3. Посилання на положення п. 53.2 ст. 53 ПК України є доволі вагомою підставою для висновку про те, що індивідуальна податкова консультація може бути предметом оскарження в адміністративному суді. Проте при цьому необхідно звернути увагу на деякі “але”, наявність та належна оцінка яких може принципово змінити ситуацію. Аналіз формулювання названого пункту показує, що законодавець чітко не наголошує на тому, що оскарження індивідуальної податкової консультації має здійснюватися саме в адміністративному суді. Йдеться лише про “суд”, що покладає на учасників відповідних правовідносин обов'язок самостійно визначити компетентний суд, до якого може бути поданий відповідний позов. І тут ми знову повертаємося до першого запитання, а чи можна оскаржити індивідуальну податкову консультацію до адміністративного суду? Можна, але за умови, що вона підпадає під ознаки “рішення”, які закріплені у КАС України. Проте вище вже було встановлено, що індивідуальна податкова консультація не є індивідуальним актом (адміністративним актом), а тому не може бути й предметом оскарження в адміністративному суді.

¹⁷ В Завгородня, ‘Принцип захисту легітимних очікувань в праві ЄС та перспективи його впровадження в Україні’ [2013] 2(9) Правовий вісник Української академії банківської справи 25-30.

¹⁸ Яцик Залісне, ‘Розуміння принципу довіри державі і праву у Польщі у період трансформації державного ладу’ (2013) 5 Прогаляни в українському законодавстві 31.

Повертаючись до п. 53.2 ст. 53 ПК України, наголосимо лише на тому, що, на наше переконання, законодавець припустився помилки, формулюючи таке правило. Тому єдиним виходом із цієї ситуації може бути внесення змін до ПК України, які спрямовані на виключення названого положення з його змісту, оскільки воно суперечить логіці судового захисту, який має (повинен) включатися у дію лише у випадку порушення (виникнення реальної загрози порушення) прав, свобод або законних інтересів приватної особи рішенням, дією або бездіяльністю суб'єкта владних повноважень.

Висновки. Отже, підсумовуючи, варто наголосити на тому, що індивідуальна податкова консультація є *актом роз'яснення права*, у зв'язку з чим не може бути визнана *актом правозастосування* (індивідуальним актом або адміністративним актом), не тягне (і не може тягнути) за собою порушення прав, свобод або законних інтересів платника податку, а тому не може бути предметом оскарження в адміністративному суді.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Detterbeck S, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht* (4 Auflage, Verlag C H Beck 2006) <<https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/index.html>> (accessed: 31.01.2019) (in German).
2. Melnyk R, *Zahalne administratyvne pravo v pytanniakh i vidpoviadiakh [General Administrative Law in Questions and Answers]* (Yurinkom Inter 2018) (in Ukrainian).

Edited books

3. Kovalskiy V (ker) ta Hizhevskiy V ta Holovchenko V ta inshi, *Populiarna yurydychna entsyklopediia [Popular Legal Encyclopedia]* (Yurinkom Inter 2003) (in Ukrainian).
4. Shemshuchenko Yu (ed), *Yurydychna entsyklopediia [Legal Encyclopedia]*, t 2: D-I (Ukrainska entsyklopediia imeni M P Bazhana 1999) (in Ukrainian).
5. Shemshuchenko Yu (ed), *Yurydychna entsyklopediia [Legal Encyclopedia]*, t 6: T-Ya (Ukrainska entsyklopediia imeni M P Bazhana 1999) (in Ukrainian).

Journal articles

6. Lazor L, 'Spivvidnoshennia publichnykh ta pryvatnykh elementiv pravovoho rehuliuвання u pravi sotsialnoho zabezpechennia' ['The Interrelation of Public and Private Elements of Legal Regulation in the Law of Social Security'] (2010) 4 Forum prava 566-71 <<http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10llipcz.pdf>> (accessed: 01.02.2019) (in Ukrainian).
7. Pohrebniak S, 'Podil prava na publichne i pryvatne (zahalnoteoretychni aspekty)' ['The Division of the Law to Public and Private (General Theoretical Aspects)'] (2006) 12 Derzhavne budivnytstvo ta mistseve samovriaduvannia 3-17 (in Ukrainian).
8. Zalisne Y, 'Rozuminnia pryntsyphu doviry derzhavi i pravu u Polshchi u period transformatsii derzhavnogo ladu' ['The Understanding of the Principle of Trust in

- State and Law in Poland during the Stage of State System Transformation’] (2013) 5 Prohalyny v ukrainskomu zakonodavstvi 31 (in Ukrainian).
9. Zavorodnia V, ‘Pryntsyp zakhystu lehitymnykh ochikuvan v pravi YeS ta perspektyvy yoho vprovadzhennia v Ukraini’ [‘The Principle of Protection of Legitimate Expectations in EU Law and the Prospects for its Implementation in Ukraine’] [2013] 2(9) Pravovy visnyk Ukrainskoi akademii bankivskoi spravy 25-30 (in Ukrainian).

Roman Melnyk

ON THE ADMISSIBILITY OF AN APPEAL AGAINST AN INDIVIDUAL
TAX CONSULTATION TO THE ADMINISTRATIVE COURT
(based on case law materials)

ABSTRACT. Irrespective of a rather long practice of administrative proceedings in Ukraine, the range of issues of a problematic (complex) nature arising in this area does not grow smaller. These problems emerge and exist for various reasons, with the main place among them taken by the insufficient elaboration of the theoretical foundations of administrative law and administrative procedure law, as well as the reluctance (unwillingness) of judges to use scientific achievements for administering justice.

The article aims at proving that judges of administrative courts should use the achievements of legal doctrine for administration of justice (by the example of a separate category of administrative jurisdiction cases).

The article analyzes a specific court judgment passed by the Administrative Cassation Court within of the Supreme Court; its subject matter was a taxpayer’s appeal against an individual tax consultation.

The individual tax consultation concerned is analyzed through the prism of legal doctrine, in particular, the doctrine of administrative procedure law and administrative law. Firstly, the author checks whether it may be classified in the category “decision” which may be subject to review by an administrative court. It is noted that the signs of an individual act present in the individual tax consultation does not automatically ensure the possibility of an appeal against it (as well as against any other individual act) under the provisions of the Code of Administrative Procedure of Ukraine.

Based on the semantic analysis of the categories “application of the rules of law” and “interpretation of the rules of law” the author concludes that an individual tax consultation is not an individual act (administrative act), but is an act which explains a tax rule issued in the official written manner by a subject vested with power.

The author makes a critical comment on the conclusion of judges in which they recognized an individual tax consultation as an individual act based on its classification as a legal fact, this being the ground for relieving liability of the taxpayer which acted in accordance with the explanations provided in the course of this consultation on the practical application of certain provisions of tax law.

The author proves that the legislator has assumed an erroneous position which is enshrined in cl. 53.2, Article 53 of the Tax Code of Ukraine with regard to the possibility of appealing against an individual tax consultation to a court of law.

Based on the study made, the author concludes that an individual tax consultation is an act of clarification of law, for which cause it may not be recognized as an act of law application (an individual act or an administrative act), does not entail (and may entail) a violation of rights, freedoms or legitimate interests of a taxpayer and, therefore, may not be appealed against to an administrative court.

KEYWORDS: administrative court; individual tax consultation; individual act; administrative act.



Milena Slaveykova-Rukova

Richter des Verwaltungsgerichts
(Stadt Sofia, Bulgarien)
milenaslaveikova@abv.bg

УДК 341.645:340.132 (497.2)

DER EINFLUSS DER ENTSCHEIDUNGEN DES EUROPÄISCHEN
GERICHTSHOFES FÜR MENSCHENRECHTE AUF
NORMBILDENDE UND RECHTSSPRECHUNGSPRAXIS
(Erfahrung des Bulgariens in Bezug auf Einführung der
kompensatorischen Mechanismen zur Sicherstellung der gerichtlichen
Beilegung der Konflikte in einer angemessenen Zeit)

ABSTRACT. The European Court of Human Rights (ECtHR) plays a crucial role in the protection of human rights and fundamental freedoms of individuals. The goal of this Court is to resolve complaints in which these individuals allege that the State of their citizenship fails to perform the obligations arising from the provisions of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 (the Convention).

The ECtHR assesses the reasonableness of the term for “final” resolution of a legal conflict, and includes therein the time needed to implement the judgment. Currently, excessively long periods needed to implement the judgments which award payments of certain amounts to plaintiffs at the expense of budgetary funds is still a sensitive issue for Bulgaria as well as for Ukraine. As a respective confirmation of such a situation for Ukraine, the author mentions ECtHR’s judgment passed in 2017 in the case of *Burmych and Others v. Ukraine*, which actually determined the fate of 12,148 applications filed to the Court by Ukrainian citizens who complained of the violation of their right to a fair trial because of the failure to implement final judgments passed by national courts.

The purpose of the article is to determine the impact of ECtHR’s judgments on the rulemaking and practice of national courts. The experience of Bulgaria is taken as the object of study.

The author analyzes two pilot ECtHR judgments which found that Bulgarian courts breached the requirements of Art. 6, § 1 of the Convention. After these judgments became final, the Bulgarian Parliament amended the laws “On the Judiciary” and “On the Liability of the State and Communities for Damage Caused” to incorporate the provisions which are aimed at avoiding any future violations similar to those found by ECtHR. The author studies these legislative changes and the practice of their application with the aim of illustrating that ECtHR judgments have an efficient impact on the improvement of national legal rules. In summary, the author maintains that the mechanisms of compensation described in the

article – the administrative one (after amendments to the Law “On the Judiciary”) and the judicial one (after amendments to the Law “On Liability of the State and Communities for Damage Caused”) precisely meet the ECHR criteria.

KEYWORDS: pilot judgment; reasonable term of court proceedings; legal protection; compensation.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (nachstehend auch – EGMR, Gericht genannt), bewertet bekanntermaßen die Angemessenheit der “endgültigen” Lösung eines Rechtskonfliktes, einschließlich der Zeit, die für die Erfüllung der Gerichtsentscheidung aufgewendet ist. Das Problem der enormen Dauer der Erfüllung der Entscheidungen, die die Auszahlungen den Klägern bestimmter Beträge auf Kosten der Budgetmittel verurteilt haben, ist nach wie vor sowohl für Bulgarien als auch für die Ukraine schmerzhaft. Die Bestätigung dieser Tatsache für Ukraine ist die Beschlussfassung vom EGMR im 2017 im Fall “*Burmytsch und andere gegen Ukraine*”, der tatsächlich den Schicksaal von 12 148 Anträge entscheidet, die an das Gericht von den ukrainischen Bürgern gestellt wurde, die sich über Verletzung ihrer Rechte auf berechtigtes Gericht durch Nichterfüllung der endgültigen Entscheidungen, die nationale Gerichte getroffen haben, beklagten¹.

Erinnern wir daran, dass das EGMR mit dem Beschluss in dem Fall “*Burmytsch und andere gegen Ukraine*” 12 148 Anträge aus dem Register der Prozessakten sichergestellt hat und sie dem Ministerkomitee des Europarates übergeben hat, damit sie im Rahmen allgemeiner Maßnahmen in Bezug auf Erfüllung der Pilotentscheidung im Fall “*Jurij Mykolajovytsch Ivanov gegen Ukraine*”² verhandelt werden. Dieser Schritt von EGMR ist, wahrscheinlich, darauf gerichtet, um die nationalen Staatsbehörden zu ermutigen, die dringenden Handlungen in der Entschädigung für Nichterfüllung oder nicht rechtzeitige Erfüllung der Gerichtsurteile und in der Schuldentilgung, die gemäß diesen Urteilen verurteilt sind, vorzunehmen.

Das Bulgarien, vor dem auch Probleme auftreten, die den oben beschrieben ähnlich sind, versuchte sie durch Modernisierung seiner Gesetze zu lösen, und, wie es sich herausstellte, einen richtigen Weg gewählt hat.

Am 10. Mai 2011 hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die ersten beiden Pilotentscheidungen gegen Bulgarien getroffen – Dimitrov und

¹ The European Court’s of Human Rights judgment, October 12, 2017, on the case of Burmych and Others v. Ukraine <<http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-178082>> (accessed: 19.03.2019).

² The European Court’s of Human Rights judgment, October 15, 2009, on the case of Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine <<http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-95032>> (accessed: 19.03.2019).

Hanomov (betreffend Strafverfahren)³ und Finger (betreffend Zivilverfahren)⁴. Beide Entscheidungen haben eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK zur Behandlung von Fällen innerhalb einer angemessenen Frist festgestellt und auch eine Verletzung von Artikel 13 aufgrund des Fehlens eines wirksamen innenstaatlichen Rechtsmittels in Bulgarien festgestellt, so dass Einzelpersonen in dieser Hinsicht keine angemessene Entschädigung erhalten können.

Im Fall von Dimitrov hat das Gericht festgestellt, dass er am 21.09.1995 von der Polizei verhaftet wurde, während er ein Auto zu stehlen versuchte. Er wurde zur Polizeirevier gebracht, wo er eine schriftliche Anerkennung machte. Der Fall wurde auf einer unbekanntem Datei im 1995 anhängig gemacht. Im Februar 2002 durchführte der Ermittler Verhöre der Polizeibeamten, des Besitzers des Autos und ordnete eine Expertise über den Wert der gestohlenen Waren an. Am 04.03.2002 wurde Dimitrov für einen Diebversuch angeklagt und in Anwesenheit eines Anwalts befragt. Er bekannte sich als schuldig. Im August 2005 erhob die Staatsanwaltschaft eine Anklage vor dem Gericht. Das Gericht hat eine Sitzung für Mai 2006 anberaumt. Der Ankläger und Dimitrov sagten, dass sie eine Vereinbarung gemacht haben. Das Gericht genehmigte die Vereinbarung, verurteilte Dimitrov zu fünf Monaten Gefängnis und stellte den Fall ein.

Im Hinblick auf Dimitrov wurde die Anklage am 21.09.1995 eingereicht und das Verfahren endete am 18.05.2005, das heißt zehn Jahre und fast acht Monate für Vorverfahrensverfahren und für eine gerichtliche Instanz. Um festzustellen, dass eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt, das Gericht fandete, dass zwischen November 1995 und Februar 2002 der Fall ohne Bewegung ohne triftigen Grund war. Von Mai 2002 bis März 2005 war ein wichtiger Zeuge im Ausland aber es gab kein Hindernis, ihn von 1995 bis 2000 zu verhören. Es gab eine Dauer von 10 Monaten zwischen der Einreichung der Anklage und der ersten gerichtlichen Sitzung.

Im Fall von Hanomov stellt das Gericht fest, dass gegen ihn am 11. März 1996 ein Strafverfahren eingeleitet wurde im Zusammenhang mit finanziellen Geschäften in seiner Eigenschaft als Verwalter einer Bankfiliale. Im April 2003 war der Fall noch vor der Staatsanwaltschaft anhängig, was durch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Falle Hanomov I von 2004 festgestellt wurde. Das Gericht hat im Januar 2004 den Fall zur Sitzung anberaumt, wobei die Sitzungen wiederholt aufgeschoben wurden – wegen einer unregelmäßigen Ladung des Staates als Zivilkläger, wegen einer Krankheit von Hanomov, zum Verhör von Zeugen und Sachverständigen,

³ The European Court's of Human Rights judgment, May 10, 2011, on the case of Dimitrov and Hamanov v. Bulgaria <<http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-104700>> (accessed: 19.03.2019).

⁴ The European Court's of Human Rights judgment, May 10, 2011, on the case of Finger v. Bulgaria <<http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-104698>> (accessed: 19.03.2019).

wegen der Abwesenheit des Anwalts von Hanomov und wegen einer Krankheit von einem anderen Angeklagten. Das Gericht hat am 29. Juni 2006 ein Urteil erlassen und seine Gründe dafür im März 2007 dargestellt. Bei Beschwerden hat das Berufungsgericht das Urteil mit Entscheidung vom 23. Oktober 2007 bestätigt. Anlässlich einer Kassationsbeschwerde Das Oberste Gericht bestätigte das Urteil über Hanomov mit Beschluss vom 09.07.2008. Die Entscheidung wurde nach einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall von Hanomov I von 2004 getroffen, das eine Verletzung von Artikel 6 Absatz 1 EMRK über die Dauer des Verfahrens seit mehr als sieben Jahren von März 1996 bis April 2003 festgestellt hat. Nach diesem Datum bis zum Ende des Verfahrens am 09.07.2008 – fünf Jahre und drei Monate für drei Gerichtsinstanzen, hat das Gericht erneut einen Verstoß gefunden – Verzögerung, die vom Landgericht Plovdiv gewährt wurde für 11 Gerichtsverhandlungen für mehr als zweieinhalb Jahre, Verzögerung der Ausarbeitung der Gründe des Urteils und 14 Monate zwischen der Einreichung von Beschwerden gegen die Entscheidung des Landgerichtes und der Behandlung dieser Beschwerden von Berufungsgericht.

In der Pilotentscheidung von Dimitrov und Hanomov hat das Gericht das einzige Rechtsmittel untersucht, das er in bestimmten Situationen als wirksam effektiv gefunden hat in Bezug auf die Dauer des Strafverfahrens in Bulgarien. Dieses Rechtsmittel war in der Gesetzgebung im Juni 2003 eingeführt und nämlich die Möglichkeit der Angeklagten zu erfordern, seinen Fall vor einem Gericht eingeleitet zu werden oder den Fall einzustellen, wenn die Voruntersuchung zu lange dauert. In diesem Fall findet das Gericht dieses Rechtsmittel als unwirksam, weil es in der Gesetzgebung eingeführt wurde, nachdem ein Teil der Verspätung schon abgelaufen ist und auch, dass von dieser Möglichkeit nur eine Person profitieren kann gegen die eine Beschuldigung offiziell eingereicht wurde und auch, dass diese Prozedur die Verzögerungen während der Gerichtsphase nicht beheben kann.

Das Gericht hat mehrmals die Gelegenheit gehabt zu vermerken, dass das Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden für Schäden kein wirksames innenstaatliches Rechtsmittel ist. Einmals, weil die gesetzliche Grundlage dieses Erkenntnisverfahren nicht die übermäßige Länge des Strafverfahrens ist, sondern nur wenn das Strafverfahren zum Freispruch oder zur Einstellung des Verfahrens führt. Als nächstes sind Schadensersatzansprüche nicht Eilverfahren sondern werden in den gemeinsamen Zivilgerichten von zwei, und manchmal drei Gerichtsinstanzen verhandelt und dauern mehrere Jahre, was unvereinbar mit der Voraussetzung ist, das Rechtsmittel ausreichend rasch zu sein. Darüber hinaus können diese

Ansprüche erst nach Beendigung des Strafverfahrens, aber nicht parallel in Gang gesetzt werden.

Abschließend zieht das Gericht die Schlussfolgerung, dass Bulgarien ein Rechtsmittel oder eine Kombination von Rechtsinstrumenten zum Schutz gegen die ungerechtfertigte Dauer des Strafverfahrens einführen muss.

In der Pilotentscheidung in Bezug auf die Verfahren von Dimitrov und Hanomov hat das Gericht das einzige Rechtsverteidigungsmittel betrachtet, das es als wirklich effektiv in bestimmten Situationen bezüglich der Dauer des Strafrechtsverfahrens im Bulgarien bestimmt hat. Dieses Rechtsverteidigungsmittel wurde in der Gesetzgebung in Juni 2003 eingeführt. Entsprechend dem hat der Beklagte eine Möglichkeit zu verlangen, dass das Gericht die Verhandlung des Falles oder beginnt, oder aufhört, falls die Voruntersuchung zu lange dauert. Im Fall von Dimitrov und Hanomov hat das EGMR dieses Rechtsverteidigungsmittel als ineffektiv anerkannt, weil es in der Gesetzgebung erst danach eingeführt wurde, wann der Teil eines versäumten Termins schon vergangen ist. Außerdem kann diese Möglichkeit eine Person benutzen, gegen die eine Anklage öffentlich erhoben wurde, und es ist unmöglich, diese Prozedur der Verzögerung in der gerichtlichen Phase zu beseitigen.

Ähnliche, obwohl spezifische Schlussfolgerungen, hat der Gerichtshof bei der zweiten Pilotentscheidung vom 10.05.2011 *Finger v. Bulgarien*, gemacht. Es handelt sich um eine gerichtliche Teilung. Die Klage war am 09.07.1996 eingeleitet durch den Bruder der Klägerin mit dem Gegenstand eines Erbhauses und zwei Grundstücken in Sofia und zwei zusätzliche Felder auf Antrag von Finger. Die gerichtliche Teilung in Bulgarien hat zwei Phasen – um festzustellen zwischen welchen Personen, für welches Vermögen und unter welchen Teilungsquoten und die zweite – zur Verteilung. Die erste Entscheidung des Amtsgerichts wurde am 15.04.1999 und die zweite am 10.01.2000 ausgesprochen. Wegen Berufung des Bruders hat das Berufungsgericht mehrere Sitzungen anberaumt – zur Vernehmung von Zeugen und zum Hören von Sachverständigen über den Wert und die Teilungsmöglichkeit des Hauses und der Grundstücken. Die Entscheidung der Berufungsinstanz vom 10. Mai 2004 hat die Entscheidung der unteren Instanz aufgehoben und eine Teilung durch Losziehung ausgesprochen. Im Zusammenhang mit einer Kassationsbeschwerde von Finger hat der Oberste Gericht eine endgültige Entscheidung vom 07.04.2005 abgegeben. Das Verfahren geht weiter vor dem Amtsgericht um die Anteile zuzuweisen. Finger beschwerte sich gegen die vorgeschlagenen Abteilungen aber weil sie inzwischen im Ausland war die Ladungen waren unregelmäßig zugestellt und die Entscheidung trat erst am 30.05.2006 in Kraft.

Der EGMR stellte fest, dass das einzige beschleunigte Rechtsmittel in Bulgarien, das im Juli 1999 in der Gesetzgebung eingeführt wurde, ist das so genannte Beschwerde gegen Verfahrensverzögerung. In einigen anderen Fällen gegen Bulgarien (Stefanova v. Bulgarien, 2007⁵) hat das Gericht festgestellt dass diese Beschwerde grundsätzlich ein wirksames Rechtsmittel sein kann unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände. In vielen Fällen fand das Gericht, dass dieses Rechtsmittel das Verfahren nicht beschleunigen kann – z.B. für Fälle vor seinem Inkrafttreten, für Fragen, die nicht durch die Beschwerde von Verzögerungen gelöst werden können wie fehlende Dokumente oder unangemessene Benachrichtigungen, im Falle eines ausgesetzten Zivilverfahrens, um das Ergebnis eines Strafverfahrens abzuwarten, Probleme mit der Vorladung des Angeklagten oder Verzögerungen aufgrund einer ungerechtfertigten Rückgabe der Fälle auf die unteren Gerichtsinstanzen. Im Fall von Finger v. Bulgarien hat der EGMR auch befunden, dass diese Beschwerde wegen Verzögerungen kein wirksames Rechtsmittel ist, da die Hauptquelle der Verzögerung nicht so sehr das Versagen der Gerichte, Anhörungen in angemessenen Intervallen zu planen, ist, sondern dass sie den Fall nicht ordnungsgemäß organisiert haben, weil es eine beträchtliche Anzahl von Sitzungen gibt und Beweise werden nicht effektiv gesammelt. Abschließend hat das Gericht einen Verstoß gegen Artikel 6 Absatz 1 und Artikel 13 EMRK aufgrund einer ungerechtfertigten Dauer von Zivilverfahren vor den bulgarischen Gerichten und der Unfähigkeit Bulgariens, ein wirksames Rechtsmittel einzuleiten, um den Parteien eine angemessene Entschädigung zu erlangen.

Nach diesen beiden Pilotentscheidungen mit dem Ziel, ein wirksames innenstaatliches Rechtsmittel gegen die unangemessene Dauer des Verfahrens zu finden wurden in Bulgarien Änderungen des Justizgesetzes und des Gesetzes über die Haftung des Staates⁶ und der Gemeinden für Schäden vorgenommen⁷.

Mit den Änderungen des Justizgesetzes wurde eine spezielle Abteilung im Inspektorsamt bei dem Obersten Justizrat geschaffen. Wichtig für die Zuweisung einer solchen Rolle dem Inspektorsamt ist seine verfassungsrechtliche Verpflichtung durch Signale von Bürgern und Organisationen die Bewegung des Verfahrens zu überprüfen. Seine Aufgabe ist Beschwerden gegen unangemessener Dauer des Verfahrens bezüglich aufgehobenen eingestellten Zivil-, Straf-, und Verwaltungsfällen und auch bezüglich der

⁵ The European Court's of Human Rights judgment, May 3, 2001, on the case of Stefanov v. Bulgaria <<http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-59448>> (accessed: 19.03.2019).

⁶ Закон за съдебната власт от 7 август 2007 г. <<https://www.lex.bg/laws/ldoc/2135560660>> (accessed: 19.03.2019).

⁷ Закон за отговорността на държавата и общините за вреди от 11 Април 2006 г. <<https://www.lex.bg/laws/ldoc/2131785730>> (accessed: 19.03.2019).

Vorversuchsphase des Prozesses zu hören und zu entscheiden. Es können sich Bürger und Organisationen beschweren die behaupten das sie durch Verfahrensverzögerungen Schaden erlitten haben.

Das Ziel ist einen vereinfachten Weg zur Entschädigung einzuführen. Der Antragsteller muss keine Beweise vorlegen – sie werden von der speziellen Abteilung gesammelt. Das Verfahren vor dem Inspektorsamt ist gebührenfrei. Die Prozedur dauert am längsten 6 Monate und kann mit einer Vereinbarung mit dem Justizminister enden, die eine schnelle Entschädigung mit einem Höchstbetrag von 10 000 BGN (ca. 5 000 Euro) gewährt leistet. Dieses Kompensationsmechanismus hat eine rückwirkende Kraft und ist diesen Klägern verfügbar, die schon eine Verletzung der angemessenen Dauer des Verfahrens bevor Inkrafttreten der Gesetzänderung erlitten haben, einschliesslich auch Beschwerden die schon vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eingereicht und anhängig sind.

Sechs Monate nach Inkrafttreten der Gesetzänderung oder nach der Mitteilung von der Registratur des EGMR, die Kläger, die sich schon vor dem Gericht beschworen haben, können dieses neues innenstaatliches Rechtsmittel benutzen. Der Justizminister berücksichtigt die gesamte Dauer des Verfahrens und die Dauer der Verzögerung, worüber die zuständige Behörde Verantwortung trägt. Der Minister weist die Beschwerde zurück, wenn er feststellt, dass die Dauer des Verfahrens eine angemessene Frist nicht überschreitet oder dass die Verzögerung auf Handlung oder Unterlassung durch den Antragsteller oder seinen gesetzlichen Vertreter zurückzuführen ist. Es gibt keine Möglichkeit den Ministerakten zu berufen aber es steht den Weg des allgemeinen Erkenntnisverfahren geöffnet. Wenn der Justizminister eine Verletzung der angemessenen Dauer des Verfahrens feststellt er bestimmt die Höhe der Entschädigung gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und schlägt vor, eine Vereinbarung mit dem Antragsteller abzuschließen. Die Kläger, die durch diese Prozedur eine Entschädigung gekriegt haben, können sich vor dem Gericht aus denselben Gründen nicht beschweren.

Der Vorsitzender des Inspektorsamts ist gezwungen jedes Quartal Daten an den Obersten Justizrat über die gefundenen Verstöße zu senden und der Justizminister – für die gezahlten Entschädigungen. Der Oberste Justizrat analysiert die Ursachen der Verletzungen alle sechs Monate und trifft Maßnahmen für ihre Entfernung.

Gleichzeitig wurde durch Änderungen des Gesetzes über die Haftung des Staates und der Gemeinden für Schäden der Geltungsbereich des Gesetzes um eine ausdrücklich geregelte Möglichkeit erweitert, Schadensersatzansprüche

von Bürgern und juristischen Personen einzureichen wegen Verletzung ihres Rechts auf Prüfung und Behebung des Falles innerhalb einer angemessenen Frist gemäß Art. 6, § 1 der Europäische Menschenrechtskonvention. Im Gegensatz zur obengenannten Prozedur kann die Klage erhoben werden auch im Fall des anhängigen Verfahrens, was wiederum kein Hindernis für eine Klage nach dem Abschliessen desselben Verfahren ist. Der Umfang dieses Rechtsmittels richtet sich auch an die Strafverfolgungs- und Untersuchungsbehörden – Ermittler und Polizei-Ermittler. Die Staatsgebühr ist einfach – BGN 10 von Bürgern und BGN 25 von juristischen Personen. Die Gesetzänderung hat eine rückwirkende Kraft.

Sechs Monate nach Inkrafttreten der Gesetzänderung oder nach der Mitteilung von der Registratur des EGMR können Schadensersatzansprüche auch von denen eingereicht werden, deren Beschwerden vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte abgelehnt worden sind, weil sie die neu eingerichteten innerstaatlichen Rechtsmittel nicht ausgeschöpft haben und ihr Verfahren noch vor den nationalen Gerichten anhängig ist. Innenhalb derselben Frist können die Betroffenen eine Entschädigung nach der Änderung des Justizgesetzes beantragen, wenn ihr Verfahren vor den nationalen Gerichten abgeschlossen ist. Die Bürger und die juristischen Personen können einen Schadensersatzanspruch laut des Gesetzes über die Haftung des Staates und der Gemeinden für Schäden einreichen, wenn ihre Verfahren schon abgeschlossen sind nur, wenn sie die neue Prozedur von dem Justizgesetz erschöpft haben und dafür keine Vereinbarung getroffen wurde.

Die beiden von Bulgarien eingeführten Entschädigungsmechanismen – ein administratives nach den Änderungen des Justizgesetzes und ein gerichtliches nach Änderungen des Gesetzes über die Haftung des Staates und der Gemeinden für Schäden entsprechen genau den Kriterien des Gerichtes. Der EGMR nimmt an, dass das administrative Rechtsmittel wirksam ist, da das Inspektorsamt bei dem Obersten Justizrat unabhängig und unparteilich ist. Der gerichtliche Schutz erfüllt die Anforderungen an Effektivität, weil er durch regelmäßiges Zivilverfahren durchgeführt wird von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht in offenem Verfahren mit Gleichheit der Mittel.

Am 25. Juni 2013 erließ der EGMR zwei Zulässigkeitsentscheidungen – Beschwerde № 65187/10 Anton Antonov Barakchiev und andere v. Bulgarien (übermäßige Dauer des Zivilverfahrens im Zusammenhang mit einem Rückstellungsstreit), Beschwerde № 6194/11 Polyana Ivanova Valcheva und Antrag № 34887/11 Enyo Nikolov Avrashev – übermäßige Dauer des Strafverfahrens. In seinen Entscheidungen beurteilt der EGMR die nach den

beiden Pilotentscheidungen eingeführten Ausgleichsmechanismen nach den allgemeinen Kriterien - die Existenz von Verfahrensgarantien anwendbar zur Erkenntnisverfahren, Kosten, Geschwindigkeit, Umfang, rechtzeitige Zahlung der Entschädigung) und kommt zu dem Schluss, dass beide Mechanismen zusammengestellt – der Schadensersatzantrag laut des Justizgesetzes und der Schadensersatzanspruch laut des Gesetzes über die Haftung des Staates und der Gemeinden für Schäden können als wirksame innerstaatliche Rechtsmittel für die übermäßige Dauer des Verfahrens vor Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichten in Bulgarien angesehen werden. Die Beschwerden wurden angesichts des in den Übergangs- und Schlussbestimmungen vorgesehenen retroaktiven Mechanismus für unzulässig erklärt gegenüber Antragssteller die noch vor dem Inkrafttreten des Gesetzes sich vor dem EGMR beschwert haben wegen ihrer Möglichkeit die neuen Rechtsmittel zu verwenden.

Мілена Славейкова-Рукова

ВПЛИВ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ
НА НОРМОТВОРЧУ Й СУДОВУ ПРАКТИКУ
(досвід Болгарії щодо запровадження компенсаторних механізмів
забезпечення судового вирішення конфліктів
упродовж розумного строку)

АНОТАЦІЯ. Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) відіграє надзвичайну роль у захисті прав та основоположних свобод приватних осіб. Його призначення – вирішення скарг, в яких ці особи порушують питання про невиконання державою, громадянами якої вони є, зобов'язань, що випливають із положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (Конвенція).

ЄСПЛ оцінює розумність строку “остаточного” вирішення правового конфлікту, включаючи до нього і час, витрачений на виконання судового рішення. Проблема надмірної тривалості виконання рішень, якими присуджено виплати позивачам певних сум із бюджетних коштів, є поки що болючою і для Болгарії, і для України. Підтвердження цьому для України – ухвалення у 2017 р. ЄСПЛ рішення у справі “Бурмич та інші проти України”, яким фактично визначено долю 12 148 заяв, поданих до Суду українськими громадянами, котрі скаржилися на порушення їх права на справедливий суд через невиконання остаточних рішень, ухвалених національними судами.

Мета статті полягає у визначенні того, як впливають рішення ЄСПЛ на нормотворчість і практику національних судів. За об'єкт дослідження взято досвід Болгарії.

Проаналізовано два пілотні рішення ЄСПЛ, якими констатовано порушення болгарськими судами вимог ст. 6 § 1 Конвенції. Після набуття цими рішеннями

статусу остаточних, парламент Болгарії змінив закони “Про судову владу” та “Про відповідальність держави і громад за завдану шкоду”, включивши у зазначені акти положення, спрямовані на уникнення у майбутньому порушень, подібних тим, що виявив ЄСПЛ. Досліджено зазначені законодавчі зміни, практику їх застосування з тим, щоб проілюструвати дієвість впливу рішень ЄСПЛ на удосконалення національних норм. На завершення підсумовано, що описані у статті механізми відшкодування – адміністративний (після внесення змін до Закону “Про судову владу”) та судовий (після внесення змін до Закону “Про відповідальність держави і громад за завдану шкоду”) точно відповідають критеріям ЄСПЛ.

Ключові слова: пілотне рішення; розумний строк судового провадження; правовий захист; відшкодування.

III. Проблематика процесуальних інститутів адміністративного судочинства



Володимир Бевзенко

доктор юридичних наук, професор,
суддя Касаційного адміністративного суду
у складі Верховного Суду
(м. Київ, Україна)
bevzenkovm@ukr.net

УДК 342.922: 347.994 (477)

ЗМІСТ І ВИДИ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО РОЗСУДУ КАСАЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ У СКЛАДІ ВЕРХОВНОГО СУДУ

АНОТАЦІЯ. З метою забезпечення виконання завдання адміністративного судочинства, його “гнучкості”, якнайповнішого захисту та відновлення прав, свобод, інтересів фізичних (юридичних) осіб, ефективного здійснення процесуальних функцій адміністративні суди, так само як і Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду (КАС ВС) наділені процесуальними повноваженнями, що їх вони реалізують на власний розсуд. Водночас процесуальний розсуд КАС ВС не може бути безмежним, свавільним. Означений розсуд (свобода дій) зумовлюється фактичними обставинами, приписами законодавства, судовою практикою, практикою Європейського суду з прав людини.

Слід відзначити, що необхідність обґрунтованого вибору об’єктивно притаманна всьому процесу розгляду і вирішення адміністративної справи або процесуальним діям, пов’язаним із нею.

Мета статті полягає у розкритті сутності й особливостей процесуального розсуду КАС ВС, критеріїв такого розсуду; ось ті принципові теоретико-прикладні положення, яким варто приділити достатню увагу. Поява процесуального розсуду адміністративних судів взагалі й процесуального розсуду адміністративного суду касаційної інстанції зокрема пов’язується із прийняттям у 2005 р. Кодексу адміністративного судочинства України (КАС України).

Вчинення кожної процесуальної дії, зокрема відкриття касаційного провадження, передбачає не лише перевірку відповідності фактичних обставин адміністративної справи нормам КАС України, а й ретельну оцінку кваліфікуючих ознак адміністративної справи (фактичних спірних правовідносин, предмета доказування, учасників спірних правовідносин, суб’єкта владних повноважень та інших суб’єктів, норм права), фактичних чи процесуальних обставин (“справа незначної

складності”, “питання права, що має фундаментальне значення”, “значний суспільний інтерес або виняткове значення справи”, “помилкове віднесення судом першої інстанції справи до категорії справ незначної складності” тощо).

Як наслідок такої оцінки КАС ВС обирає певний вид процесуального рішення з тих, що передбачені КАС України.

Кожна процесуальна дія (їх сукупність), кожна стадія адміністративного процесу охоплюються чималою кількістю оціночних понять, що пояснює значну широту процесуального розсуду КАС ВС. Відповідно, кожному виду процесуальної активності КАС ВС притаманний відповідний “свій” вид процесуального розсуду, який потребує ґрунтовного наукового дослідження і розкриття.

Свобода здійснення КАС ВС своїх повноважень є доволі значною, натомість поняття, зміст та особливості процесуального розсуду ще не набули належного обґрунтування сучасною адміністративною процесуальною наукою, так само як і не були перевірені практикою адміністративного судочинства. Однак уже зараз видається очевидним, що свобода здійснення повноважень КАС ВС (його процесуальний розсуд) має різні види, межі, зміст свого прояву.

Кожному виду процесуального розсуду КАС ВС відповідає “власний” перелік критеріїв. Опрацьовуючи фактичні обставини, витлумачуючи їх і відповідні їм норми матеріального права, роблячи висновки щодо відповідності фактичних обставин нормам права, Суд перевіряє їх на відповідність критеріям із переліку для певного виду процесуального розсуду. Певна річ, вичерпно перерахувати й описати критерії процесуального розсуду КАС ВС у певній адміністративній справі непросте, оскільки доволі часто фактичні обставини справи не є однозначними, їх досить складно оцінити, витлумачити й порівняти з нормами матеріального права.

Ключові слова: адміністративний суд; Касаційний адміністративний суд; Верховний Суд; процесуальний розсуд; адміністративний процес; адміністративне судочинство; адміністративна справа; Кодекс адміністративного судочинства України.

Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду (далі – КАС ВС, Суд), так само як і місцеві адміністративні суди й апеляційні адміністративні суди на підставі Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України), має право ухвалювати судові рішення (ухвали, рішення, постанови) (ст. 241 КАС України), що, на переконання Суду, найбільш відповідають фактичним обставинам адміністративної справи, процесуальним рішенням, діям, бездіяльності учасників судового процесу, приписам процесуального і матеріального законодавства¹.

По суті, відколи суддя КАС ВС відповідно до ст. 31 КАС України отримує позовну заяву, заяву, клопотання, касаційну скаргу, відзив, заперечення щодо поданих заяв чи клопотань (статті 160, 162, 163, 164, 166, 330, 334, 338, 344 КАС України), він опиняється перед непростим вибором

¹ Кодекс адміністративного судочинства України: в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>> (дата звернення: 01.11.2018).

стосовно того, яке саме процесуальне рішення йому належить ухвалити. Необхідність зробити обґрунтований вибір є об'єктивно притаманною всьому процесу розгляду і вирішення адміністративної справи, усім процесуальним діям, пов'язаним із нею.

Суддя не постає суто перед вибором, маючи можливість обрання одного рішення з кількох. Ухваленню судового рішення завжди передують складна, послідовна дослідницька діяльність судді, яка полягає у критичній оцінці фактичних обставин справи, процесуальних рішень, дій, бездіяльності учасників судового процесу, місцевого адміністративного суду, апеляційного адміністративного суду, у збиранні доказів, їх порівнянні з фактичними обставинами справи й нарешті – у формуванні висновків, що якнайбільше відповідають попередньо зібраним відомостям.

На вибір рішення судді КАС ВС впливають чимало чинників: фактичні обставини справи, зміст спірних правовідносин та їх суб'єкти, час виникнення спору, правове регулювання та чинність норм права на час виникнення відносин, судова практика, практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Чи не найпершим завданням для судді КАС ВС, який знайомиться із документами адміністративної справи, є визначення межі та обсягу фактичних відомостей та обставин, пошук і добір відповідного законодавства, що регулює спірні правовідносини, застосування належної адміністративної процесуальної норми. Зрештою, така аналітична діяльність передбачає обов'язкове формування якомога точних, обґрунтованих, відповідних та однозначних висновків щодо обставин, суті адміністративної справи й належних процесуальних дій Суду.

Чинним КАС України КАС ВС наділений значним обсягом процесуальних повноважень щодо розгляду і вирішення адміністративних справ. Відповідно, судові рішення цього Суду є численними й різноманітними, оскільки є формою, а отже – і наслідком здійснення ним своїх повноважень.

Зважаючи на кількість судових рішень, що ухвалюються КАС ВС, а також з огляду на необхідність забезпечення належного захисту прав, свобод, інтересів фізичних (юридичних) осіб є об'єктивна потреба в розробленні й упровадженні одноманітного алгоритму (послідовності) формування Судом обґрунтованих і правильних висновків у підсумку розгляду й вирішення адміністративної справи, вчинених процесуальних дій.

Як видається, розроблення й упровадження алгоритму (послідовності) формування Судом обґрунтованих і правильних висновків зале-

жить, зі свого боку, від обґрунтованості реалізації процесуального розсуду КАС ВС під час розгляду і вирішення ним адміністративної справи, вчинення учасниками судового процесу процесуальних дій. Хоча дискреційні повноваження є необхідними для здійснення всього діапазону владних функцій у сучасних складних суспільствах, означені повноваження не мають здійснюватися у свавільний спосіб, адже це закладатиме підвалини для ухвалення істотно несправедливих, необґрунтованих, нерозумних чи деспотичних рішень, що є несумісним із поняттям верховенства права².

Тема процесуального розсуду (судового розсуду) не є цілком новою для вітчизняної науки адміністративного права і процесу. Свого часу її історія вже була збагачена теоретико-прикладними здобутками й прогресивними прикладами нормотворення. Засади національного адміністративного судочинства, зокрема розсуду, розроблялися ще на початку минулого століття як представниками юридичної науки, так і державниками й законотворцями. Інститут процесуального розсуду був втілений у нормах проекту закону про суди в адміністративних справах Української Народної Республіки 1932 р. Наприклад, в Увазі до статті 80 Проекту закону про суди в адміністративних справах³ передбачалося, що суд міг підвищити штраф на власний розсуд; в адміністративних справах немайнового характеру суду на власний розсуд під час ухвалення вироку дозволялося встановлювати позовну ціну⁴.

Процесуальний розсуд є одним із інститутів адміністративного процесуального права держав із розвинутою наукою, законодавством і практикою адміністративного судочинства⁵.

Інституція адміністративного судівництва, як писав Ю. Панейко, не творить мети самої для себе, а лише є практичною річчю, що має забезпечувати одиницям (суб'єктам) легальне функціонування адміністративного апарату. Судово-адміністративний контроль має стати мірою адміністративної справедливості й найвищою інстанцією засобів контролю публічної адміністрації⁶.

² Сергій Головатий, 'Верховенство права (правовладдя): як його тлумачить Венеційська Комісія. Верховенство права: доповідь, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція 25-26 березня 2011 року)' (2011) 10 Право України 168-184; Report on the Rule of Law. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2001) on the basis of comments by Mr Pieter van Dijk (Member, Netherlands), Ms Gret Haller (Member, Switzerland), Mr Jeffrey Jowell (Member, United Kingdom), Mr Kaarlo Tuori (Member, Finland). Study No. 512/2009. CDL#AD(2011)003rev. Or. Engl.

³ Б Шлоер та Р Корнута, *Адміністративна юстиція в Україні: проект закону про суди в адміністративних справах 1932 року* (Фоліант 2011) 55.

⁴ Гриценко І та інші (уклад), *Адміністративне право і процес УНР в екзилі: невідома правнича спадщина України* (Гриценко І за заг ред, Дакор 2015) 363, 373, 466, 476, 496.

⁵ Friedhelm Hufen 'Verwaltungsprozessrecht 7, vollig neu bearbeitete Auflage Verlag C H' (Beck 2008) 101-4, 395-400, 448-450, 455-463, 472-6, 488-500, 604-5, 612-3.

⁶ Бевзенко В та інші (уклад), *Наука адміністрації й адміністративного права. Загальна частина (за викладами професора Юрія Панейка)* (Дакор 2016) 379, 384, 385.

Зазначивши, що адміністративне судівництво має бути не тільки контролером, а й регулятором цілої адміністрації, науковець⁷ запропонував шість його постулатів⁸.

1. Адміністративний суд зобов'язаний перевіряти не тільки легальність (законність), а й доцільність⁹ діяльності публічної влади. Проведенням перевірок адміністративними судами адміністративних актів, прийнятих на підставі адміністративного розсуду публічної влади, забезпечується обґрунтоване обмеження до мінімуму дискреційної влади адміністративних органів.

2. Адміністративний суд зобов'язаний охопити своїм суцільним контролем об'єктивний порядок держави, а не охороняти лише публічно-суб'єктивні права. Відповідно до цього постулату судово-адміністративна скарга має як "*actio popularis*" прислужувати кожному громадянину; поданням такої скарги встановлюється контроль за діяльністю адміністративної влади.

3. Адміністративний суд не може обмежуватися лише скасуванням адміністративних актів – він зобов'язаний здійснювати мериторичну перевірку цих актів¹⁰.

4. Адміністративний суд зобов'язаний також перевіряти карно-адміністративні справи, зосереджуючи, таким чином, повноту правосуддя у галузі публічної адміністрації.

5. Адміністративний суд зобов'язаний активно здійснювати свої процесуальні повноваження на випадок так званої мовчанки влади¹¹, тобто нерозв'язання адміністративної справи у певному відтинку¹² часу.

6. Устрій адміністративного судівництва має ґрунтуватися на принципі кількаступеневості¹³, а в особливих випадках – також на відокремленості від певних галузей адміністрації.

Вважаємо, що виокремлюючи означені постулати адміністративного судочинства, Ю. Панейко не тільки (і не стільки) визнавав існування розсуду адміністративного суду та розмірковував про його особливості, а й у спосіб обґрунтування цих постулатів визначав межі та підстави розсуду адміністративного суду.

⁷ Бевзенко та інші (н 6) 387-405.

⁸ Вимоги, які мають дотримуватися під час реалізації теорії адміністративного судочинства (прим. авт.).

⁹ Обґрунтованість (прим. авт.).

¹⁰ Перевірка обґрунтованості адміністративного акта (прим. авт.).

¹¹ Бездіяльності (прим. авт.).

¹² Відрізку (прим. авт.).

¹³ На принципі ієрархічності (прим. авт.).

На що саме може поширюватися процесуальний розсуд КАС ВС, які критерії такого розсуду¹⁴ ним застосовуються – ось ті принципові теоретико-прикладні положення, яким слід приділити достатню увагу. Поява процесуального розсуду адміністративних судів взагалі й процесуального розсуду адміністративного суду касаційної інстанції зокрема пов'язується із прийняттям у 2005 р. КАС України. Законодавче втілення у КАС України конституційної ідеї про захист конституційних прав і свобод людини та громадянина (статті 8, 55 Конституції України¹⁵) вперше в історії новітньої Української державності обумовило закріплення повноважень адміністративних судів щодо розгляду справ адміністративної юрисдикції, порядок звернення до адміністративних судів та здійснення адміністративного судочинства, і не лише це¹⁶.

Нормами КАС України адміністративні суди також наділені правом вибору процесуального рішення. Наприклад, суд касаційної інстанції за наслідками розгляду касаційної скарги має право (ст. 349 КАС України):

- <...> 1) залишити судові рішення судів першої та/або апеляційної інстанцій без змін, а скаргу – без задоволення;
- 2) скасувати судові рішення судів першої та/або апеляційної інстанцій повністю або частково і передати справу повністю або частково на новий розгляд, зокрема за встановленою підсудністю або для продовження розгляду;
- 3) скасувати судові рішення судів першої та/або апеляційної інстанцій повністю або частково і ухвалити нове рішення у відповідній частині або змінити рішення, не передаючи справи на новий розгляд;
- 4) скасувати постанову суду апеляційної інстанції повністю або частково і залишити в силі рішення суду першої інстанції у відповідній частині;
- 5) скасувати судові рішення судів першої та/або апеляційної інстанцій повністю або частково і закрити провадження у справі чи залишити позов без розгляду у відповідній частині;
- 6) у визначених КАС України випадках визнати нечинними судові рішення судів першої та/або апеляційної інстанцій повністю або частково і закрити провадження у справі у відповідній частині;
- 7) у визначених КАС України випадках скасувати свою постанову (повністю або частково) і прийняти одне з рішень, визначених пунктами 1–6 ч. 1 ст. 349 КАС України¹⁷.

¹⁴ Критерії процесуального розсуду – обставини фактичного і нормативного змісту, які визначають зміст, види, “широту” такого розсуду (прим. авт.).

¹⁵ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 01.11.2018).

¹⁶ Кодекс адміністративного судочинства України (н 1).

¹⁷ Там само.

Володимир Бевзенко

Наділення КАС ВС процесуальним розсудом пояснюється закріпленням у КАС України чималої кількості оціночних понять, таких, наприклад, як публічно-правові відносини, порушення прав, свобод, інтересів, публічно-правовий спір, розумний строк тощо. Крім того, що ці оціночні поняття обумовлюють здійснення КАС ВС правосуддя в умовах процесуального розсуду, від їх тлумачення залежить також подальший перебіг адміністративного процесу загалом. Доказом таких особливостей оціночних понять може слугувати, зокрема, категорія “адміністративна справа незначної складності (малозначна справа)” (п. 20 ч. 1 ст. 4 КАС України).

Закріплена вперше у КАС України конструкція “адміністративна справа незначної складності (малозначна справа)” витлумачена у ньому двома взаємопов’язаними способами.

По-перше, у п. 20 ч. 1 ст. 4 КАС України сформульовано власне поняття адміністративної справи незначної складності (малозначної справи), кваліфікуючими ознаками якої визнаються характер спірних правовідносин, предмет доказування та склад учасників, які не вимагають проведення підготовчого провадження та (або) судового засідання для повного і всебічного встановлення обставин такої справи. Утім, у цій нормі КАС України поняття малозначної справи законодавець сформулював за допомогою оціночних понять (правовідносини, предмет доказування, склад учасників, які не вимагають вчинення додаткових процесуальних дій), що також сприймаються неоднозначно й потребують подальшого тлумачення.

По-друге, у пунктах 1–11 ч. 6 ст. 12 КАС України перераховано види справ незначної складності, для визначення яких у Кодексі використовуються:

1) норми безпосереднього й опосередкованого відсильного змісту (пункти 1–6, 8, 11 ч. 6 ст. 12 КАС України). Наприклад, нормою безпосереднього відсильного змісту є п. 1 ч. 6 ст. 12 КАС України, оскільки у ній безпосередньо вказано іншу норму права, яку слід застосовувати:

<...> прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби, крім справ, в яких позивачами є службові особи, які у значенні Закону України “Про запобігання корупції” займають відповідальне та особливо відповідальне становище¹⁸.

Натомість нормою опосередкованого відсильного змісту є, наприклад, п. 2 ч. 6 ст. 12 КАС України (‘оскарження бездіяльності суб’єкта владних повноважень або розпорядника інформації щодо розгляду звер-

¹⁸ Кодекс адміністративного судочинства України (н 1).

нення або запиту на інформацію¹⁹) – тут відсутня вказівка на норму права, яку слід застосовувати, проте містяться поняття, очевидно визначені спеціальним нормативним актом – Законом України “Про доступ до публічної інформації”²⁰;

2) норми, які містять оціночні поняття (пункти 7, 9, 10 ч. 6 ст. 12 КАС України). Наприклад, ‘інші справи, у яких суд дійде висновку про їх незначну складність, за винятком справ, які не можуть бути розглянуті за правилами спрощеного позовного провадження’²¹.

Безперечно, для забезпечення відповідності рішення Суду обставинам адміністративної справи незначної складності (малозначної справи) слід якнайповніше сприйняти складові й визначити особливості спірних правовідносин, виявити та кваліфікувати ознаки малозначної справи, точно їх оцінити, перевірити відповідність такої оцінки висновкам місцевого адміністративного суду, апеляційного адміністративного суду й, нарешті, сформулювати відповідні підсумкові об’єктивні висновки.

Отже, висновку щодо адміністративної справи незначної складності (малозначної справи) відповідно до виду і змісту спірних правовідносин можна дійти шляхом наскрізного системного аналізу положень КАС України, національного адміністративного законодавства й наукового тлумачення оціночних понять.

Так, згідно з п. 8 ч. 6 ст. 12 КАС України типові справи є справами незначної складності. Поняття типової справи передбачене у п. 21 ч. 1 ст. 4 КАС України:

<...> це адміністративні справи, відповідачем у яких є один і той самий суб’єкт владних повноважень (його відокремлені структурні підрозділи), спір у яких виник з аналогічних підстав, у відносинах, що регулюються одними нормами права та у яких позивачами заявлено аналогічні вимоги²².

Для висновку про те, чи має адміністративна справа ознаки справи незначної складності (чи є вона малозначною), на наступному етапі дослідження належить оцінити складові та особливості спірних правовідносин і порівняти їх з ознаками малозначної справи:

- спірні правовідносини;
- предмет доказування;
- учасники справи й суб’єкт владних повноважень (п. 7 ч. 1 ст. 4 КАС України);

¹⁹ Кодекс адміністративного судочинства України (н 1).

²⁰ Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13 січня 2011 р. № 2939-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17>> (дата звернення: 01.11.2018).

²¹ Кодекс адміністративного судочинства України (н 1).

²² Там само.

- підстави виникнення спору (фактичні й нормативні);
- норми права, що регулюють спірні відносини;
- позовні вимоги.

Відмінність принаймні однієї з таких складових-ознак від ознак типової справи унеможлиблює визнання адміністративної справи як справи незначної складності (малозначної справи), а помилкове ототожнення фактичних спірних правовідносин із нормативними ознаками типової справи обумовлюватиме настання негативних процесуальних наслідків (наприклад, відмови у відкритті провадження у зразковій справі, скасування судових рішень із направленням справи для продовження розгляду або на новий розгляд).

На окреме дослідження заслуговують вплив оціночного поняття “адміністративна справа незначної складності (малозначна справа)” на процесуальний розсуд КАС ВС та наслідки такого впливу. Суд оцінює адміністративну справу на предмет її малозначності вже на стадії відкриття касаційного провадження. Рішення про відкриття цього провадження обумовлене різними чинниками, серед яких така якість адміністративної справи, як її малозначність.

Мусимо нагадати, що право на касаційне оскарження судового рішення можливе винятково у випадках, визначених законом (п. 8 ст. 129 Конституції України). Тому до КАС ВС не оскаржуються судові рішення у справах незначної складності (п. 2 ч. 5 ст. 328 КАС України).

Суддя КАС ВС, отримавши касаційну скаргу, має, зокрема, дати обґрунтовану відповідь на такі запитання:

1. Чи є адміністративна справа, у якій ухвалене судове рішення, що оскаржується, адміністративною справою незначної складності (малозначною справою)?

2. За правилами якого провадження (загального позовного провадження, спрощеного позовного провадження) адміністративними судами першої, апеляційної інстанцій розглянуто адміністративну справу, у якій ухвалене судове рішення, що оскаржується?

3. Чи є підстави для відмови у відкритті касаційного провадження / для відкриття касаційного провадження?

Бачимо, що оціночне поняття “адміністративна справа незначної складності (малозначна справа)” не лише обумовлює здійснення КАС ВС його процесуальних повноважень на власний розсуд – зокрема, воно може обумовлювати постановлення ухвали про відкриття чи про відмову у відкритті касаційного провадження, – а й викликає подальшу складну розгалужену алгоритмізовану мережу причинно-наслідкових зв’язків, можливих альтернатив розв’язання поточного процесуального завдання.

Проаналізуємо можливі *висновки-відповіді* на кожне з трьох запитань, які виникають у зв'язку з поданою до Суду касаційною скаргою.

1. Чи є адміністративна справа, в якій ухвалене судове рішення, що оскаржується, адміністративною справою незначної складності (малозначною справою)?

Відповідь на це запитання вже була нами сформульована вище й полягає в необхідності оцінки виду та змісту фактичних спірних правовідносин і їх порівняння з нормами КАС України, що закріплюють поняття адміністративної справи незначної складності (малозначної справи), ознаки й види таких справ. Дослідження спірних правовідносин та перевірка їх на відповідність ознакам адміністративної справи незначної складності (малозначної справи) передбачає застосування таких методів наукового дослідження, як, зокрема, системний метод, аналіз і синтез. Так, оцінюючи спірні правовідносини, слід виокремити їхніх суб'єктів, установити фактичні й нормативні підстави виникнення та порівняти з нормами КАС України.

2. За правилами якого провадження (загального позовного провадження, спрощеного позовного провадження) адміністративними судами першої, апеляційної інстанцій розглянуто адміністративну справу, у якій ухвалене судове рішення, що оскаржується?

Відповідь на це запитання може обумовлювати як відкриття, так і відмову у відкритті касаційного провадження. Нагадаємо, що якість адміністративної справи (її малозначність чи, навпаки, немалозначність) за приписами КАС України є підставою для відкриття чи відмови у відкритті касаційного провадження. Так, судові рішення у справах незначної складності не оскаржуються у касаційному порядку (п. 2 ч. 5 ст. 328 КАС України). Однак КАС ВС, отримавши касаційну скаргу, на власний розсуд диференційовано оцінює підстави для відкриття касаційного провадження у кожній адміністративній справі.

Тому, по-перше, якщо адміністративними судами першої, апеляційної інстанцій (чи одним із них) адміністративну справу розглянуто за правилами загального позовного провадження, КАС ВС, оцінивши фактичні обставини справи та встановивши, що справа мала б розглядатися за правилами спрощеного позовного провадження, оскільки вона, за висновками Суду, є малозначною, може дійти висновку про відмову у відкритті касаційного провадження.

По-друге, КАС ВС також критично оцінює й адміністративну справу, розглянуту за правилами спрощеного позовного провадження. Касаційне провадження в адміністративній справі, розглянутій за правилами спрощеного позовного провадження, може бути відкрито щонайменше з двох причин:

– суд першої інстанції помилково відніс адміністративну справу до категорії справ незначної складності (п. “г” ч. 5 ст. 328 КАС України);

– КАС ВС має обґрунтовані сумніви у правильності визначення адміністративної справи як малозначної й не має можливості на стадії відкриття касаційного провадження зробити висновок про малозначність/немалозначність адміністративної справи. У зв’язку з цими обставинами існує об’єктивна потреба відкрити касаційне провадження й ретельно дослідити фактичні обставини адміністративної справи.

Отже, отримавши касаційну скаргу, КАС ВС на власний розсуд оцінює складність адміністративної справи, робить відповідні висновки щодо її складності та, як наслідок, на власний розсуд оцінює можливість відкриття касаційного провадження. КАС ВС не зв’язаний висновками адміністративного суду першої інстанції щодо малозначності чи немалозначності адміністративної справи й самостійно визначає якість конкретної адміністративної справи, її малозначність/немалозначність.

3. Чи є підстави для відмови у відкритті касаційного провадження / для відкриття касаційного провадження?

За загальним правилом, передбаченим у п. 8 ст. 129 Конституції України, основними засадами судочинства є забезпечення права на касаційне оскарження судового рішення у визначених законом випадках.

Підстави для відмови у відкритті касаційного провадження, як ми вже згадували, передбачені у п. 2 ч. 5 ст. 328 КАС України: КАС ВС відмовляє у відкритті касаційного провадження, якщо у касаційному порядку оскаржуються судові рішення у справах незначної складності. Утім, це – не єдина підстава, передбачена КАС України. Для формування повноцінного висновку про наявність підстав для відкриття касаційного провадження / відмови у відкритті касаційного провадження, послуговуючись системним методом дослідження, положення п. 2 ч. 5 ст. 328 КАС України належить аналізувати також у сукупності з п. 20 ч. 1 ст. 4, пунктами 1–11 ч. 6 ст. 12, підпунктами “а”–“г” п. 2 ч. 5 ст. 328, ч. 3 ст. 333 КАС України.

Дослідивши норми КАС України (п. 20 ч. 1 ст. 4, пункти 1–11 ч. 6 ст. 12, підпункти “а”–“г” п. 2 ч. 5 ст. 328, ч. 3 ст. 333), маємо вказати на дві особливості, що впливають із результатів їх аналізу:

– законодавець у п. 10 ч. 6 ст. 12 КАС України, використовуючи оціночні поняття (такі як ‘інші справи, у яких суд дійде висновку про їх незначну складність’), наділив адміністративні суди широкою свободою визначати адміністративні справи як справи незначної складності (малозначні справи);

– у підпунктах “а”–“г” п. 2 ч. 5 ст. 328 КАС України передбачені оціночні поняття й конструкції, існування яких у певній адміністратив-

ній справі “позбавляє” її якості малозначності й, відповідно, зобов’язує КАС ВС відкривати касаційне провадження в адміністративній справі, ускладненій такими оціночними поняттями й конструкціями. Знову ж таки, подібно до необхідності якомога точно визначити, є адміністративна справа малозначною чи ні, у разі апелювання сторони до наявності в адміністративній справі цих оціночних понять і конструкцій КАС ВС зобов’язаний якомога точно оцінити й кваліфікувати фактичні обставини справи й пересвідчитися у наявності чи відсутності таких оціночних понять і конструкцій (підпункти “а”–“г” п. 2 ч. 5 ст. 328 КАС України):

- <...> а) касаційна скарга стосується питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовної практики;
б) особа, яка подає касаційну скаргу, відповідно до цього Кодексу позбавлена можливості спростувати обставини, встановлені оскаржуваним судовим рішенням при розгляді іншої справи;
в) справа становить значний суспільний інтерес або має виняткове значення для учасника справи, який подає касаційну скаргу;
г) суд першої інстанції відніс справу до категорії справ незначної складності помилково²³.

Очевидно, що від правильності й обґрунтованості визначення адміністративної справи як малозначної на підставі п. 10 ч. 6 ст. 12 КАС України, правильності й обґрунтованості визначення “питання права, яке має фундаментальне значення”, позбавлення особи “можливості спростувати обставини”, існування у справі “значного суспільного інтересу або виняткового значення справи”, факту помилкового віднесення “судом першої інстанції справи до категорії справ незначної складності” на підставі підпунктів “а”–“г” п. 2 ч. 5 ст. 328 КАС України також залежить відкриття касаційного провадження.

Маємо зауважити, що крім критерію незначної складності (малозначності) адміністративної справи, у КАС України передбачені й інші критерії перевірки підстав відкриття касаційного провадження / відмови у відкритті касаційного провадження. Усі вони передбачені статтями 328, 333 КАС України:

- факт участі особи в адміністративній справі;
- факт вирішення судом питання про суб’єктивні права, свободи, інтереси та (або) обов’язки;
- вид судового рішення, яке може / не може оскаржуватися у касаційному порядку;

²³ Кодекс адміністративного судочинства України (н 1).

Володимир Бевзенко

- підстави касаційного оскарження – неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права;
- судові рішення у справах незначної складності;
- питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовної практики;
- відсутність можливості спростувати обставини, встановлені оскаржуваним судовим рішенням, при розгляді іншої справи;
- значний суспільний інтерес адміністративної справи або виняткове її значення для учасника справи, який подає касаційну скаргу;
- помилкове віднесення судом першої інстанції справи до категорії справ незначної складності.

Отже, вчинення кожної процесуальної дії, зокрема відкриття касаційного провадження, передбачає не лише перевірку відповідності фактичних обставин адміністративної справи нормам КАС України, а й належну оцінку кваліфікуючих ознак адміністративної справи (фактичні спірні правовідносини, предмет доказування, учасники спірних правовідносин, суб'єкт владних повноважень та інші суб'єкти, норми права), фактичних чи процесуальних обставин (справа незначної складності, питання права, яке має фундаментальне значення, значний суспільний інтерес або виняткове значення справи, помилкове віднесення судом першої інстанції справи до категорії справ незначної складності).

Наслідком такої оцінки буде обрання КАС ВС певного виду процесуального рішення з тих, що передбачені КАС України. Так, у підсумку оцінки касаційної скарги КАС ВС може ухвалити одне з таких процесуальних рішень:

- 1) залишити касаційну скаргу без руху (частини 2, 3, 6 ст. 332, частини 1, 2 ст. 169 КАС України);
- 2) повернути касаційну скаргу особі, яка її подала (частини 5, 6, 7 ст. 332 КАС України);
- 3) відмовити у відкритті касаційного провадження (ст. 333 КАС України);
- 4) відкрити касаційне провадження (ст. 334 КАС України).

Як ми могли переконатися, кожна процесуальна дія (їх сукупність) і стадія адміністративного процесу охоплюються чималою кількістю оціночних понять, що пояснює широту процесуального розсуду КАС ВС. Відповідно, кожному виду процесуальної активності КАС ВС притаманний "свій" вид процесуального розсуду, що потребує ґрунтовного наукового дослідження та розкриття.

Проаналізувавши норми КАС України, викладені у них критерії перевірки підстав відкриття касаційного провадження / відмови у відкритті

касаційного провадження, можемо зробити висновок про *такі підстави для відмови* у відкритті касаційного провадження:

- особа не брала участі в адміністративній справі;
- судом не вирішено питання про суб'єктивні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки;
- оскаржується судове рішення, яке за правилами КАС України не може бути оскаржене в касаційному порядку;
- судом правильно застосовані норми матеріального права чи не порушені норми процесуального права;
- оскаржуються судові рішення у справах незначної складності, які розглянуті за правилами спрощеного позовного провадження;
- предметом скарги є питання права, яке не має фундаментального значення для формування єдиної правозастосовної практики;
- є можливість спростувати обставини, встановлені оскаржуваним судовим рішенням, при розгляді іншої справи;
- адміністративна справа не становить значного суспільного інтересу або не має виняткового значення для учасника справи, який подає касаційну скаргу;
- суд першої інстанції відніс справу до категорії справ незначної складності правильно.

Натомість відсутність цих підстав дає змогу КАС ВС зробити висновок про можливість відкриття касаційного провадження. Оскільки існують передбачені КАС України критерії перевірки підстав відкриття касаційного провадження / відмови у відкритті касаційного провадження, здійснення процесуальних повноважень КАС ВС не може бути свавільним і нерозсудливим, а процесуальний розсуд цього Суду матиме свої межі, обумовлюватиметься обставинами й реалізовуватиметься винятково за правилами, визначеними КАС України.

Як бачимо на прикладі аналізу положень КАС України про адміністративну справу незначної складності (малозначну справу), свобода здійснення КАС ВС своїх повноважень є доволі значною, натомість поняття, зміст та особливості процесуального розсуду ще не дістали належного обґрунтування сучасною адміністративною процесуальною наукою, так само як і не були перевірені практикою адміністративного судочинства.

Однак очевидно, що свобода здійснення повноважень КАС ВС (його процесуальний розсуд) має різні види, межі, зміст свого прояву. Так, процесуальний розсуд має як зовнішні, так і внутрішні відмінності.

Процесуальний (або, як його ще називають у сучасній літературі, – судовий) розсуд слід відрізнити від адміністративного розсуду, оскільки

Володимир Бевзенко

він передбачає повноваження судді управляти судовим процесом (наприклад, визначення суддею певних строків у підготовчому провадженні, конкретних обов'язків, що їх він покладатиме на сторони), тим паче, якщо йдеться про пошук судового рішення (наприклад, оцінка нагальності справи чи необхідність невідкладного захисту правових благ, що наражаються на загрозу, у спосіб попереднього правового захисту). Усі ці випадки охоплюються дією принципу незалежності судді й не можуть порівнюватися з адміністративним розсудом, застосування якого, власне, й перевіряється, хоча для цього існують визначені межі, беручи до уваги принцип розподілу влади²⁴.

Тому від процесуального розсуду КАС ВС слід насамперед відмежовувати його адміністративний розсуд, який меншою мірою, але все ж таки також ним реалізується. Так, КАС ВС здійснює позапроцесуальні (адміністративні) повноваження на підставі адміністративного розсуду в разі його вступу до адміністративно-правових відносин, що виникають на підставі норм адміністративного законодавства. Прикладом таких правовідносин є правовідносини публічної служби (вступ, проходження, припинення публічної служби), у яких Суд наділений, зокрема, повноваженнями нараховувати й виплачувати грошове забезпечення суддям і службовцям свого апарату.

Усвідомлюючи існування адміністративного (позапроцесуального) та процесуального розсуду КАС ВС, звернімо увагу, по-перше, на те, що він відповідно до статей 22–24 КАС України здійснює повноваження адміністративного суду першої, апеляційної та касаційної інстанцій.

Наприклад, Верховному Суду (КАС ВС) як суду першої інстанції підсудні справи щодо встановлення Центральною виборчою комісією результатів виборів або всеукраїнського референдуму, справи за позовом про дострокове припинення повноважень народного депутата України, а також справи щодо оскарження актів, дій чи бездіяльності Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів (ч. 4 ст. 22 КАС України)²⁵.

Тож не викликає сумніву те, що існує процесуальний розсуд КАС ВС таких видів:

– процесуальний розсуд КАС ВС як адміністративного суду першої інстанції;

www.pravoua.com.ua

²⁴ Йорг Пуделька, 'Понятие усмотрения и разграничение с судебным усмотрением' в *Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве* (Инфотропик Медиа 2017) 6, 7.

²⁵ Кодекс адміністративного судочинства України (н 1).

– процесуальний розсуд КАС ВС як адміністративного суду апеляційної інстанції;

– процесуальний розсуд КАС ВС як адміністративного суду касаційної інстанції.

Якщо узагальнено оцінювати судовий процес, що регулюється КАС України, стає зрозумілим, що процесуальний розсуд КАС як суду першої, апеляційної та касаційної інстанцій також має неоднорідну природу. І КАС України, і практика здійснення адміністративного судочинства передбачають “розгляд і вирішення адміністративних справ” (наприклад, статті 4, 6, 9, 192 та ін.). Так, завданням розгляду справи по суті є розгляд і вирішення спору на підставі зібраних у підготовчому провадженні матеріалів, а також розподіл судових витрат (ст. 192 КАС України).

Отже, по-друге, бачимо, що процесуальні повноваження Суду мають двояке спрямування:

1) здійснення процесуальних прав та обов’язків щодо процесу розгляду адміністративної справи. Наприклад, суд касаційної інстанції може розглянути справу в порядку письмового провадження за наявними у справі матеріалами у разі відсутності клопотань від усіх учасників справи про розгляд справи за їх участю (п. 1 ч. 1 ст. 245 КАС України);

2) здійснення процесуальних прав та обов’язків щодо вирішення адміністративної справи (касаційної скарги) по суті (розсуд щодо вирішення адміністративної справи по суті).

У КАС ВС процесуальні повноваження можуть здійснювати різні склади (організаційно-процесуальні форми) цього Суду: суддя одноосібно, колегія суддів, палата, об’єднана палата. Наприклад, касаційна скарга не приймається до розгляду і повертається суддею-доповідачем, якщо вона ‘подана особою, яка не має адміністративної процесуальної дієздатності, не підписана або підписана особою, яка не має права її підписувати, або особою, посадове становище якої не зазначено’ (п. 1 ч. 5 ст. 332 КАС України²⁶).

Згідно з ч. 4 ст. 346 КАС України:

Суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії суддів, палати або об’єднаної палати, передає справу на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо така колегія (палата, об’єднана палата) вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Великої Палати²⁷.

²⁶ Кодекс адміністративного судочинства України (н 1).

²⁷ Там само.

Відповідно, існує процесуальний розсуд судді, колегії суддів, палати, об'єднаної палати КАС ВС.

Поділ розсуду Суду на види в умовах, у яких він діє, залежить від різних численних критеріїв:

- стадії адміністративного процесу;
- форми адміністративного судочинства – загальне позовне провадження, спрощене позовне провадження (ст. 12 КАС України);
- учасника адміністративного процесу (статті 42–71 КАС України);
- складу КАС ВС (статті 31–33 КАС України);
- виду процесуальної дії, бездіяльності чи іншого зовнішнього прояву (форми) здійснення процесуальних повноважень;
- норми (припису, положення) КАС України;
- національної судової практики, практики Європейського суду з прав людини;
- виду рішення, дії, бездіяльності чи будь-якого іншого зовнішнього прояву здійснення повноважень суб'єкта владних повноважень;
- будь-якого зовнішнього прояву здійснення повноважень фізичної, юридичної особи;
- предмета адміністративно-правових відносин (наприклад, публічного майна чи іншого об'єкта нерухомості).

Тому процесуальний розсуд КАС ВС – це своєрідна “звивиста лама-на” (сукупність) процесуальних дій, обумовлених фактичними обставинами, приписами й положеннями законодавства, що (процесуальні дії) у підсумку призводять до ухвалення судового рішення. З урахуванням та під впливом цих критеріїв Суд, відповідно, здійснює правосуддя в умовах процесуального розсуду різних видів. Водночас ці види процесуального розсуду невіддільні один від одного у часі, оскільки при розгляді й вирішенні адміністративної справи КАС ВС постійно обирає між різновидами його процесуального розсуду. Жодних складнощів із визначенням певного виду розсуду в Суду, як правило, не виникає. Утім, проблема полягає в іншому: визначити, яке з можливих рішень слід обрати Суду, зважаючи на обставини, що склалися. Істотний виклик для нього становить вчинення ним дій у наведеній нижче послідовності:

- зібрати відомості про всі факти й обставини, що мають принципове значення для правильного вирішення адміністративної справи;
- об'єктивно оцінити ці відомості й порівняти їх з відповідними нормами матеріального права;
- співвіднести фактичні обставини, приписи законодавства із процесуальними повноваженнями, що ними наділений КАС ВС;
- отримані у підсумку такої оцінки висновки, повноваження Суду якомога точно співвіднести із нормою (нормами) КАС України, що

попередньо були відібрані для застосування стосовно отриманих висновків;

– отримані результати порівняння й узагальнення викласти у відповідному судовому рішенні.

Кожному виду процесуального розсуду КАС ВС відповідає “власний” набір критеріїв (умов), обов’язкових для врахування при виборі та прийнятті ним процесуальних рішень. Наприклад, в особи, яка не брала участі у справі, якщо суд вирішив питання про її права, свободи, інтереси та (або) обов’язки, є право подати касаційну скаргу на судові рішення лише після його перегляду в апеляційному порядку за її апеляційною скаргою (ч. 5 ст. 328 КАС України). Проаналізувавши цю норму, стає очевидним, що КАС ВС, оцінюючи підстави відкриття касаційного провадження за скаргою особи, яка не брала участі у справі, перевірятиме факт вирішення адміністративним судом питання про права цього скаржника.

У підсумку здійснення КАС ВС його процесуальних повноважень, оцінки фактичних обставин і норм права ним ухвалюються процесуальні рішення, які залежно від певних критеріїв (обставин) диференціюються на види:

– поточне процесуальне рішення (ухвала), ухвалене у зв’язку із процесом розгляду касаційної скарги. Процедурні питання, пов’язані з рухом справи, клопотаннями та заявами учасників справи, питаннями про відкладення розгляду справи, оголошенням перерви, зупиненням провадження у справі, а також в інших випадках, передбачених КАС України, вирішуються судом касаційної інстанції шляхом постановлення ухвал у порядку, визначеному КАС України для постановлення ухвал суду першої інстанції (ч. 2 ст. 355, ст. 241 КАС України);

– підсумкове процесуальне рішення, ухвалене за результатами розгляду касаційної скарги (адміністративної справи). Суд касаційної інстанції за результатами розгляду касаційної скарги ухвалює судові рішення у формі постанов згідно з вимогами, встановленими ст. 34 та главою 9 розділу II КАС України (ч. 1 ст. 355 КАС України).

Тому не можна погодитися, що основні проблеми судді й судочинства виникають не у зв’язку з формальним співвідношенням передумов і висновків, юридичних ознак ситуації та її правового наслідку, тобто не стосовно юридичного силогізму. Значно складнішим завданням судочинства і юриспруденції взагалі є пошук, встановлення та розмежування юридично значущих ознак. Передусім ідеться про ознаки тієї норми права, яка регулюватиме ситуацію, та ознаки певної ситуації, тобто конкретного випадку з життя, який, власне, потребує правового вирішення. Зокрема, Р. Циппеліус робить висновок, що вирішення юридичних справ

Володимир Бевзенко

(наприклад стосовно того, що й скільки сторони винні одна одній за договором, або чи може працівник вимагати відшкодування збитків, що стали наслідком трудової травми, тощо) є складним мереживом. Воно зіткане з пошуку передумов, точного їх окреслення, встановлення того, яку з норм слід застосовувати. Зрештою, настає, власне, застосування норми, тобто використання правового наслідку як логічного висновку, що впливає зі встановлення передумов і визначає належну поведінку²⁸.

Як свідчить практика адміністративного судочинства, замало віднайти, встановити та розмежувати юридично значущі ознаки норми права, яка регулює певну ситуацію²⁹. На розсуд КАС ВС й ухвалення підсумкового процесуального рішення впливатиме те, як саме Судом оцінюватимуться і витлумачуватимуться фактичні обставини у взаємозв'язку з конкретною нормою матеріального права.

Так, судові рішення може бути скасоване повністю або частково, а замість нього ухвалюватися нове рішення або змінюватися у відповідній частині через неправильне застосування норм матеріального права. Неправильним застосуванням норм матеріального права вважається неправильне тлумачення закону або застосування закону, який не має застосовуватися, або незастосування закону, який мав би застосовуватися (частини 1, 3 ст. 351 КАС України)³⁰.

Тому для ухвалення законного й обґрунтованого судового рішення на підставі процесуального розсуду певного виду належить сформулювати вичерпний перелік критеріїв, сукупність і зміст яких визначатимуть вид судового рішення, що найповніше відповідатиме фактичним обставинам.

Отже, кожному виду процесуального розсуду КАС ВС відповідає “власний” перелік критеріїв. Опрацьовуючи фактичні обставини, витлумачуючи їх і відповідні їм норми матеріального права, роблячи висновки щодо відповідності фактичних обставин нормам права, Суд перевіряє їх на відповідність критеріям із переліку для певного виду процесуального розсуду. Певна річ, вичерпно перерахувати й описати критерії процесуального розсуду КАС ВС у певній адміністративній справі непросто, оскільки доволі часто фактичні обставини справи не є однозначними, їх досить складно оцінити, витлумачити й порівняти з нормами матеріального права.

Кожен із критеріїв процесуального розсуду певного виду оцінюється як індивідуально, так і у взаємозв'язку й сукупності з іншими критеріями; оцінюється їх співвідношення і значення для підсумкового процесуального рішення. Так, чи можна вважати обґрунтованою від-

²⁸ Райнгольд Циппеліус, *Методика правозастосування* (Юстініан 2016) 141.

²⁹ Там само.

³⁰ Кодекс адміністративного судочинства України (н 1).

мову у відкритті провадження в адміністративній справі (закриття провадження в адміністративній справі у відповідній частині з підстав, встановлених, відповідно, у статтях 238, 240 КАС України) (статті 170, 238, 354 КАС України)?

Наприклад, у зв'язку з відхиленням національними адміністративними судами адміністративної скарги (поданої відповідно до статей 2 і 4 КАС України³¹) про свавільний обшук поліцією приватного будинку та виплату моральної шкоди за порушення недоторканності житла, ЄСПЛ у справі “Кузьменко проти України” роз'яснив, що беручи до уваги той факт, що національні суди відмовилися розглядати скаргу заявника, відсилаючи його до процедури, яка не була ані доступною, ані здатною привести до безпосереднього та оперативного вирішення його цивільного позову, заявникові було відмовлено в самій суті права на доступ до суду. Відповідно, мало місце порушення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод³².

Висновки. З огляду на результати дослідження, викладені вище, *процесуальний розсуд* КАС ВС можна визначати як обумовлену фактичними обставинами, нормами права та судовою практикою свободу вибору КАС ВС (адміністративним судом) одного чи кількох процесуальних рішень із тих, що передбачені нормами КАС України.

Практика адміністративного судочинства об'єктивно потребує не лише обґрунтування видів процесуального розсуду КАС ВС, а й вичерпного описання можливих алгоритмів його процесуальних дій під час касаційного перегляду рішень адміністративних судів першої й апеляційної інстанцій та здійснення КАС ВС інших процесуальних повноважень.

Нагальним і практично цінним видається виокремлення й обґрунтування видів процесуального розсуду КАС ВС (адміністративного суду) та його змісту щодо певних, конкретних категорій адміністративних справ.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Hufen F, *Verwaltungsprozessrecht [Textbook]* (7, vollig neu bearbeitete Auflage Verlag C H, Beck 2008) (in German).
2. Tsypelius R, *Metodyka pravozastosuvannya [Methodology of Law Enforcement]* (Yustinian 2016) (in Ukrainian).

³¹ Кодекс адміністративного судочинства України у редакції до 15 грудня 2017 р. (прим. авт.).

³² Кузьменко проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 9 березня 2017 р. (заява № 49526/07 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171782>> (дата звернення: 01.11.2018).

Edited books

3. Bevzenko V ta inshi (uklad), *Nauka administratsiyi y administratyvnoho prava. Zahalna chastyna (za vykladamy profesora Yuriya Paneyka) [The Science of Administration and Administrative Law. General Part]* (Dakor 2016) (in Ukrainian).
4. Hrytsenko I ta inshi (uklad), *Administratyvne pravo i protses UNR v ekzyli: nevidoma pravnycha spadshchyna Ukrainy [Administrative Law and Process of the Ukrainian People's Republic in Exile: Ukraine's Unknown Legal Heritage]* (I Hrytsenko za zah red, Dakor 2015) (in Ukrainian).
5. Shloer B ta Kornuta R, *Administratyvna yustytisia v Ukraini: proekt zakonu pro sudy v administratyvnykh spravakh 1932 roku [Administrative Justice in Ukraine: Draft Law on Administrative Courts of 1932]* (Foliant 2011) (in Ukrainian).

Journal articles

6. Holovatyy S, 'Verkhovenstvo prava (pravovladdya): yak yoho tлумachyt' Venetsiyska Komisiya. Verkhovenstvo prava: dopovid, skhvalena Venetsiiskoiu Komisiieiu na 86-mu plenarnomu zasidanni (Venetsiia, 25-26 bereznia 2011 roku)' ['Rule of Law (Power): How it Interpreted by the Venice Commission. Rule of Law: Report Endorsed by the Venice Commission at the 86th Plenary Meeting (Venice, March 25-26, 2011)'] (2011) 10 Pravo Ukrainy (in Ukrainian).
7. Pudel'ka Y, 'Ponyatiye usmotreniya i razgranicheniye s sudebnym usmotreniyem' ['The concept of discretion and distinction from the judicial discretion'] v *Yezhegodnik publichnogo prava 2017: Usmotreniye i otsenochnyye ponyatiya v administrativnom prave [Public Law Yearbook 2017: Discretion and Evaluation Concepts in Administrative Law]* (Infotropik Media 2017) (in Russian).

Volodymyr Bevzenko

THE CONTENT AND TYPES OF PROCEDURAL DISCRETION
GRANTED TO THE ADMINISTRATIVE CASSATION COURT
WITHIN THE SUPREME COURT

ABSTRACT. With a view to ensuring the implementation of the task assigned to the administrative proceedings, and the "flexibility" thereof, and also with the aim of the widest protection and reinstatement of rights, freedoms, and interests of individuals (legal entities), and efficient exercise of procedural functions, administrative courts, as well as the Administrative Cassation Court within the Supreme Court (ACC SC) are endowed with procedural powers which they exercise at their own discretion. At the same time, the procedural discretion of ACC SC may not be unlimited and willful. The said discretion (freedom of action) is underlain by actual circumstances, legislative requirements, court practice, and the case law of the European Court of Human Rights.

It should be noted that the need for a well-substantiated choice is objectively inherent in the entire process of consideration and resolution of an administrative case or in the procedural actions related thereto.

The purpose of the article is to demonstrate the essence and the specific features of the procedural discretion of ACC SC, and the criteria of such discretion; these are the fundamental theoretical and applied provisions which should be given appropriate attention. The emergence of procedural discretion of administrative courts in general and

procedural discretion of the administrative court of cassation in particular stems from the adoption of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine (CAP of Ukraine) in 2005.

Each procedural action taken, in particular, commencement of cassation proceedings, involves not only checking whether actual circumstances of an administrative case are consistent with the provisions of Ukraine's CAP, but also a thorough assessment of qualifying characteristics of an administrative case (actual disputed legal relations, the fact to be proven, the parties to the disputed legal relations, the subject vested with power and other subjects, statutes of law), actual or procedural circumstances ("a case of minor complexity", "an issue of law of fundamental importance", "significant public interest or exceptional importance of a case", "erroneous classification of a case by a trial court into the category of small complexity cases", etc.).

As a result of such assessment, ACC SC chooses a procedural decision of a certain type from those provided for by Ukraine's CAP.

Each procedural action (the entirety thereof), each stage of the administrative procedure is covered by a considerable scope of evaluative concepts, and this explains the wide procedural latitude of ACC SC's procedural discretion. Accordingly, each type of ACC SC's procedural activity is characterized by the corresponding "own" type of procedural discretion which requires thorough scientific research and description.

ACC SC is granted a rather ample freedom to exercise its powers; but the concept, content and specific features of procedural discretion have not yet been properly substantiated by modern science of administrative procedure, and have not been tested by the practice of administrative proceedings. However, even today it is obvious that ACC SC's freedom to exercise its powers (its procedural discretion) has different types, boundaries and the content of its manifestation.

Each type of ACC SC's procedural discretion has its "own" list of criteria. While processing factual circumstances, interpreting them and the relevant provisions of substantive law, making conclusions about whether actual circumstances are consistent with the law, the Court checks their compliance with the criteria from the list which corresponds to a certain type of procedural discretion. Of course, it is not easy to make an exhaustive list and describe the criteria of ACC SC's procedural discretion in a certain administrative case, since quite often actual circumstances of a case are not unambiguous, and it is quite difficult to assess, interpret and compare them with the provisions of substantive law.

KEYWORDS: administrative court; the Administrative Cassation Court; the Supreme Court; procedural discretion; administrative procedure; administrative court proceedings; administrative case; the Code of Administrative Proceedings of Ukraine.



Oksana Kuzmenko

Doctor of Law, Professor,
Deputy Director of the Institute of Law
under Public Higher Education Institution
“Kyiv National Economic University
named after Vadym Hetman”
(Kyiv city, Ukraine)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0830-766X>
kov2101@gmail.com

Victoria Chorna

Ph.D. in Law, associate professor,
associate professor of the department of Administrative Law
and Procedure under National Academy of Internal Affairs
(Kyiv city, Ukraine)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6072-0283>
demidenkov@ukr.net



УДК 342.9

TOPICAL ISSUES OF CONSIDERATION BY THE ADMINISTRATIVE COURTS OF PROCEEDINGS ON THE CASES ON THE ADMINISTRATIVE CLAIMS RELATED TO REFOULEMENT OR COMPULSORY DEPORTATION AND DETENTION OF FOREIGNERS OR STATELESS PERSONS

ABSTRACT. The issues related to increase in number of foreigners and stateless citizens who stay illegally within the territory of Ukraine are considerably relevant today, and, unfortunately, their topicality will be ever-greater in future. Currently the issue of refolement and deportation is referred to the competence of administrative courts. So, implementing legally provided authorities, the administrative courts shall decide the public-law disputes on the claims of public bodies about adoption of measures of a coercive character provided by art. art. 288–289 of the Administrative Court Procedure Code of Ukraine according to the statutory procedural order.

Accordingly, the purpose of the present paper is a definition of topical issues of consideration by the administrative courts of proceedings on the cases on the administrative claims related to refolement or compulsory deportation and detention of foreigners or stateless persons.

In order to achieve the purpose, the paper includes the study of opinions of scientists in the field of administrative law towards understanding and correlation of corresponding definitions (administrative legal proceedings, proceedings on the cases on the administrative

claims related to refolement or compulsory deportation and detention of foreigners or stateless persons); Regulations of the Administrative Court Procedure Code of Ukraine; provisions of other regulatory documents.

It was emphasized that the content of protection of rights and freedoms is based on the activity focused on removal of obstacles in exercise of rights and freedoms and on fight against default in correlative obligations and abuse of law.

The paper gives reasons for the fact that the liability may be incurred only for objectified behavior of person, i.e. for his/her activity or omission to act. In such a case, his/her thoughts and intention that were not implemented by him/her can not be considered as the reasons for legal assessment. The paper also emphasizes that the protection from illegal acts, removal of their causes and conditions facilitating the administrative and delictual endeavor is beyond the scope of administrative courts.

The paper gives reasons for the fact that judge's discretion relates to the establishment of: firstly, the facts that appear to the judge to be necessary for dispute essential resolution; secondly, the way of dispute resolution; thirdly, the regulation itself that applies in this particular case.

As a result, the authors came to the conclusion that today there is a negative transformation of implementation of prospective (negative) liability of person for actions (omission to act) that were not and would never be performed by him/her, but only for thoughts and intentions. We believe, that it is not a correct practice due to the fact that it defies a principle of the administrative law presented in the form of statement that the liability may be incurred only for objectified behavior of person, i.e. for his/her activity or omission to act. In such a case, his/her thoughts and intention that were not implemented by him/her can not be considered as the reasons for legal assessment.

KEYWORDS: administrative law; administrative liability; administrative legal proceedings; administrative and delictual procedure; relations of administrative obligations; sanction; action; foreigner.

Currently Ukraine and its legal system are in the state of comprehensive reforms that cause the development of new approaches to the development of law and legislation that shall be oriented to the building of well-developed of social and constitutional state. Current trends of legal system reformation require new content and execution according to general European standards the main purpose of which is increase in safety of citizens. Development and implementation of means and the efficient tools oriented to the exercise of established rights of human and citizen.

Moreover, the proposed current legislative innovations have rather politicized content; they do not have a well-balanced interrelation to the applicable laws and regulations of various levels being taken as a basis of legal system of state, resulting, consequently, in disorder, discontinuity, chaotic and inconsistent development of Ukrainian legislation.

Certain issues of consideration by the administrative courts of proceedings on the cases on the administrative claims related to refolement or compulsory

deportation and detention of foreigners or stateless persons were the subjects of research of: L. Koval "Administrative Law of Ukraine" (1998); V. Olefir "Administrative and legal fight against irregular migration in Ukraine" (1999); O. Kuzmenko "Administrative and legal opposition to irregular migration in Ukraine" (2000); R. Myroniuk "Administrative and legal procedure of refoulement of foreigners and stateless persons outside the territory of Ukraine" (2002); V. Stefaniuk "Judicial administrative procedure" (2003); I. Koliushko, R. Kuibida "Administrative justice: European experience and offers for Ukraine" (2003); M. Maksyiuta "Improvement of the activity of law enforcement authorities towards prevention and fight against human trafficking" (2005); O. Bielievska "Special aspects of administrative liability of foreigners in Ukraine" (2008); D. Holoborodko "Administrative claim on compulsory deportation of foreigners and stateless persons from the territory of Ukraine in the activity of internal affairs authorities" (2008); Ye. Herasymenko "*Administrative refoulement* of foreigners and stateless citizens" (2009); O. Anina "Foreigners and stateless citizens in the administrative and delictual procedure of Ukraine" (2012); V. Halunko "Administrative liability of foreigners and stateless citizens" (2011); L. Savranchuk "Public administration of processing and issue of visa documents for entrance of foreigners and stateless citizens into Ukraine" (2012); M. Arekelian "Proceedings on the cases on the *refoulement* of foreigners and stateless persons in the administrative court" (2013) etc.

The summary of opinions described in the researches enables (with corresponding assumptions) to speak to the fact of establishment of administrative legal proceedings as the judicial control in the field of enforcement of legitimacy of application of compulsory measures to the foreigners. Proceedings on the cases on refoulement of foreigners shall be carried out to the extent of administrative legal proceedings, so major academic papers in the field of administrative procedure (V. Averianov, I. Holosnichenko, S. Kivalov, I. Koliushko, A. Osadchyi, O. Paseniuk, V. Palko, V. Perepeliuk, A. Rudenko, O. Serheichuk, M. Smokovych) became the outstanding factors of their theoretical processing. Theoretical developments of subjection to a jurisdiction in the administrative procedure (R. Vatamaniuk, V. Biluha), time limits in the administrative procedure (M. Soroka, V. Lypa), procedural status of the parties to the administrative legal proceedings (I. Ditkevych, V. Bevzenko) were used during characterization of procedural institutes defining the specific natures of proceedings on the cases on refoulement of foreigners.

Goal of research is a definition of topical issues of consideration by the administrative courts of proceedings on the cases on the administrative claims

related to refolement or compulsory deportation and detention of foreigners or stateless persons.

Legal policy of modern Ukraine is a part of state policy being the plan of actions adopted and implementable by the government. It shall be oriented to enforcement of rights and freedoms of human and citizen, consolidation of legality and public order, building of legal nation and high legal culture of society and individuals¹. However, the activity of state towards definition and theoretical justification of needs in imposition and repeal of prohibitions to the activity of particular entities; allocation and adjustment of administrative liability for their violations shall be focused on satisfaction of will and interests of social groups and objectivization of public interests. Relation between state policy and law is rather natural in that respect. This relation: a) objectifies the laws, gives the meaning of practical factor in public life of society to it; b) requires from political decisions to be complied with legal provisions². So, the adoption of such enactments that satisfy the parochial political interests of political parties or certain politicians is impossible. In view of this we can not admit the possibility of implementation of prospective (negative) liability for actions that were not and would never be performed by person. Let's explain the thought of authors in details.

Ukrainian legislation includes some statutory enactments providing the prospective (negative) liability. For example, the Act of Ukraine "On legal status of foreigners and stateless citizens" was passed in 2011, and the Act "On prevention of corruption"³ was passed in 2014, and the Administrative Court Procedure Code. Let's review the content of their particular dictates.

So, the Act of Ukraine "On legal status of foreigners and stateless persons" provides the *compulsory deportation* of foreigners and stateless citizens. This implies the refolement of foreigners or stateless persons from Ukraine provided that they did not implement the decision on refolement within the established time limit without good cause or there are the justified reasons to believe that the foreigner or stateless person would avoid the implementation of such a decision except for the cases of detention of the foreigner or stateless person for illegal crossing of state border of Ukraine outside of posts of inspection of state border of Ukraine and their extradition to the border authorities of neighboring state. Firstly, this kind of liability has the different names in various laws and regulations. However, it defines the same kind of compulsion and procedure of application (the attention of scientists was focused on this issue repeatedly). For example, part 3 art. 24 of the Code of Ukraine

¹ А Малько, *Новые явления в политико-правовой жизни России: Вопросы теории и практики* (ВУиТ 1999) 76.

² В Колпаков, *Адміністративно-деліктний правовий феномен* (Юрінком Інтер 2004) 326.

³ Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 49. Ст. 2056.

on the Administrative Violations provides the possibility of application of administrative refoulement outside the territory of Ukraine to the foreigners and stateless persons for commission of administrative offences, violating the public order seriously⁴; the Act of Ukraine “On Immigration” provides the refoulement (art. 13) provided that the person, in respect of which the decision on cancellation of permit for immigration was adopted, failed to leave Ukraine, and in such a case this person is subject to refoulement according to the procedure provided by the law of Ukraine⁵; art. 3 of the Act of Ukraine “On refugees and persons who need the additional or temporary protection” establishes that the refugee or the person who needs the additional protection or to whom the temporary protection was provided, can not be expelled or compulsory deported to the country where there is a danger for their life of freedom according to their race, religion, nationality, citizenship (patriality), belonging to certain social group or commitment to political opinions, as well as for any other reasons recognized by international treaties or international organizations, the member of which Ukraine is, as the persons that can not be deported to the countries of origin⁶. Such free use of terms results in widespread conflicts of law in judicial proceeding concerning application of corresponding coercive measures to guilty foreigners and stateless persons.

Secondly, the main point of the present paper lies in the fact that according to the Act of Ukraine “On legal status of foreigners and stateless persons” the compulsory deportation may be applied to the foreigner provided that: “or there are the justified reasons to believe that the foreigner or stateless person would avoid the implementation of a decision about the refoulement”⁷. At the same time, the Administrative Court Procedure Code of Ukraine also provides (art. 289) that “in the event of availability of justified reasons to believe that the foreigner or stateless person, in respect of which the administrative claim on refoulement was filed, does not have a document that enables her to leave Ukraine, would avoid the implementation of a decision about his/her refoulement and prevent carrying out the procedure of refoulement or provided that there is a risk of his/her escape”, the administrative court shall be entitled to adopt certain preventive and stop measures. Further it is specified in clause 3 art. 289 that “bailment and recognizance release can not apply to the foreigners and stateless citizens to whom such measures applied before, as well as in respect of which there are sufficient data on their involvement in preparation and/or

⁴ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-Х. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1984. № 51. Ст. 1122.

⁵ Про імміграцію: Закон України від 7 червня 2001 р. № 2491-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 41. Ст. 197.

⁶ Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту: Закон України від 8 липня 2011 р. № 3671-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 16. Ст. 146.

⁷ Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства: Закон України від 22 вересня 2011 р. № 3773-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 19-20. Ст. 179.

carrying out the terrorist activity”. Consequently, it was established that the guilt of person shall be proved on the basis of reasons of “whether there is a risk of his/her escape”, “in the event of availability of justified reasons to believe that such a person would avoid the implementation of a decision”, “in respect of which there are sufficient data on their involvement in preparation and/or carrying out the terrorist activity”. So, none of mentioned actions is not an offence and does not have a set of all elements of administrative offences. The information on future illegal behavior does not have the marks of guilty and set of all elements of the offence. These definitions are more used in criminal law. So, the terrorist activity (involvement, preparation and/or carrying out) according to Section IX “Crimes against public safety”, (art. 258) the act of terrorism, (art. 258-1), involvement into commission of act of terrorism, (art. 258-2) public calls for commission of act of terrorism, (art. 258-3) building a terrorist group or the terrorist organization (art. 258-4) facilitation the commission of the act of terrorism, (art. 258-5) financing of terrorism are the regulations of the Criminal Code of Ukraine and shall be determined to be the crimes providing the criminal responsibility. In view of this they shall not be considered at the administrative courts as a reason for refusal in adoption of decision to foreign citizens and stateless persons in the form of: bailment and recognizance release⁸.

Ukrainian law provides that the legal responsibility shall be incurred upon the availability of three reasons: firstly, it is the regulatory reason, including the regulation that establishes the set of elements of the offence; secondly, it is the actual reason (offence); thirdly, it is the procedural reason (enabling legislation and jurisdictional act). So, the obtained information shall confirm fairly and accurately the availability of the foreigner’s intention to avoid the departure, as well as it shall contain the “stamp” of future illegal behavior. It is incomprehensible in which forms such information, as well as the warranties of the fact that the person would avoid the departure rather than he/she will change his/her intentions at the last moment, may be objectified⁹. So, according to Ukrainian law, the foreign citizen and stateless person may be compulsory deported for thoughts and considerations. However, the Constitution of Ukraine warrants to every person the right to liberty of world view, thoughts, beliefs and prohibits to consider the assumption to be the guilty evidence.

Thirdly, the Administrative Court Procedure Code of Ukraine provides in the art. 289 that the judge of the administrative court of Ukraine may adopt the following decisions in respect of the foreigners and stateless persons:

⁸ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25. Ст. 131.

⁹ Колпаков (н 2) 311.

Oksana Kuzmenko, Victoria Chorna

1) detention of the foreigner or stateless person for the purpose of identification and (or) enforcement of refoulement outside the territory of Ukraine; 2) detention of the foreigner or stateless person for the purpose of enforcement of his/her extradition according to international readmission agreements of Ukraine; 3) bailment of the foreigner or stateless person by the enterprise, institution or organization; 4) obligation of the foreigner or the stateless person to stand bail¹⁰.

In this regard we would like to admit the following: functional authorities of judge are the possibilities to commit various procedural acts and to take the organizational measures focused on the enforcement of case consideration. Kind and extent of functional authorities of judge shall be defined by corresponding function of judicial power. According to art. 2 of the Administrative Court Procedure Code of Ukraine the task of administrative legal proceedings is a fair, impartial and well-timed resolution of disputes in the field of public relations by courts for the purpose of the efficient protection of rights, freedoms and interests of natural persons, rights and interests of legal entities from violations on the part of the authorities¹¹. But in practice the question arises whether the administrative courts actually perform the above-mentioned tasks, especially in terms of taking decisions provided for in Art. 289 regarding foreigners and stateless persons, as well as other proceedings on certain categories of administrative cases, since administrative proceedings are aimed at resolving a public dispute, protecting the rights and interests of citizens from violations by the authorities, if any the violation took place. It is not clear how the task of protecting and resolving a legal dispute regarding the detention and compulsory deportation of foreigners and stateless persons is being implemented. And on what basis the administrative court has the right to make decisions regarding foreigners and stateless persons about: 1) bailment of the foreigner or stateless person by the enterprise, institution or organization; 2) obligation of the foreigner or the stateless person to stand bail; 3) the detention of a foreigner or a stateless person with the placement to the Migrants Accommodation Centre for the foreigners and stateless persons who are illegally staying in Ukraine. Such a decision does not resolve a public-legal dispute about the right of a person, does not fulfill the task of protecting the rights and freedoms of a person. These are measures of a discontinuous nature, which are used to stop the unlawful actions of a person, the consequences of unlawful actions, and bringing the person to justice. And protection of rights or freedoms occurs when there are: a) non-fulfillment of a legal obligation as a correlation of rights or freedoms; b) Abuse of law that impedes the exercise

www.pravolia.com.ua

¹⁰ Кодекс адміністративного судочинства України: в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 48. Ст. 436.

¹¹ Кримінальний кодекс України (н 8).

of rights or freedoms; c) a dispute about the existence of the very right or freedom¹². So, the content of the protection of rights and freedoms is based on the activity aimed at the removal of obstacles in the exercise of rights and freedoms, at the fight against default in correlative obligations and abuse of the law. Protection, in its turn, means the preventive activity of state and non-state formations in preventing offences against the rights of citizens, eliminating the causes and conditions conducive to administrative and delictual invasions¹³. However, the task of administrative courts does not include the protection from unlawful acts, the elimination of their causes and conditions conducive to administrative and delictual invasions! Justification of the position that the main purpose of the detention and compulsory deportation of the foreigners and stateless persons is a protection of individuals and legal entities from the unlawful activities of this category of persons, but this is not a task laid down in the basis of administrative legal proceedings!

At the same time, as V. Kolpakov says, the foreigners and stateless persons can not have duties that would be correlated with the legitimate interests of Ukrainian citizens. As regards the prohibition on the violation of the rights of citizens, it should be noted that different types of liability for such actions are provided by other and more specific regulations¹⁴. So, we believe that the transfer to the consideration and adoption of a decision on the detention and compulsory deportation to the competence of the administrative court as a necessity of protection of the rights and legitimate interests of citizens of Ukraine is unjustified and wrong.

At the same time, we consider to be unfavorable the right of the administrative court to adopt the decision about the application of following measures: to take a person on bail; to release on bail; the detention of a foreigner or stateless person with placement to the Migrants Accommodation Centre for the foreigners and stateless persons who are illegally staying in Ukraine. It is the court that determines 'the authorized person of enterprises, institutions or organizations that deserve special trust (bailman), bailman for the performance of assigned duties by a foreigner or a stateless person'¹⁵.

Actually, the Ukrainian legislation provides for the right of the court at its discretion. The concept of "discretion" means a decision, a conclusion, and an opinion. Exercising his/her functions the judge makes power decisions based on the rules of law. Essentially, the judge's discretion is his/her right to choose the most appropriate way to solve the task set before him/her. The law has a general character and regulates social relations in general terms. In the specific

¹² Н Витрук, 'Юридический механизм реализации прав личности' в *Реализация прав граждан в условиях развитого социализма* (Наука 1983) 99.

¹³ Колпаков (н 2) 210-11.

¹⁴ Там само 346.

¹⁵ Кримінальний кодекс України (н 8).

case, the judge, within the limits of the law, must independently choose the most reasonable and appropriate way of resolving the dispute in order to achieve the goal of restoring justice. At the same time, “the definition of the beneficence of an authorized person, enterprise, institution and organization” goes beyond the concept of discretion and has a subjective nature in relation to the adoption of the said decision. Accordingly, the judge’s discretion concerns the establishment of: firstly, the facts that appear to the judge necessary to resolve the dispute substantially; secondly, the way of resolving a dispute; and thirdly, the very regulation to be applied in this particular case¹⁶.

Although the Criminal Procedure Code provides for a personal bail (Art. 180), it consists in the provision by individuals, considered to be trustworthy by the investigating judge and by the court, a written commitment that they go bail for the performance of assigned obligations by suspected or accused person¹⁷. At the same time, it is impossible to equal the functions assigned to administrative courts and functions assigned to courts that hear criminal proceedings.

The next is, regarding the obligation of a foreigner and stateless person to stand bail, this measure also raises a lot of questions regarding the amount of bail, which is determined by the court, taking into account the property and family status of a foreigner or stateless person. Currently, the impartial procedure for determining the property status of a foreigner or a stateless person in Ukraine is not established by law. However, the limits of the bail are established pursuant to Part 7 of Art. 289. The bail is determined by the court taking into account the property and family status of a foreigner or stateless person in the range from one hundred to two hundred amount of the subsistence level for able-bodied persons and is paid to the account within five working days from the day of adoption of the decision about the bailment by the court. (starting from December 1, 2018, the subsistence level is equal to 1853 UAH, respectively, the amount of the bail varies from 1853000 UAH to 3706000 UAH, the limit exceeds 100 thous. US dollars). So, the judge is entitled to establish the limits of the bail at his/her discretion. In consideration of Art. 9 of the Administrative Court Procedure Code of Ukraine, administrative courts adopt measures prescribed by law that are necessary to clarify all the circumstances of the case, including the identification and reclaim of evidence on their own initiative, as well as the court examines administrative cases, not merely according to the statement of claim filed accordingly to the Code, within the limits of the claims. The court may go beyond the requirements of the claim, if it is necessary for the efficient protection of rights, freedoms,

¹⁶ І Марочкін та інші, *Статус суддів: учбово-практичний посібник* (Марочкін І ред, Вид-во 2006) 356.

¹⁷ Кримінальний кодекс України (н 8).

rights of the person and citizen, other holders of rights in the field of public-legal relations from violations on the part of authorities. Accordingly, in the case of the application of measures applied to foreigners and stateless persons during detention and compulsory deportation, the main purpose and function is the protection of the right of the authorized person or (i) the public order. Consequently, it follows that in the substantive aspect the measure applied by the court must ultimately give rise to the substantive consequences for the parties in the field of public-legal relations. On this occasion, we would like to point out that in view of the above, we consider that issues of compulsory deportation and detention of foreign citizens and stateless persons should be subordinated to courts of general jurisdiction, since these issues are not covered by the tasks of administrative legal proceedings.

Fourthly, Clause 13 of Art. 289 provides for “the conditions upon which it is impossible to provide for the compulsory deportation of a person”, namely: 1) the lack of cooperation between a foreigner or a stateless person during the procedure for his/her identification; 2) lack of information from the country of citizenship of the foreigner or the country of origin of the stateless person or documents necessary for identification of the person. In this regard, it is necessary to recall the fundamental principles of law – the inevitability of punishment and legitimacy in the application of measures of state coercion. It is the inevitability of punishment that is the most effective measure restrains the individual from malfeasances. The inevitability of punishment is also an indicator of respect for the law, and therefore the legislator is obliged to develop and implement such a system of enforcement measures that makes impossible not to comply with this principle. Recognition of the impossibility of the enforcement of compulsory deportation is an indicator of the weakness of the state, and it can not be admitted and accepted.

In view of the aforesaid, it should be noted that two kinds of legal responsibility – prospective (positive) and retrospective (negative) are generally determined in legal theory of Ukraine. The prospective (positive) legal responsibility is a fulfillment of duties towards the society, constitutional state, group of persons and particular person in good faith. The retrospective (negative) legal responsibility includes the specific legal relations between the state and the offender as a result of state and legal coercion characterized by disapproval of the offence and the offender, assignment of obligation to the offender to be subjected to the imprisonment and unfavorable consequences of personal, material, organizational nature for the offence committed by him/her.

Today there is a negative transformation of implementation of prospective (negative) liability of person for actions (omission to act) that were not and

would never be performed by him/her, but only for thoughts and intentions. We believe, that it is not a correct practice due to the fact that it defies a principle of the administrative law presented in the form of statement that the liability may be incurred only for objectified behavior of person, i.e. for his/her activity or omission to act. In such a case, his/her thoughts and intention that were not implemented by him/her can not be considered as the reasons for legal assessment.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Kolpakov V, *Administratyvno-deliktnyi pravovyi fenomen [Administrative Delict Law Phenomenon]* (Iurinkom Inter 2004) (in Ukrainian).
2. Malko A, *Novye javlenija v politiko-pravovoj zhizni Rossii: voprosy teorii i praktiki [New Phenomenons in the Political and Legal Life of Russia: Questions of Theory and Practice]* (VUiT 1999) (in Russian).

Edited books

3. Vytruk N, 'Yurydicheskyi mekhanizm realizatsyy prav lychnosti' ['Legal Mechanism to Exercise Individual Rights'] v *Realizatsiya prav hrazhdan v uslovyakh razvytoho sotsyalyzma [Realization of the Rights of Citizens in the Conditions of Developed Socialism]* (Nauka 1983) (in Russian).
4. Marochkin I ta inshi, *Status suddiv: uchbovo-praktychnyi posibnyk [Status of Judges: Educational and Practical Guide]* (Marochkin I red, Vyd-vo 2006) (in Ukrainian).

Оксана Кузьменко
Вікторія Чорна

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ РОЗГЛЯДУ
АДМІНІСТРАТИВНИМИ СУДАМИ ПРОВАДЖЕННЯ
У СПРАВАХ ЗА АДМІНІСТРАТИВНИМИ ПОЗОВАМИ
З ПРИВОДУ ПРИМУСОВОГО ПОВЕРНЕННЯ
ЧИ ПРИМУСОВОГО ВИДВОРЕННЯ ТА ЗАТРИМАННЯ ІНОЗЕМЦІВ
АБО ОСІБ БЕЗ ГРОМАДЯНСТВА

АНОТАЦІЯ. Питання щодо зростання кількості іноземців та осіб без громадянства, які незаконно перебувають на території України, особливо актуальні на сьогодні і, на жаль, їх актуальність буде зростати. Нині питання примусового повернення і видворення віднесено до юрисдикції адміністративних судів. Таким чином, реалізуючи передбачені законом повноваження, адміністративні суди у визначеному законом процесуальному порядку вирішують публічно-правові спори за позовами суб'єктів владних повноважень про вжиття заходів примусового характеру, які пе-

редбачені статтями 288–289 Кодексу адміністративного судочинства України (КАС України).

Метою статті є розкриття проблемних питань розгляду адміністративними судами провадження у справах за адміністративними позовами з приводу примусового повернення чи примусового видворення та затримання іноземців або осіб без громадянства.

Для її досягнення у статті досліджені погляди вчених-адміністративістів на розуміння і кореляцію відповідних понять (адміністративне судочинство, провадження у справах за адміністративними позовами з приводу примусового повернення чи примусового видворення та затримання іноземців або осіб без громадянства); норми КАС України; положення інших нормативних документів.

Підкреслено, що зміст захисту прав і свобод становить діяльність, що спрямована на усунення перешкод у здійсненні прав і свобод, на боротьбу з невиконанням корелятивних обов'язків і зловживанням правом.

Аргументовано, що відповідальність може наступати лише тільки за об'єктивовану поведінку людини, тобто за її діяльність або бездіяльність, а думки та наміри, що не набули вираження поза нею, розглядатись як підстави для правової оцінки не можуть. Наголошено, що до завдання адміністративних судів не входить охорона від протиправних діянь, усунення їх причин та умов, що сприяють адміністративно-деліктним посяганням.

Аргументовано, що суддівський розсуд стосується встановлення: по-перше, фактів, що уявляються судді необхідними для вирішення спору по суті; по-друге, способу вирішення спору; по-третє, самої норми, що підлягає застосуванню у цьому конкретному випадку.

У результаті автори дійшли висновку, що сьогодні відбувається негативна трансформація запровадження перспективної (негативної) відповідальності особи, за дії (бездіяльність), що вона не вчинила і може ніколи не вчинити, а лише за думки та наміри. Це, на наше переконання, є неправильним, оскільки порушує принцип адміністративного права, що проявляється у вигляді твердження, що відповідальність може наступати лише за об'єктивовану поведінку людини, тобто за її діяльність або бездіяльність, а думки та наміри, що не набули вираження поза нею, розглядатись як підстави для правової оцінки не можуть.

Ключові слова: адміністративне право; адміністративна відповідальність; адміністративне судочинство; адміністративно-деліктний процес; відносини адміністративних зобов'язань; санкція; діяння; іноземець.



Дмитро Лученко

доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)
luchenkodv@gmail.com

УДК 342.9

ПРАВОВА ПРИРОДА ПОЗОВУ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

АНОТАЦІЯ. Стаття присвячена дослідженню правової природи позову в адміністративному судочинстві. Автор, констатуєчи безсумнівну важливість позовної процесуальної форми в адміністративному судочинстві, яка забезпечує ефективний захист порушених прав і свобод приватних осіб у спорах із суб'єктами владних повноважень, звертає увагу на ту обставину, що доктринальне розуміння правової природи цього інституту є недостатньо розробленим, а більшість учених не можуть дійти консенсусу з приводу характеристики його субстантивних ознак. З огляду на вказане, у статті наголошується на тому, що дослідження правової природи адміністративного позову є актуальним питанням сучасної науки адміністративного права.

Метою статті є визначення правової природи адміністративного позову як процесуальної підстави оскарження та засобу захисту прав фізичних і юридичних осіб у спорах із носіями публічної влади – суб'єктами владних повноважень у розумінні Кодексу адміністративного судочинства України (КАС України).

Автор розглядає наукові підходи до розуміння правової природи адміністративного позову. Так, у межах цього аналізу досліджуються напрацювання вчених, які відстоюють, по-перше, суто процесуальне бачення адміністративного позову і зосереджують увагу лише на дослідженні його структури; по-друге, які намагаються надати характеристику адміністративному позову крізь призму адміністративно-правового спору, тобто аналізуючи його матеріально-правову природу; по-третє, які відстоюють синтетичну природу адміністративного позову. Відповідно до цього підходу характеристика адміністративного позову впливає із його дуалістичного розуміння, що означає поєднання матеріально-правових та процесуальних ознак при його визначенні. Матеріально-правовий аспект адміністративного позову охоплює вимогу позивача до відповідача, яка виникає у зв'язку з матеріально-правовими відносинами між позивачем – фізичною чи юридичною особою і суб'єктом публічно-владних повноважень із приводу здійснення останнім публічного управління. Процесуальний аспект адміністративного позову, зі свого боку, стосується виняткової вимоги, що подається позивачем до адміністративного суду.

У зв'язку з цим автор здійснює спробу виокремити найбільш характерні ознаки адміністративного позову, до яких відносить: 1) спрямованість на вирішення адміністративно-правового спору; 2) наявність відповідача – суб'єкта публічно-владних повноважень; 3) наявність вимоги, яка заснована на способі захисту порушеного права або законного інтересу, передбаченому законом; 4) наявність порушень прав чи свобод приватних осіб, які вчинені внаслідок рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта публічно-владних повноважень; 5) адміністративний позов є вимогою особи про захист її прав, скерованою до суду; 6) структуру позову утворюють зміст, предмет і підстави позову.

Ключові слова: адміністративне судочинство; адміністративний позов; адміністративно-правові спори.

Розв'язання судом адміністративно-правових спорів між фізичними і юридичними особами та суб'єктами публічно-владних повноважень відбувається з використанням позовної процесуальної форми. У судовому адміністративному процесі, як і в процесі цивільному чи господарському, поняття позову займає центральне місце. Чітке розуміння правової природи цього інституту має важливе значення для його ефективного використання з метою захисту порушених прав і свобод приватних осіб у порядку адміністративного судочинства. Це актуалізує в науці адміністративного права дослідження природи адміністративного позову, його ознак і структури.

Дослідженню правової природи адміністративного позову були присвячені праці таких науковців, як Л. Гончар, Ю. Дорохіна, І. Зайцев, О. Зеленцов, Т. Коломоєць, О. Константи́й, В. Лукашевич, Г. Осокіна, Ю. Педько, Н. Писаренко, Ю. Попова, Ю. Старілов та ін. Водночас і сьогодні природа адміністративного позову залишається не повністю дослідженою. Остання теза яскраво проявляється у двох моментах. По-перше, в літературі немає єдиного підходу до того, що розуміти під адміністративними позовами. Одні дослідники приділяють увагу позовам, у яких позивачем є приватні особи¹, а відповідачем – носії владних повноважень; другі під адміністративним позовом розуміють передусім позов, що подається у зв'язку з притягненням правопорушника до адміністративної відповідальності (хоча таке твердження є, принаймні, дискусійним, зокрема, і на рівні європейського правового досвіду)²; треті намагаються об'єднати різні види позовів у єдину систему³. О. Константи́й розглядає адміністративний позов як засіб захисту прав, свобод та законних інтересів в адміністративному судочинстві відповідно до кате-

¹ Ю Попова, *Судопроизводство по делам, возникающим из публично-правовых отношений (теоретические проблемы)* (КГАУ 2002) 38-44.

² Г Осокіна, *Иск (теория и практика)* (Городец 2000) 192.

³ А Зеленцов, *Субъективное публичное право: учебное пособие* (РУДН 2012) 146.

Дмитро Лученко

горій справ, які розглядаються адміністративними судами, і видів позовів, що випливають із тексту Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України)⁴. Ю. Старилов взагалі використовує поняття “адміністративний позов” й “адміністративна скарга” як синоніми⁵, хоча ці поняття відображають різні засоби захисту прав і відповідні процесуальні форми. Інша річ, що й законодавець часто припускається такої помилки. Наприклад, у ст. 288 Кодексу України про адміністративні правопорушення, в якій ідеться про оскарження постанов у справі про адміністративне правопорушення, вживається поняття “скарга”, хоча у випадку оскарження до суду зазвичай використовується позовна процесуальна форма і відповідні справи розглядаються адміністративним судом у порядку позовного провадження. По-друге, навчальна література з судового адміністративного процесу взагалі не зупиняється на розкритті питання адміністративного позову, а лише дублює відповідні положення КАС України⁶.

З огляду на наведене вважаємо за необхідне акцентувати увагу на особливостях нашого предмета дослідження задля коректного сприйняття його результатів, викладених нижче. Підкреслимо, що ми не маємо на меті у своїх міркуваннях охопити всі види адміністративних позовів, створити загальну теорію позову в адміністративному судочинстві.

Метою дослідження є визначення правової природи адміністративного позову як процесуальної підстави оскарження і засобу захисту прав фізичних та юридичних осіб у спорах із носіями публічної влади – суб’єктами владних повноважень у розумінні ст. 4 КАС України. Окремі з викладених нижче висновків можуть бути загальними і мати значення для інших видів адміністративних позовів (наприклад, позовів у справах, де позивачем і відповідачем виступають суб’єкти публічно-владних повноважень), інші ж є спеціальними і стосуються тільки розглядуваного нами виду адміністративного позову.

Слід зазначити, що підходи вчених-адміністративістів до характеристики адміністративного позову можна згрупувати у три основні напрями.

Перший напрям, який умовно можна назвати “класичним”, полягає у вивченні адміністративного позову з процесуального боку за зразком вчення про позов, сформульованого представниками науки цивільного процесу. У межах цього напрямку увага вчених зосереджена на проблематиці структури адміністративного позову: двочленній (предмет і

⁴ О Константи́й, *Проблеми захисту в адміністративному судочинстві суб’єктивних прав, свобод і законних інтересів* (Істина 2015) 273-87.

⁵ Ю Старилов, *Административные суды в России: новые аргументы “за” и “против”* (Норма 2004) 121.

⁶ Е Демський, *Адміністративне процесуальне право України: навчальний посібник* (Юрінком Інтер 2008) 496.

підстава)⁷ чи тричленній (предмет, підстава, зміст)⁸. Показово, що ця дискусія фактично повторює аналогічні спори, які вже тривалий час точаться у цивільній процесуальній науці⁹. О. Беяневич справедливо критикує цей підхід, називаючи його малоефективним, оскільки в його межах (а точніше – виключно в його межах) не можна з'ясувати особливості, специфіку цієї адміністративної процесуальної форми¹⁰. На підтвердження такої думки можна також згадати, що за вказаною схемою (предмет, підстава, зміст) адміністративний позов розглядають і вчені-процесуалісти, які відносять провадження в адміністративних справах до цивільного процесу і, відповідно, не вбачають різниці між адміністративним і цивільним позовами¹¹.

Другий напрям полягає у спробах охарактеризувати адміністративний позов крізь призму адміністративно-правового (публічно-правового) спору, процесуальним способом вирішення якого є позов. Таке розуміння адміністративного позову пропонує О. Беяневич¹². Підтримуючи необхідність з'ясування природи спору і спірних відносин, у зв'язку з якими одна зі сторін звертається з позовом до адміністративного суду, утім, вважаємо за необхідне відзначити, що й у цьому разі уявлення про адміністративний позов має лише фрагментарний характер, оскільки позовна форма провадження в адміністративному судочинстві має і суто процесуальні особливості (наприклад, особливості правового статусу позивача і відповідача). Крім того, слід враховувати, що адміністративний позов – не єдиний процесуальний спосіб вирішення адміністративно-правових (публічно-правових) спорів. При розгляді останніх в адміністративному порядку в Україні застосовується адміністративна скарга, натомість в окремих країнах Співдружності Незалежних Держав форма скарги є також і процесуальною формою у провадженні адміністративних справ у суді.

Третій напрям представлений у працях О. Зеленцова, І. Зайцева, Ю. Попової та інших учених, які намагаються поєднати перші два напрями, аналізуючи й особливості спорів, що вирішуються в адміністративному судочинстві, і суто процесуальні особливості адміністративного позову. Наприклад, ознаки адміністративного позову, які виокремлює

⁷ О Пасенюк (заг ред), *Адміністративна юстиція України: проблеми теорії і практики. Настільна книга судді* (Істина 2007) 194.

⁸ Т Коломоець та В Лукашевич та Ю Дорохіна, *Забезпечення прав юридичних осіб в адміністративних провадженнях* (Істина 2011) 140.

⁹ В Комаров та Д Лупсеник та П Радченко, *Позовне провадження: монографія* (Комаров В заг ред, Право 2011) 202.

¹⁰ Е Беяневич, 'К вопросу о понятии административного иска по процессуальному праву Украины' в Рожкова М (отв ред), *Иски и судебные решения* (Статут 2009) 137.

¹¹ В Комаров та В Бігун та В Баранкова, *Курс цивільного процесу: підручник* (Комаров В заг ред, Право 2011) 1167-99.

¹² Беяневич (н 10) 136.

Дмитро Лученко

Ю. Попова, охоплюють характеристику правовідносин, із яких виникає адміністративно-правовий спір, сторін у справі, порушеної внаслідок подання позову, предмета позову, предмета, способу і цілей судового захисту тощо¹³.

Останній із названих нами підходів видається найбільш продуктивним. Як зазначає О. Константи́й, сучасні українські вчені-адміністративісти одностайно підтримують дуалістичну концепцію поняття позову¹⁴, який охоплює матеріально-правовий і процесуально-правовий аспекти. Перший аспект змушує розглядати адміністративний позов як вимогу позивача до відповідача, яка виникає у зв'язку з матеріально-правовими відносинами між позивачем – фізичною чи юридичною особою і суб'єктом публічно-владних повноважень з приводу здійснення останнім публічного управління. Другий аспект привертає увагу до адміністративного позову як вимоги, що подається позивачем до адміністративного суду.

Тим самим дослідження природи адміністративного позову як процесуального способу захисту прав особи вимагає привернення уваги до низки його ознак, достатніх для того, щоб відмежувати адміністративний позов, з одного боку, від інших видів позовів (для вітчизняного законодавства це актуально в аспекті відмежування цивільного й адміністративного позовів), а з другого – від інших процесуальних форм при захисті прав приватних осіб у відносинах із суб'єктами публічно-владних повноважень.

До ознак адміністративного позову можна віднести такі:

1. Адміністративний позов спрямований на вирішення адміністративно-правового спору. Подання адміністративного позову фіксує існування між сторонами спору й одночасно визначає намір скаржника вирішити цей спір у судовому порядку. Подання адміністративного позову, оформленого належним чином, також розглядається як юридичний факт, який є підставою для виникнення адміністративно-правових процесуальних відносин оскарження і початку судового провадження із розгляду позову.

2. Відповідачем за адміністративним позовом у цій категорії справ є носій влади – суб'єкт публічно-владних повноважень.

3. Адміністративний позов містить вимогу сторони, що вважає свої права або охоронювані законом інтереси порушеними, засновану на способі захисту такого права або законного інтересу, передбаченому законом. Натомість цивільний позов або позов у господарській справі може

¹³ Попова (н 1) 44.

¹⁴ Константи́й (н 4) 284-5.

містити вимогу, засновану на способі захисту права, передбаченому у договорі (ч. 2 ст. 16 Цивільного кодексу України¹⁵).

4. Адміністративний позов подається у зв'язку з захистом прав, свобод і законних інтересів позивача, що впливає із завдання адміністративного судочинства, сформульованого у ч. 1 ст. 2 КАС України. Наведена ознака адміністративного позову вимагає від позивача формулювання у заяві, як саме його права, свободи чи законні інтереси порушені рішеннями, діями чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень. При цьому, якщо для правозастосовних актів (або актів тлумачення права, де закон дозволяє їх оскарження, наприклад, податкові консультації), дій або бездіяльності вимагається існування реального порушення прав заявника, то при оскарженні нормативно-правового акта йтися може про ймовірне порушення прав, але ця ймовірність має бути реальною, а не гіпотетичною, тобто позивач має перебувати у правовідносинах, в яких може бути застосований певний нормативно-правовий акт, а не посилатися на те, що він може колись вступити в такі відносини. Це впливає із ч. 2 ст. 264 КАС України, згідно з якою право оскаржити нормативно-правовий акт мають особи, щодо яких його застосовано, а також особи, які є суб'єктом правовідносин, у яких буде застосовано цей акт.

5. Адміністративний позов становить вимогу про захист прав, свобод, законних інтересів заявника, подану до адміністративного суду (або суду, який розглядає адміністративні справи, якщо у державі не створено системи судів адміністративної спеціалізації). У літературі вказано на різні підходи до того, кому саме адресує свою вимогу позивач – судові чи протилежній стороні у справі, адже процесуально позов розглядається судом, але з матеріального боку містить вимогу, яка стосується саме відповідача у справі (скасування рішення, вчинення дії тощо). О. Зеленцов вважає, що адміністративний позов є вимогою особи про захист її прав, скерованою до суду¹⁶. Натомість інші науковці дотримуються думки, що позов – це вимога позивача до відповідача, звернена через суд¹⁷. Ми вважаємо перший підхід більш виваженим, оскільки, з одного боку, адміністративний позов подається судові і, відповідно, не може розглядатися виключно як вимога особи до суб'єкта публічно-владних повноважень, а з другого – адміністративний позов є процесуальним оформленням певних матеріально-правових вимог (вимог, що впливають зі спору про право адміністративне), а отже, повинен визначатись як вимога позивача до адміністративного суду про захист його прав.

¹⁵ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 15.03.2019).

¹⁶ Зеленцов (н 3) 121.

¹⁷ Комаров та Луспенник та Радченко (н 9) 218.

Дмитро Лученко

б. Адміністративний позов має свою структуру. Л. Коваль зазначив, що структуру позову утворюють предмет і підстави позову¹⁸. З такою структурою фактично погоджується і О. Беляневич, хоча вона й не розглядає цю проблему окремо¹⁹. Натомість Т. Коломоєць, В. Лукашевич і Ю. Дорохіна пропонують структуру з трьох складових – підстава, предмет і зміст позову²⁰. Як бачимо, у науковців не викликає заперечень ідея виділення предмета і підстави позову. Спірним питанням у цьому разі є можливість виокремлення змісту як структурного елемента адміністративного позову.

Предметом адміністративного позову є матеріально-правова вимога, яку заявляє позивач, прагнучи захистити свої права і законні інтереси. Ця вимога, як уже зазначалося, має відповідати способам захисту прав, встановленим у законодавстві.

Підставою адміністративного позову є юридично значущі факти, якими позивач обґрунтовує свої вимоги. Підставу позову не слід отожднювати з доказами у справі, адже вони не становлять юридичних фактів, покладених в основу позову, а лише підтверджують їх наявність чи відсутність²¹. Так само підставу позову не становлять норми права, на які посилається позивач (таку думку висловив Л. Коваль²²), оскільки правові приписи самі собою не дають змогу вести мову про порушення прав позивача, а дають можливість суду, сторонам у справі оцінити певні юридичні факти і зрозуміти, чи мало місце порушення прав і вимог законності з боку суб'єкта владних повноважень.

У літературі зазначається, що адміністративний позов має вміщувати 'обставини виникнення та зміст публічно-правової суперечки, а саме: 1) учасники суперечливих відносин; 2) час, дата, місце, умови виникнення суперечки; 3) сутність порушених суб'єктивних прав, свобод, інтересів'²³. Інакше кажучи, схема викладення змісту позовних вимог має включати юридично значущі факти, що стосуються визначення суб'єкта владних повноважень, який своїм рішенням, дією чи бездіяльністю порушив суб'єктивні права чи охоронювані законом інтереси позивача, сутності порушення та обставин, які до цього призвели. Крім того, позивач має переконатися в наявності права звернення з позовом. Для цього потрібно звернутися не лише до положень процесуального, а й матеріального права.

www.pravoua.com.ua

¹⁸ Пасенюк (н 7) 194.

¹⁹ Беляневич (н 10) 137.

²⁰ Коломоєць та Лукашевич та Дорохіна (н 8) 140.

²¹ Комаров та Бігун та Баранкова (н 11) 518.

²² Пасенюк (н 7) 194.

²³ Т. Манн та Р. Мельник та В. Бевзенко та А. Комзюк, *Адміністративний процес: загальна частина (Федеративна Республіка Німеччина, Україна): науково-практичний посібник* (Бевзенко В за ред. Алерта 2013) 132.

Одночасно з цим навряд чи можна визначити виключний перелік фактів, які мають бути зазначені у позовній заяві. Тому пропонуване структурування є дещо умовним, конкретний набір обставин, які підлягають доведенню і встановленню судом, завжди залежить від специфіки справи, що розглядається.

Вирішуючи питання про те, чи можливо виокремити у структурі адміністративного позову зміст, ми беремо до уваги таке. Як уже зазначалося, ми підтримуємо тих фахівців, які трактують позов як вимогу позивача до відповідача, звернуту через суд. За такого розуміння адміністративний позов відображає і вимогу особи до суб'єкта владних повноважень, і вимогу до суду про захист прав особи у відносинах із суб'єктом владних повноважень. Мають рацію В. Комаров і В. Мамницький, які вказують, що поняття “зміст позову” дає змогу відобразити першу з названих вимог²⁴ (зі свого боку вимога до суду, як уже згадувалося, становить предмет позову). При цьому ми не можемо погодитися з науковцями, які під змістом позову розуміють форму судового захисту²⁵. Формою судового захисту, власне, і є позов, тобто, якщо дотримуватися цього підходу, зміст позову фактично дорівнюватиме самому позову.

Проілюструємо наведене твердження прикладом. Громадянин отримав відмову органу Пенсійного фонду України щодо перерахунку пенсії. Він звертається до адміністративного суду з позовом про скасування рішення суб'єкта владних повноважень, яким відмовлено у перерахунку, і зобов'язання здійснити перерахунок. Предметом цього адміністративного позову будуть вимоги про скасування рішення і зобов'язання здійснити перерахунок. Зміст позову становитиме вимога про проведення перерахунку. Вимоги до адміністративного позову закріплюються в ч. 1 ст. 160 КАС України.

Необхідно зазначити, що загальні вимоги до оформлення адміністративного позову не містять прямого припису позивачеві наводити правове обґрунтування заявлених вимог, зокрема й посилання на ті норми права, порушення яких припустився відповідач – суб'єкт владних повноважень. Варто також враховувати, що процесуальний закон покладає на суб'єкта публічно-владних повноважень обов'язок доказування правомірності свого рішення, дії чи бездіяльності, якщо він заперечує проти адміністративного позову (ч. 2 ст. 77 КАС України). Водночас, безперечно, позивач зазвичай прагне навести норми законодавства, які, на його думку, порушені суб'єктом публічно-владних повноважень, оскільки це посилює його правову позицію. Зазначення норм, порушених суб'єктом

²⁴ Комаров та Луспенник та Радченко (н 9) 218-9.

²⁵ Коломоець та Лукашевич та Дорохіна (н 8) 141.

Дмитро Лученко

публічно-владних повноважень, може впливати з суті позовних вимог, природи заявленого позову. Тому в позовній заяві, залежно від обставин справи, позивач має вказати норми чинного законодавства, котрі регулюють суперечливі матеріальні правовідносини, на підставі яких подано адміністративний позов і може бути відкрито провадження у справі²⁶.

Висновки. Підсумовуючи, варто зазначити, що характеристика правової природи адміністративного позову має ґрунтуватися на його дуалістичному розумінні, що означає поєднання матеріально-правових і процесуальних ознак при його визначенні. Матеріально-правовий аспект адміністративного позову охоплює вимогу позивача до відповідача, яка виникає у зв'язку з матеріально-правовими відносинами між позивачем – фізичною чи юридичною особою і суб'єктом публічно-владних повноважень з приводу здійснення останнім публічного управління. Процесуальний аспект адміністративного позову, зі свого боку, стосується винятково вимоги, що подається позивачем до адміністративного суду.

У зв'язку з цим до переліку основних ознак, притаманних адміністративному позову, входять: 1) спрямованість на вирішення адміністративно-правового спору; 2) наявність відповідача – суб'єкта публічно-владних повноважень; 3) адміністративний позов містить вимогу, яка заснована на способі захисту порушеного права або законного інтересу, передбаченому законом; 4) наявність порушень прав чи свобод приватних осіб, які вчинені внаслідок рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта публічно-владних повноважень; 5) адміністративний позов є вимогою особи про захист її прав, скерованою до суду; 6) структуру позову утворюють зміст, предмет і підстави позову.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Demskyi E, *Administratyvne protsesualne pravo Ukrainy: navchalnui posibnyk [Administrative Procedural Law of Ukraine: Tutorial]* (Yurinkom Inter 2008) (in Ukrainian).
2. Kolomoiets T ta Lukashevych V ta Dorokhina Yu, *Zabezpechennia prav yurydychnykh osib v administratyvnykh provadzhenniakh [Ensuring the Rights of Legal Entities in Administrative Proceedings]* (Istyna 2011) (in Ukrainian).
3. Konstantyi O, *Problemy zakhystu v administratyvnomu sudochynstvi subiektyvnykh prav, svobod i zakonnykh interesiv [Problems of Protection in Administrative Proceedings of Subjective Rights, Freedoms and Legitimate Interests]* (Istyna 2015) (in Ukrainian).

²⁶ Манн та Мельник та Бевзенко та Комзюк (н 23) 132.

4. Osokina G, *Isk (teorija i praktika) [Claim (Theory and Practice)]* (Gorodec 2000) (in Russian).
5. Popova Ju, *Sudoproizvodstvo po delam, vznikajushhim iz publichno-pravovyh otnoshenij (teoreticheskie problemy) [Proceedings in Cases Arising from Public Relations (Theoretical Problems)]* (KGAU 2002) (in Russian).
6. Starilov Ju, *Administrativnye sudy v Rossii: novye argumenty "za" i "protiv" [Administrative Courts in Russia: New Arguments "For" and "Against"]* (Norma 2004) (in Russian).
7. Zelencov A, *Sub'ektivnoe publichnoe pravo: uchebnoe posobie [Subjective Public Right: Tutorial]* (RUDN 2012) (in Russian).

Edited books

8. Beljanevich E, 'K voprosu o ponjatii administrativnogo iska po processual'nomu pravu Ukrainy' ['On the issue of the notion of an administrative claim on the procedural law of Ukraine'] v Rozhkova M (otv red), *Iski i sudebnye reshenija [Claims and Court Decisions]* (Statut 2009) (in Russian).
9. Komarov V ta Bihun V ta Barankova V, *Kurs tsyvilnoho protsesu: pidruchnyk [Civil Process Course: Tutorial]* (Komarov V zah red, Pravo 2011) (in Ukrainian).
10. Komarov V ta Luspenyk D ta Radchenko P, *Pozovne provadzhennia: monohrafiia [Action Proceedings: Monograph]* (Komarov V zah red, Pravo 2011) (in Ukrainian).
11. Mann T ta Melnyk R ta Bevzenko V ta Komziuk A, *Administrativnyi protses: zahalna chastyna (Federativna Respublika Nimechchyna, Ukraina) [Administrative process: the common part (Federal Republic of Germany, Ukraine)]* (Bevzenko V zah red, Alerta 2013) (in Ukrainian).
12. Paseniuk O (zah red), *Administrativna yustytisia Ukrainy: problemy teorii i praktyky. Nastilna knyha suddi [Administrative Justice of Ukraine: Problems of Theory and Practice. Judge's Desk Book]* (Istyna 2007) (in Ukrainian).

Dmytro Luchenko

LEGAL NATURE OF ADMINISTRATIVE ACTION
IN THE ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

ABSTRACT. The article aims at studying the legal nature of legal action in the administrative proceedings. Noting the undisputed importance of legal action as a procedural form in the administrative proceedings ensuring efficient protection of violated rights and freedoms of individuals in disputes with subjects vested with power, the author emphasizes the fact that the doctrinal understanding of the legal nature of this institution is insufficiently elaborated, and most scholars are unable to reach a consensus on the characteristics of its substantive features. Given this, the article highlights that exploration of the legal nature of administrative action is a topical issue of modern administrative law science.

The purpose of the article is to determine the legal nature of administrative action as a procedural basis for appeal and a means of protecting the rights of individuals and legal entities in disputes with holders of public power – subjects vested with power in the meaning of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine (CAP of Ukraine).

The author reviews scientific approaches to the understanding of the legal nature of administrative action. Thus, within the framework of this analysis, the article studies the achievements of scholars who defend, firstly, a purely procedural vision of administrative

Дмитро Лученко

action and focus only on the study of its structure; secondly, those who attempt at characterizing administrative action through the prism of the administrative legal dispute, i.e., by analyzing its substantive-law nature; thirdly, those who argue for the synthetic nature of administrative action. Such an approach implies that characterization of administrative action ensues from its dualistic understanding, which means a combination of substantive-law and procedural features in its definition. The substantive-law aspect of administrative action covers the claimant's claim against the defendant which arises in connection with the substantive-law relations between the claimant – an individual or a legal entity and a subject vested with public power with regard to the latter's exercise of public administration. In its turn, the procedural aspect of administrative action relates exclusively to the claim filed by the claimant to the administrative court.

In this regard, the author attempts at marking out the most characteristic features of administrative action by reckoning among them: 1) focus on resolving an administrative legal dispute; 2) presence of the defendant – the subject vested with public power; 3) presence of a claim which is based on the method of protecting a violated right or legitimate interest as provided for by law; 4) presence of violations of rights or freedoms of individuals which are committed as a result of decisions, actions or omissions of the subject vested with public power; 5) administrative action is an individual's request for the protection of his/her rights which is filed to the court of law; 6) the structure of administrative action is formed by the content, subject matter and grounds of the action.

KEYWORDS: administrative proceedings; administrative action; administrative legal disputes.

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Створення в Україні нової судової юрисдикції – адміністративного судочинства, обумовило формування відповідного напряму наукових досліджень, серед яких особливе місце посіли питання його правової ідентифікації і співвідношення з усталеними правовими категоріями.

Враховуючи дискусії з цього приводу, найбільш актуальним для сьогоденного стану теоретичних знань про адміністративне судочинство і перспектив їх розвитку є встановлення його співвідношення з предметом адміністративного права й адміністративним процесом.

Узагальнення матеріалів дискусій дало змогу детермінувати такі позиції дослідників щодо адміністративного судочинства: по-перше, визнання його новою самостійною галуззю права; по-друге, складовою адміністративно-процесуального права, яке, зі свого боку, утворює самостійну галузь у системі права; по-третє, ототожнення його з адміністративним процесом; по-четверте, визнання складовою адміністративного процесу; по-п'яте, судовим адміністративним процесом; по-шосте, інститутом адміністративного права; по-сьоме, системоутворюючою складовою предмета адміністративного права; по-восьме, складовою сфери управлінської діяльності; по-дев'яте, інститутом адміністративного права і процесу.

Їх аналіз у контексті історико-генетичної природи і сучасного розуміння адміністративного права, адміністративного процесу, адміністративної юстиції і відповідного нормативного матеріалу дало змогу дійти висновку, що адміністративне судочинство: а) має адміністративно-правову природу; б) є системною складовою предмета адміністративного права; в) адміністративний процес – це нормативно регламентована діяльність публічної адміністрації щодо реалізації владних повноважень (TETIANA KOLOMOETS, VALERII KOLPAKOV “Legal identification of administrative procedure”).

Протиправність в адміністративному судочинстві являє собою властивість рішень, дій або бездіяльності суб'єкта владних повноважень, що відображає їхню невідповідність формальним вимогам законів та інших нормативно-правових актів, принципу верховенства права або практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), що призводить до порушення прав, свобод або інтересів фізичних осіб чи прав та інтересів юридичних осіб. Залежно від того, відносно якого параметра суб'єкта владних повноважень чи його діяльності визначається протиправність, вона може мати формальний, компетенційний, процесуальний (процедурний) або концептуальний характер.

Протиправність є основним елементом предмета доказування в адміністративному судочинстві, оскільки вона потребує обґрунтування як в адміністративному позові, так і в судовому рішенні. Однак протиправність рішень, дій або бездіяльності суб'єктів владних повноважень може констатуватись судом не тільки з погляду їх оцінки з позицій формальної законності, а й із позицій відповідності принципу верховенства права та практиці ЄСПЛ.

Для того щоб уникнути негативних для суб'єкта владних повноважень наслідків визнання їх рішень, дій або бездіяльності протиправними при дотриманні ними принципу законності, необхідно розширити передбачений ст. 245 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) перелік можливих рішень суду при задоволенні адміністративного позову такими, які дають змогу зобов'язати суб'єкта владних повноважень вчинити певні дії, спрямовані на усунення порушень прав, свобод та законних інтересів громадян без визнання відповідних рішень, дій або бездіяльності протиправними.

Крім того, необхідно на законодавчому рівні закріпити право суб'єктів владних повноважень використовувати позиції Верховного Суду, які базуються на застосуванні принципу верховенства права або практики ЄСПЛ у своїй діяльності, особливо у процесі реалізації дискреційних повноважень (Дмитро Лук'янець “Категорія протиправності в доктрині адміністративного судочинства”).

Розвиток адміністративного процесуального законодавства спрямований на розширення кола об'єктів судового захисту з метою застосування його не лише до захисту прав і свобод, а й “законних інтересів”. Водночас на практиці нині відсутні єдині підходи до порядку встановлення та оцінки наявності порушеного законного інтересу осіб при зверненні до суду. Термін “інтерес” не містить чіткого визначення у національному законодавстві. Немає чіткого та однозначного уявлення про цю категорію і в доктрині адміністративного права. Законодавець не надав також юридично-змістової характеристики поняттям “інтерес”, “законний інтерес”, “охоронюваний законом інтерес” тощо. Однак “інтерес” можна поділити за суб'єктною чи предметною ознаками.

Інтерес особи не слід ототожнювати з її суб'єктивним правом, хоча воно і є першочерговим, із якого й випливає інтерес особи. Інтереси існують поза межами суб'єктивного права, будучи при цьому нерозривно пов'язаними з ним. Одночасно в основі будь-якого суб'єктивного права є інтерес. Інтерес, навіть перебуваючи під охороною закону чи пра-

ва, на відміну від суб'єктивного права, не забезпечується юридичним обов'язком іншої сторони.

Отже, при дослідженні поняття “інтерес” першочергово слід виходити з того, що нерозривно пов'язаним елементом завжди будуть існуючі життєво важливі для суб'єкта потреби та блага. Це поняття є оціночним і в кожній конкретній ситуації повинне розглядатися судом індивідуально. Заінтересована особа має право звертатися до суду за захистом не будь-якого, а виключно легітимного інтересу, тобто такого, що не порушує права, свободи чи інтереси інших осіб. Наявність конфлікту (конкуренції) інтересів сторін у спорі не свідчить про нелегітимність їхніх інтересів.

Жоден закон не має права обмежувати доступ до правосуддя особі, інтереси якої ущемлені (порушені). Суди зобов'язані приймати від громадян заяви до розгляду навіть у випадку відсутності у законі спеціального положення про судовий захист, щоб не порушувати вимоги статей 22, 55, 64, 125 Конституції України (Михайло Смокович “Правова природа поняття ‘інтерес’ як об'єкта судового захисту в адміністративному судочинстві”).

За сучасних умов закріплення у приписах КАС України всіх обов'язкових елементів верховенства права є розумним; відповідні приписи виглядатимуть практично застосовними, оскільки наповнять сполучення слів “верховенство права” конкретним змістом, зрозумілим як представникам судової влади, так і приватним особам, вимушеним звертатися до останніх за захистом своїх прав.

Підходимо для діяльності зі здійснення правосуддя є таке “звучання” обов'язкових елементів верховенства права: 1) правосуддя має бути доступним, а суд незалежним і безстороннім; 2) суд повинен неухильно дотримуватися законів, діяти виключно у межах своїх повноважень; 3) суд має ухвалювати розумні, справедливі, обґрунтовані та позбавлені будь-яких ознак тиранії рішення; 4) при розгляді справи суд має застосовувати закон однаково для всіх; 5) суд має тлумачити закон у спосіб, що забезпечує пріоритет прав людини; 6) остаточні рішення суду не повинні піддаватися сумніву, вони мають неухильно виконуватися, зокрема й через залучення дієвих механізмів, що спонукатимуть до їх виконання.

Забезпечити дотримання наведених елементів верховенства права у судовій діяльності можна шляхом викладення у процесуальному законі правил про принципи судочинства, які розкриватимуть змістове наповнення кожного з них. Такі правила матимуть виконуваний і ла-

конічний вигляд, якщо їхні тексти включатимуть інформацію про конвенційні вимоги справедливого суду, описані з огляду на їх тлумачення ЄСПЛ. Інакше кажучи, запровадження обов'язкових елементів верховенства права гарантовано у судочинстві через вимоги ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція), які мають знайти своє відображення у його (судочинства) принципах (Надія Писаренко “Верховенство права, конвенційні гарантії справедливого суду й принципи адміністративного судочинства”).

Важливість розгляду захисту інтересів держави як важливої наукової та практичної проблеми зумовлена низкою факторів, основними з яких вважаються такі: всупереч певній термінологічно-сутнісній незвичності, у межах адміністративного судочинства захищаються не лише інтереси особи, а й інтереси держави; перенасиченість проблематикою забезпечення і захисту інтересів людини в адміністративному судочинстві та брак системних досліджень у цій царині, присвячених інтересам держави; необхідність усвідомлення тієї обставини, що, захищаючи інтереси держави, тим самим значною мірою захищаються інтереси конкретної особи: як фізичної, так і юридичної.

Важливо акцентувати увагу на тій обставині, що у держави теж є свої інтереси, які з деякою умовністю можна вважати сукупним інтересом державних інституцій, органів публічної адміністрації, які, зі свого боку, у широкому розумінні створені суспільством для сприяння реалізації прав, свобод та законних інтересів членів суспільства. Тому під правовими інтересами держави пропонується розуміти сформульовані у положеннях чинного законодавства та доктринальних документах правлячих політичних сил загальні пріоритети держави, які базуються на потребах суспільства, сучасній ідеології, та реалізуються на практиці за допомогою апарату держави.

На жаль, чинне законодавство (ст. 2 КАС України) серед завдань адміністративного судочинства не містить захисту інтересів держави. Це щонайменше не корелює із приписами ст. 19 (“Справи, на які поширюється юрисдикція адміністративних судів”) та ст. 46 (“Сторони”) КАС України, де чітко демонструється обґрунтованість сприйняття захисту інтересів держави як одного з потенційно можливих завдань адміністративного судочинства. Відповідно до цього запропоновано доповнити ст. 2 КАС України положенням про те, що одним із завдань адміністративного судочинства є захист інтересів держави (Семен Стеценко, Віталій Щавінський “Захист інтересів держави в адміністративному судочинстві як наукова та практична проблема”).

Вирішення чималої кількості проблем, які супроводжують адміністративне судочинство, перебуває у “зоні відповідальності” юридичної доктрини. Відповідно, з одного боку, очікується, що юридична наука буде продовжувати формулювати пропозиції для суддів адміністративних судів, а з другого – судді будуть користуватися ними у процесі здійснення правосуддя.

Перенесення ознак індивідуальної податкової консультації на ознаки, властиві індивідуальному акту (адміністративному акту), дає змогу зробити висновок, що індивідуальна податкова консультація підпадає під його окремі ознаки, проте це автоматично не означає, що вона може бути предметом оскарження в адміністративному суді. Це пов’язано з тим, що податкова консультація не є актом правозастосування, а виступає лише актом роз’яснення норм податкового права, а отже, не тягне за собою юридичних наслідків для приватної особи. Правовий статус платника податку (у частині наданих йому прав та покладених на нього обов’язків) після отримання ним консультації жодним чином не змінюється.

Надання податковій консультації статусу юридичного факту, що є підставою для звільнення від відповідальності платника податку, який діяв відповідно до наданих такою консультацією роз’яснень із питань практичного застосування окремих норм податкового законодавства, також не є підставою для визнання її індивідуальним актом. Неможливість притягнення платника податку до юридичної відповідальності у разі, якщо він діяв на підставі наданої йому індивідуальної податкової консультації, є наслідком, який стосується суб’єкта владних повноважень, бо він (наслідок) блокує саме його дії, пов’язані з застосуванням до платника податку юридичної відповідальності. Це правило захищає приватну особу від суб’єкта владних повноважень, покладаючи на нього додаткові обтяження (обмеження)! Його запровадження стало наслідком визнання та закріплення в українському праві принципу захисту довіри.

Відповідно до п. 53.2 ст. 53 Податкового кодексу України (далі – ПК України) індивідуальна податкова консультація може бути предметом оскарження в адміністративному суді. Однак, на наше переконання, законодавець припустився помилки, формулюючи таке правило, оскільки ним не був врахований увесь перелік ознак індивідуального (адміністративного) акта, та “проігнорована” основна умова доступу приватних осіб до адміністративного суду – наявність порушення (виникнення реальної загрози порушення) прав, свобод або законних інтересів приватної особи, викликаного рішенням, дією або бездіяльністю

суб'єкта владних повноважень. Ця вимога щодо індивідуальної податкової консультації не виконується.

Індивідуальна податкова консультація могла б “перетворитися” на адміністративний акт лише у тому випадку, якби невиконання сформульованих у ній положень стало б підставою для притягнення платника податку до юридичної відповідальності. За сучасних же положень нормативно-правових актів невиконання положень (рекомендацій), сформульованих у податковій консультації, не тягне для платника податку абсолютно ніяких наслідків, не змінює його правового статусу, віддається (у частині користування нею) повністю на вільний розсуд приватної особи.

Пункт 53.2 ст. 53 ПК України, який надає приватній особі право на оскарження до суду індивідуальної податкової консультації, має бути виключений, оскільки його положення суперечить логіці судового (адміністративного) захисту, який має (повинен) “включатися у дію” лише у разі порушення (виникнення реальної загрози порушення) прав, свобод або законних інтересів приватної особи рішенням, дією або бездіяльністю суб'єкта владних повноважень (РОМАН МЕЛЬНИК “Про допустимість оскарження в адміністративному суді індивідуальної податкової консультації (за матеріалами судової практики)”).

Механізми відшкодування, які було запроваджено у Болгарії (адміністративний – після внесення змін до Закону “Про судову владу” та судовий – після внесення змін до Закону “Про відповідальність держави та громад за завдану шкоду”) точно відповідають критеріям ЄСПЛ. Останній окремо зауважує, що адміністративний засіб правового захисту є ефективним, оскільки інспекція при Верховній раді юстиції є незалежною та об'єктивною.

25 червня 2013 р. ЄСПЛ було прийнято три рішення щодо прийнятності заяв – за скаргою № 65187/10 від Антона Антонова Балакчієва та інших (надмірна тривалість цивільного судочинства у зв'язку зі спором щодо повернення прав на майно), за скаргою № 6194/11 від Поляни Іванової Валчевої та за скаргою № 34887/11 від Еньо Николова Абрашева через надмірну тривалість кримінального судочинства. У своїх рішеннях ЄСПЛ оцінює механізми відшкодування, які було впроваджено після ухвалення двох описаних вище пілотних рішень, за загальними критеріями (існування гарантій судочинства щодо застосування їх для провадження по суті справи, витрати, швидкість, обсяг, своєчасна сплата компенсації) та доходить висновку, що обидва механізми при порівнянні – заява про компенсацію згідно з Законом “Про судову владу” та заява

про компенсацію згідно з “Законом про відповідальність держави та громадян за завдану шкоду” – можуть розглядатись як ефективні внутрішньо-державні засоби правового захисту проти надмірної тривалості розгляду справ у цивільних, кримінальних та адміністративних судах Болгарії. Скарги, з огляду на передбачені у перехідних та заключних рішеннях ретроактивні механізми, вважаються неприпустимими для заявників, які ще до набуття чинності закону подавали заяви до ЄСПЛ, через їх можливості застосувати нові засоби правового захисту (MILENA SLAVEYKOVA-RUKOVA “Der Einfluss der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte auf Normbildende und Rechtssprechungspraxis (Erfahrung des Bulgariens in Bezug auf Einführung der Kompensatorischen Mechanismen zur Sicherstellung der Gerichtlichen Beilegung der Konflikte in Einer Angemessenen Zeit)”).

Розроблення та впровадження алгоритму (послідовності) формування Касаційним адміністративним судом Верховного Суду (КАС ВС) обґрунтованих і правильних висновків в адміністративній справі залежить від обґрунтованості реалізації процесуального розсуду цим Судом під час розгляду і вирішення адміністративної справи, вчинення учасниками судового процесу процесуальних дій.

Вчинення кожної процесуальної дії, зокрема відкриття касаційного провадження, передбачає не лише перевірку відповідності фактичних обставин адміністративної справи нормам КАС України, а й належну оцінку кваліфікуючих ознак адміністративної справи, фактичних чи процесуальних обставин.

Процесуальний розсуд КАС ВС – це своєрідна “звивиста ламана” (сукупність) процесуальних дій, обумовлених фактичними обставинами, приписами й положеннями законодавства, що (процесуальні дії) у підсумку призводять до ухвалення судового рішення. З урахуванням та під впливом цих критеріїв КАС ВС, відповідно, здійснює правосуддя в умовах процесуального розсуду різних видів. Водночас ці види процесуального розсуду невіддільні один від одного у часі, оскільки при розгляді й вирішенні адміністративної справи КАС ВС постійно обирає між різновидами його процесуального розсуду. Жодних складнощів із визначенням певного виду розсуду в суду, як правило, не виникає. Утім, проблема полягає в іншому: визначити, яке з можливих рішень слід обрати, зважаючи на обставини, що склалися.

Тому для ухвалення законного й обґрунтованого судового рішення на підставі процесуального розсуду певного виду належить сформулювати вичерпний перелік критеріїв, сукупність і зміст яких визначати-

муть від судового рішення, що найповніше відповідатиме фактичним обставинам.

Процесуальний розсуд КАС ВС можна визначати як обумовлену фактичними обставинами, нормами права та судовою практикою свободу вибору КАС (адміністративним судом) одного чи кількох процесуальних рішень із тих, що передбачені нормами КАС України (Володимир Бевзенко “Зміст та види процесуального розсуду Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду”).

Стверджується, що неприпустимою є можливість прийняття таких правових актів, що задовольняють вузькополітичні зацікавленості політичних партій чи окремих політиків. Саме тому не можна допускати можливості запровадження перспективної (негативної) відповідальності за дії, які особа не вчиняла і може ніколи не вчинити. Відзначено, що в українському законодавстві є декілька нормативних актів, які передбачають перспективну (негативну) відповідальність. Наприклад, у 2011 р. було прийнято Закон України “Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства” та в 2014 р. – Закон України “Про запобігання корупції”, а також КАС України. Розглянемо зміст їх окремих приписів.

Аргументовано, що іноземного громадянина та особу без громадянства за українським законодавством можливо примусово видворити за думки та міркування. Утім, Конституція України гарантує кожному право на свободу світогляду, думок, переконань і забороняє розцінювати припущення як докази вини. Незрозуміло, у яких формах може бути об’єктивована така інформація, а також гарантії того, що особа буде ухилятися від виїзду, а не змінить останній момент своїх намірів. Таким чином, отримана інформація повинна об’єктивно й точно засвідчити наявність в іноземців замислу ухилитися від виїзду, а також містити “штамп” майбутньої протиправної поведінки.

Змістом захисту прав і свобод є діяльність, що спрямована на усунення перешкод у здійсненні прав та свобод, на боротьбу з невиконанням корелятивних обов’язків і зловживанням правом. Під охороною, зі свого боку, розуміється превентивна діяльність державних і недержавних формувань із недопущення проступків проти прав громадян, усунення причин та умов, що сприяють адміністративно-деліктним посяганням на них. Але до завдання адміністративних судів не входить охорона від протиправних діянь, усунення їх причин та умов, що сприяють адміністративно-деліктним посяганням! Обґрунтування позиції, що основною метою затримання і примусового видворення іноземців та осіб без громадянства є захист фізичних і юридичних

осіб від протиправної діяльності цієї категорії суб'єктів, але ж це не є завданням, покладеним в основу українського адміністративного судочинства! Із цього приводу варто зауважити, що питання примусового видворення і затримання іноземних громадян та осіб без громадянства повинні бути підвідомчими судам загальної юрисдикції, оскільки зазначені питання не охоплюються завданнями адміністративного судочинства.

Доведено, що сьогодні відбувається негативна трансформація за провадження перспективної (негативної) відповідальності особи, за дії (бездіяльність), що вона не вчинила і може ніколи не вчинити, а лише за думки та наміри. Це є неправильним, адже порушує принцип адміністративного права, що проявляється у вигляді твердження, що відповідальність може наступати лише за об'єктивовану поведінку людини, тобто за її діяльність або бездіяльність, а думки та наміри, що не набули вираження поза нею, розглядатись як підстави для правової оцінки не можуть (ОКСАНА КУЗМЕНКО, ВІКТОРИЯ ШОРНА "Topical issues of consideration by the administrative courts of proceedings on the cases on the administrative claims related to refoulement or compulsory deportation and detention of foreigners or stateless persons").

Розкриття правової природи адміністративного позову як процесуальної підстави оскарження та засобу захисту прав фізичних і юридичних осіб у спорах із носіями публічної влади має суттєве значення для підвищення ефективності адміністративного судочинства.

Правова природа адміністративного позову розкривається через його дуалістичне розуміння, що охоплює матеріально-правовий і процесуальний аспекти.

Матеріально-правовий аспект адміністративного позову охоплює вимогу позивача до відповідача, яка виникає у зв'язку з матеріально-правовими відносинами між позивачем – фізичною чи юридичною особою і суб'єктом публічно-владних повноважень із приводу здійснення останнім публічного управління.

Процесуальний аспект адміністративного позову стосується винятково вимоги, що подається позивачем до адміністративного суду.

До переліку основних ознак, притаманних адміністративному позову, запропоновано відносити: 1) спрямованість на вирішення адміністративно-правового спору; 2) наявність відповідача – суб'єкта публічно-владних повноважень; 3) адміністративний позов містить вимогу, яка заснована на способі захисту порушеного права або законного інтересу, передбаченому законом; 4) наявність порушень прав чи свобод приват-

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

них осіб, які вчинені внаслідок рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта публічно-владних повноважень; 5) адміністративний позов є вимогою особи про захист її прав, скерованою до суду; 6) структуру позову утворюють зміст, предмет і підстави позову.

До схеми викладення змісту позовних вимог пропонується включати юридично значущі факти, що стосуються визначення суб'єкта публічно-владних повноважень, який своїм рішенням, дією чи бездіяльністю порушив суб'єктивні права чи охоронювані законом інтереси позивача, сутності порушення та обставин, які до цього призвели (ДМИТРО ЛУЧЕНКО "Правова природа позову в адміністративному судочинстві").

*За редакцією
координаторів актуальної теми
"Національна доктрина адміністративного судочинства",
доктора юридичних наук, професора,
члена-кореспондента НАПрН України,
декана юридичного факультету
Запорізького національного університету
Тетяни Коломоєць*

*доктора юридичних наук, професора,
завідувача кафедри адміністративного та господарського права
Запорізького національного університету
Валерія Колпакова*

ВИБРАНА БІБЛІОГРАФІЯ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ
“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА
АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА”

1. Бачун О, *Правовий статус суб'єктів адміністративного судочинства* (Логос 2015).
2. Бевзенко В та інші (уклад), *Наука адміністрації й адміністративне право. Загальна частина (за викладами професора Юрія Панейка)* (Дакор 2016).
3. Бевзенко В, *Участь в адміністративному судочинстві України суб'єктів владних повноважень: правові засади, підстави та форми* (Прецедент 2010).
4. Вігье Ж, *Адміністративна юстиція* (Корнійчук А пер з фр, Конус-Ю 2008).
5. Галлиган Д Дж и другие (ред), *Административная юстиция в новых европейских демократиях: практическое исследование в сфере административного права и процесса в Болгарии, Эстонии, Венгрии, Польше и Украине* (пер с англ, АртЭк, Институт Открытого Общества 1999).
6. Гриценко І та інші (уклад), *Адміністративне право і процес УНР в екзилі: невідома правнича спадщина України* (Гриценко І ред, Дакор 2015).
7. Елистратов А, *Основные начала административного права* (2-е изд, Г А Леманъ и С И Сахаров 1917).
8. Загряцков М, *Административная юстиция и право жалобы в теории и законодательстве* (Право и жизнь 1925).
9. Ківалов С та Біла-Тіунова Л (ред), *Адміністративне судочинство в Україні: теорія, правове регулювання, практика* (Фенікс 2013).
10. Коломоець Т (ред), *Адміністративне судочинство: підручник* (Істина 2011).
11. Колпаков В та Гордєєв В, *Теорія і практика адміністративного судочинства* (Місто 2011).
12. Колпаков В та Гордєєв В, *Юрисдикція адміністративних судів*, кн 1 (Харків юридичний 2011).
13. Колпаков В та Гордєєв В, *Юрисдикція адміністративних судів*, кн 2 (Харків юридичний 2011).
14. Константий О, *Проблеми захисту в адміністративному судочинстві суб'єктивних прав, свобод і законних інтересів* (Істина 2015).
15. Корф С, *Административная юстиция в России*, 3 кн, т 1 (Тренке и Фюсно 1910).
16. Корф С, *Административная юстиция в России*, 3 кн, т 2 (Тренке и Фюсно 1910).

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 4 • 169-170

17. Кузьменко О, *Курс адміністративного процесу: навчальний посібник* (Юрінком Інтер 2012).
18. Куплеваский Н, *Административная юстиция в Западной Европе* (Унив тип 1879).
19. Лученко Д, *Механізм оскарження в адміністративному праві: теоретичні й прикладні аспекти* (Право 2017).
20. Нечитайло О (ред), *Адміністративне судочинство України: теорія та практика* (ВАІТЕ 2015).
21. Педько Ю, *Становлення адміністративної юстиції в Україні* (Інститут держави і права ім В М Корецького НАН України 2003).
22. Писаренко Н (заг ред), *Адміністративне судочинство: навчальний посібник* (Право 2016).
23. Свида О та Свида Л, *Адміністративні суди в Україні: становлення та перспективи розвитку* (Фенікс 2011).
24. Селіванов А, *Адміністративний процес в Україні: реальність і перспективи розвитку правових доктрин* (Ін Юре 2000).
25. Смокович М, *Правове регулювання розгляду виборчих спорів: теоретичний і правовий аспекти* (Юрінком Інтер 2014).
26. Стефанюк В, *Судовий адміністративний процес* (Консум 2003).
27. Чечот Д, *Административная юстиция* (Теоретические проблемы) (ЛГУ 1973).



Наталія Галецька

кандидат юридичних наук, адвокат,
старший викладач кафедри теорії права та прав людини
факультету суспільних наук
Українського Католицького Університету
(м. Львів, Україна)
natalya.haletska@ucu.edu.ua

УДК 340.13

АВТОМАТИЗАЦІЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ: ПРАВОНЮДИННИЙ АСПЕКТ

АНОТАЦІЯ. З огляду на поширеність автоматизації в усіх сферах суспільного життя та стрімкий розвиток технологій, питання автоматизації правового регулювання стає все актуальнішим. Тому автоматизація правового регулювання не є простою заміною тексту машинним кодом, а є набагато складнішим процесом, що може мати певний вплив на права людини. Враховуючи всеосяжність цих процесів, їхній аналіз із погляду впливу на права людини та верховенство права видається важливим і необхідним.

Метою статті є характеристика правової природи автоматизації правового регулювання та визначення поняття “автоматизоване правове регулювання”, виокремлення різновидів автоматизованого правового регулювання, а також аналіз їхніх переваг і недоліків з погляду впливу на права людини та верховенство права.

Досліджено правову природу автоматизації правового регулювання та надано визначення поняття “автоматизоване правове регулювання”. На підставі цього визначення виокремлюються різновиди автоматизованого правового регулювання за критерієм технологій, які використовуються. Відмінності між “класичним” правовим регулюванням і різновидами автоматизованого правового регулювання виявляються за допомогою таких критеріїв: форма опису правил, застосування класичної структури правової норми: “якщо, тоді, інакше”, спосіб отримання висновку, можливість пояснення прийнятого рішення, застосовність підходу до всіх можливих випадків (загальність). Крім того, здійснено аналіз переваг і недоліків автоматизованого правового регулювання з точки зору впливу на права людини та верховенство права у контексті таких аспектів: 1) двозначність формулювань і свобода розсуду vs. неможливість пояснення прийнятого рішення; 2) динамічне та статичне тлумачення; 3) орієнтація на цінності та принципи vs. орієнтація на прописані правила та закономірності; 4) забезпечення доступу до правосуддя для найменш захищених верств населення та зменшення бюджетних витрат.

© Наталія Галецька, 2019

Наталія Галецька

Визначено поняття “автоматизоване правове регулювання” як використання програмних і програмно-апаратних комплексів з інформаційною метою чи з метою настання певних юридичних наслідків. Встановлено, що автоматизація може мати різні форми залежно від різновиду технологій, зокрема такі різновиди: автоматизоване правове регулювання, засноване на правилах (*rule-based legal regulation*), та автоматизоване правове регулювання, засноване на даних (*data-based legal regulation*). З’ясовано, що при автоматизації правового регулювання можливі певні негативні наслідки, як-от: неможливість пояснення висновку, що згенерований системою; неврахування змінних зовнішніх обставин, тобто неможливість застосування динамічного підходу до тлумачення; неможливість інкорпорації в автоматизовані системи певних ціннісних орієнтирів, що відображені у принципах права; потенційна дискримінація найменш захищених верств з огляду на складнощі оскарження висновку автоматизованої системи.

Ключові слова: правове регулювання; соціальне регулювання; тлумачення правових норм; правозастосування; автоматизоване правове регулювання, засноване на правилах; автоматизоване правове регулювання, засноване на даних.

Із розвитком інформаційних технологій, бумом *legal tech* стартапів, одночасною обмеженістю бюджетних ресурсів, активною боротьбою з корупцією та необхідністю покращити доступ до адміністративних послуг і правосуддя, питання автоматизації правового регулювання стає все актуальнішим. Наприклад, запровадження системи логічного та арифметичного контролю декларацій Єдиного державного реєстру декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування або запуск системи автоматичного блокування податкових накладних стали предметом судових спорів та гарячих дискусій у суспільстві. Тому автоматизація правового регулювання не є простою заміною тексту машинним кодом, а є набагато складнішим процесом, що може мати певний вплив на права людини. З огляду на наведене, аналіз автоматизації правового регулювання з точки зору впливу на права людини та забезпечення верховенства права видається важливим і необхідним.

Стосовно стану наукового опрацювання окресленої вище проблематики, то питання автоматизації правового регулювання та аналізу впливу такої автоматизації на верховенство права активно обговорюється за межами України, зокрема, у працях таких науковців, як К. Єунг¹, Е. Баямліоглу та Р. Лінс², М. Гільдебрандт³, а також Л. Лессіг⁴. При цьому

www.pravoua.com.ua

¹ K Yeung, ‘Algorithmic regulation: a critical interrogation’ (2017) 85 Regulation & Governance. doi: 10.1111/rego.12158.

² Emre Bayamlioglu & Ronald Leenes, ‘The “rule of law” implications of data-driven decision-making: a techno-regulatory perspective’ (2018) 10:2 Law, Innovation and Technology 295-313. doi: 10.1080/17579961.2018.1527475.

³ Mireille Hildebrandt, ‘Algorithmic regulation and the rule of law’ (2018) 376 Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences. <http://doi.org/10.1098/rsta.2017.0355>.

⁴ L Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0* (Basic Books 2006).

в українській правничій літературі О. Баранов⁵, І. Городиський⁶, М. Карчевський⁷ аналізують різні аспекти правового регулювання штучного інтелекту загалом, що є частиною проблематики автоматизації правового регулювання. Тому, як видається, це питання все ще потребує глибшого та ціліснішого дослідження.

Метою дослідження є характеристика правової природи автоматизації правового регулювання та визначення поняття “автоматизоване правове регулювання”, виокремлення різновидів автоматизованого правового регулювання, а також аналіз їх переваг і недоліків з погляду впливу на права людини та верховенство права.

Із розвитком технологій виникла можливість і потреба створити такі програми та системи, які автоматизували й пришвидшували б відносин між суб'єктами цих відносин. Так, створення в Україні Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань мінімізує потребу суб'єктів права звертатися до держави для перевірки своїх контрагентів. Іншим прикладом може слугувати уможливлення отримання адміністративної послуги віддалено з використанням електронного цифрового підпису. Варто зауважити, що за межами України використовуються програмні системи для визначення виду покарання за правопорушення. Як видається, ці приклади можна розглядати як певну автоматизацію правового регулювання.

Доцільно зазначити, що дуже часто на позначення досліджуваного явища також вживаються поняття “діджиталізація” та “інформатизація”, “е-урядування” нарівні з поняттям “автоматизація”. Для зручності пропонується використовувати поняття “автоматизація”. Тому важливо зрозуміти, чи використання програм (наприклад, реєстрів, програм оцінки ризиків повторення правопорушення тощо) та програмно-апаратних комплексів (наприклад, системи відеоспостереження з вбудованими камерами, що фіксують певні процеси чи розпізнають осіб), назвемо їх “автоматизовані системи”, є різновидом правового регулювання чи самостійними соціальними регуляторами, нарівні з правовими.

Для цього видається доцільним з'ясувати поняття правового регулювання. Традиційно правові норми розглядаються як один із видів соціальних регуляторів, поряд із мораллю, звичаєм тощо, а соціальне регулювання визначається як ‘безпосередній процес цілеспрямованого

⁵ О. Баранов, ‘Інтернет речей і штучний інтелект’ в *Збірник матеріалів II Міжнародної науково-практичної конференції* (НУ “Львівська політехніка” 2017) 318.

⁶ І. Городиський, ‘Тенденції розвитку правового регулювання штучного інтелекту в Європейському Союзі’ в *Збірник матеріалів II Міжнародної науково-практичної конференції* (НУ “Львівська політехніка” 2017) 318.

⁷ М. Карчевський, ‘Правове регулювання соціалізації штучного інтелекту’ (2017) 2 *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка* 99-108.

Наталія Галецька

впливу на поведінку людей⁸. При цьому під правовим регулюванням розуміється ‘впорядкування поведінки учасників суспільних відносин за допомогою спеціальних юридичних засобів і способів’⁹.

До таких спеціальних юридичних засобів і способів відносять: ‘норми права, нормативно-правових актів, актів застосування права, актів реалізації прав і обов’язків та способів – заборони, дозволянь, зобов’язань тощо’¹⁰. Відповідно, програми та програмно-апаратні комплекси важко назвати спеціальними юридичними засобами чи способами. Варто зауважити, що окремі іноземні науковці, зокрема Л. Лессіг, обґрунтовують позицію про те, що деякі автоматизовані системи можуть виступати самостійними регуляторами, наприклад, встановлення камер спостереження в магазинах міста певною мірою впливає на поведінку людей (до прикладу, може потенційно знижувати рівень правопорушень)¹¹. Така позиція пояснюється тим, що соціальне регулювання відбувається за допомогою так званого “дизайну” (*regulation by design*)¹², тобто створення певних зовнішніх умов, при яких особа позбавлена права вибору, а не правової норми.

Водночас значна частина систем спрямована саме на застосування правових норм для пришвидшення прийняття рішення та оптимізації коштів (зменшення кількості залучених людей для прийняття рішення), як-от, наприклад, вже згадані системи для визначення виду покарання за правопорушення. Такі системи не є самостійними регуляторами суспільних відносин, а засновані на правових нормах і покликані лише допомагати у застосуванні правових норм (надалі, для зручності назвемо їх “автоматизовані системи правового регулювання”). Тому пропонується використовувати поняття “автоматизоване правове регулювання” на позначення використання програмних і програмно-апаратних комплексів з інформаційною метою чи з метою настання певних юридичних наслідків.

Таким чином, автоматизованість є кваліфікуючою ознакою правового регулювання, проте вона буває різною, це залежить від розмаїття технологій. На сучасному етапі у доктрині прийнято виокремлювати принаймні два види автоматизованості залежно від технологій, які використовуються: засновану на правилах і засновану на даних¹³.

Перший вид, а саме автоматизоване правове регулювання, засноване на правилах (*rule-based legal regulation*), полягає в перенесенні змісту пра-

www.pravoua.com.ua

⁸ М Козюбра (заг ред), *Загальна теорія права: підручник* (Вайре 2015) 95.

⁹ Там само.

¹⁰ Там само.

¹¹ Lessig (n 4).

¹² Детальніше про “*regulation by design*” у праці: Yeung (n 1).

¹³ Детальніше: Bayamlioglu and Leenes (n 2); Hildebrandt (n 3).

вових норм в алгоритми, які можуть бути описані машинним кодом. Такий вид правового регулювання використовується для пришвидшення та зручності застосування правових норм; він активно використовується вже тривалий час, зокрема, навіть реєстр юридичних осіб із можливістю отримання офіційних документів може слугувати прикладом такого правового регулювання.

Автоматизоване правове регулювання, засноване на даних (*data-based legal regulation*), інколи його ще називають штучним інтелектом, полягає у створенні автоматизованої системи, яка генерує висновок на основі раніше проаналізованих даних за певними параметрами (так, наприклад, імовірність вчинення злочину в певному районі міста у певний момент часу вираховується за допомогою історичних даних щодо злочинності в такому районі). Виник він не так давно, а саме з розвитком хмарних обчислень, та вже почав використовуватися у певних державах.

Задля глибшого з'ясування характеристик автоматизованого правового регулювання пропонуємо розглянути відмінності між правовим регулюванням (назвемо його для зручності класичним) та різновидами автоматизованого правового регулювання.

Таблиця 1

Класифікація різновидів правового регулювання

Критерії	Класичне правове регулювання	Автоматизоване правове регулювання, засноване на правилах (<i>rule-based legal regulation</i>)	Автоматизоване правове регулювання, засноване на даних (<i>data-based legal regulation</i>)
Форма опису правил	За допомогою тексту	За допомогою коду/алгоритмів, які трансформовані з текстових правил	За допомогою даних стосовно певної предметної сфери
Застосування класичної структури правової норми: “якщо, тоді, інакше”	Так	Так	Ні
Спосіб отримання висновку	Санкція чітко прописана в тексті джерела права, а тому у правозастосовному акті відображається цей текст у прив'язці до фактичних обставин справи.	Система генерує висновок на основі правила, яке відображено в кодї, тобто так зване “дерево рішень” повинно відображати правило, що закріплене в тексті джерела права.	Система генерує висновок на основі взаємозв'язків (кореляцій), які можна віднайти у даних з урахуванням прописаних критеріїв. Наприклад, система обчислює, чи позов може бути задоволений на підставі обставин задоволення позову у попередніх справах.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 4 • 171-182

<p>Можливість пояснення прийнятого рішення</p>	<p>Так, пояснення відбувається шляхом прийняття правозастосовного акта або надання додаткових роз'яснень до нього.</p>	<p>Так, але необхідні технічні знання, а саме технічний фахівець повинен перевірити, чи текст джерела права правильно/коректно/повною мірою відображений у коді. Інакше кажучи, чи код, бува, не викривлює, зміст норми права.</p>	<p>Пояснення ускладнене, залежить від класів використовуваних алгоритмів машинного навчання, починаючи від тривіального для “дерев прийняття рішень”, закінчуючи практично неможливим для нейронних мереж глибокого навчання.</p>
<p>Застосовність підходу до усіх можливих випадків (загальність).</p>	<p>Так. У випадку наявності прогалин у правовому регулюванні, існують підходи їх подолання (аналогія права та аналогія закону).</p>	<p>Так, але потрібно докладати додаткових технічних зусиль. У випадку, коли система не може прийняти рішення з урахуванням фактичних обставин, потрібно або вносити зміни у код, або застосовувати класичне правове регулювання (тобто система припиняє свою дію).</p>	<p>Ні. Система приймає рішення на основі даних, які були попередньо в неї завантажені. Якщо це історичні дані, то вони не враховують майбутніх випадків. Якщо це вигадані дані з метою протестувати всі можливі випадки – такі вигадані все одно будуть формуватися людьми, тому неможливо передбачити всі можливі варіанти майбутніх фактичних даних.</p>

Описавши основні відмінності в принципах роботи автоматизованого правового регулювання, заснованого на правилах, та автоматизованого правового регулювання, заснованого на даних, можна окреслити наслідки, які це матиме для верховенства права та прав людини. Наприклад, у США вже навіть з'явилася судова практика щодо використання таких систем у кримінальних справах. Так, у “справі “Штат проти В. Луміс”:

Верховний суд штату Вісконсин визнав, що використання власного інструменту оцінки ризику при ухваленні вироку не порушив право відповідача на належний процес та право бути засудженим індивідуально і з використанням точної інформації. Оскільки алгоритм присвоїв засудженому високий ступінь ризику рецидиву, суд відмовив йому у можливості умовно-дострокового звільнення та ухвалив шестирічний термін покарання. При цьому суд посилався на висновок цього інструменту під час ухвалення вироку. Правоволоділець, приватна компанія, відмовилася розкрити свою методологію для суду і відповідача¹⁴.

Розглянемо переваги та недоліки кожного з описаних вище різновидів правового регулювання у контексті таких блоків:

¹⁴ E Israni, ‘Algorithmic Due Process: Mistaken Accountability and Attribution in State v. Loomis’ (*Jolt Digest*, August 31, 2017) <<https://jolt.law.harvard.edu/digest/algorithmic-due-process-mistaken-accountability-and-attribution-in-state-v-loomis-1>> (accessed: 21.03.2019).

1. Двозначність формулювань і свобода розсуду vs. неможливість пояснення прийнятого рішення.
2. Динамічне та статичне тлумачення.
3. Орієнтація на цінності та принципи vs. орієнтація на прописані правила і закономірності.
4. Забезпечення доступу до правосуддя для найменш захищених верств населення та зменшення бюджетних витрат.

*Двозначність формулювань і свобода розсуду vs
неможливість пояснення прийнятого рішення*

Традиційно, класичне правове регулювання може бути об'єктом критики, оскільки двозначності у текстовому формулюванні норми права можуть спричиняти негативні наслідки при правозастосуванні. Зокрема, правозастосовні органи (наприклад, суди) можуть тлумачити такі норми права занадто широко або вузько, порівняно зі змістом правової норми, який вкладався при її прийнятті, що потенційно може призводити до порушення прав суб'єкта права. Двозначність або й неточність формулювань часто є причиною неможливості або оспорювання автоматичності застосування правової норми та необхідності звернення до правозастосовних органів, які володіють свободою розсуду щодо її тлумачення. Як наслідок наявності свободи розсуду створюється можливість вчинення корупційних правопорушень, що ще більше негативно впливає на правове регулювання.

Автоматизація правового регулювання може потенційно бути способом подолання такого недоліку. Але які є обмеження та підводні камені у цьому процесі? Так, якщо вести мову про автоматизоване правове регулювання, засноване на правилах, то для реалізації будь-якої системи необхідно перевести правові норми в алгоритми, а алгоритми – в машинний код. Цікаво, що структура правової норми (гіпотеза – диспозиція – санкція, або “якщо, тоді, інакше”) певною мірою подібна до класичного алгоритмічного правила *if – then – else* (якщо – тоді – інакше), що сприяє переведенню правових норм в алгоритмічні правила. Проте сам процес такого “переведення” буде здійснюватись (як мінімум у частині) технічними фахівцями і вже сам собою є тлумаченням, принаймні у випадку наявності оціночних понять. Тож постає запитання, чи таке переведення буде досконалим, і чи можуть бути враховані всі нюанси й тонкощі людської мови? У разі неврахування, висновок, що надається системою, неможливо буде пояснити без розкриття усього процесу переведення правової норми в алгоритми.

Ще більш складною є ситуація, коли застосовується автоматизоване правове регулювання, засноване на даних. У такому разі система генерує

Наталія Галецька

висновок на підставі даних та алгоритмів щодо оцінки цих даних, які в неї були попередньо закладені і на основі яких система “навчилася” продукувати висновок. При цьому з технічного погляду розрізняють навчання системи під наглядом і навчання системи без нагляду. Навчання під наглядом – клас алгоритмів прийняття рішення, які навчаються за допомогою наявної множини прикладів “стимул – результат”, у юридичному домені ними можуть бути “документ – судове рішення”. Особливістю є те, що результат навчання застосовується на іншій множині, ніж та, на якій проводилося навчання. Під системами навчання без нагляду мають на увазі клас математичних алгоритмів, які можуть здійснювати класифікацію, знаходячи приховані закономірності в даних, що досліджуються, маючи на вході тільки “стимул”, і проактивно передбачати можливу множину “результатів”. Звісно, інтерпретація таких результатів є більш складною, порівняно з алгоритмами, що навчені під наглядом, але результати можуть бути більш значущими, оскільки система може “помітити” те, що не очевидно експерту. Як видається, пояснення, а тим більше обґрунтування висновку при автоматизованому правовому регулюванні, що засноване на даних, видається доволі складним, часозатратним, а подекуди і нездійсненним. Окрім цього, закономірності, віднайдені автоматизованою системою правового регулювання, не завжди тотожні причинно-наслідковому зв’язку, адже такі закономірності можуть бути випадковими збігами. Такі особливості роботи автоматизованих систем негативно вплинуть на забезпечення принципу верховенства права.

Динамічне та статичне тлумачення

При класичному правовому регулюванні тлумачення норми права є важливим етапом, що забезпечує розуміння норми права суб’єктами, а також є необхідним етапом при застосуванні норми права. Тлумачення норми права можна здійснювати з використанням динамічного або статичного підходів. Як слушно зазначає М. Козюбра, якщо при статичному підході до тлумачення враховується зміст норми права, який впливає з тексту і який закладався при її прийнятті, то при динамічному підході до тлумачення зміст правової норми може змінюватися з плином часу з урахуванням історичних умов, тощо¹⁵.

При автоматизованому правовому регулюванні, що засноване на правилах, тлумачення відбулося вже на стадії перенесення норми права в алгоритмічне правило, тому стадія тлумачення, як така, в системі не відбувається. Відповідно, для зміни підходу потрібне внесення змін в алго-

www.pravoua.com.ua

¹⁵ Козюбра (н 8).

ритмічне правило, тобто в машинний код, що, зі свого боку, фактично є зміною правила, а не його тлумачення.

При автоматизованому правовому регулюванні, що засноване на даних, певний динамізм існує, але цей динамізм має іншу природу, ніж динамічне тлумачення у класичному правовому регулюванні. По-перше, система будує свій висновок на підставі даних, які були проаналізовані нею раніше, то і зміна цього висновку залежатиме від зміни даних. Інакше кажучи, при однакових вхідних параметрах система згенерує інший висновок лише тоді, коли попередньо проаналізовані дані будуть давати таку підставу. Такий підхід унеможлиблює кардинальну зміну підходу чи практики внаслідок зміни певних умов (наприклад, ставлення суспільства до якихось явищ), тобто динамічне тлумачення унеможлиблюється. По-друге, висновок системи може бути упереджений з огляду на історичні необ'єктивності, закладені в даних, на основі яких відбувалося навчання системи. Навіть якщо навчання системи відбувалося на основі фіктивних/вигаданих даних для того, щоб усунути ймовірні упередженості, так чи інакше, дані, на яких тренувалася система, не можуть враховувати всієї мультिवаріантності майбутніх можливих ситуацій.

Підсумовуючи, при автоматизації правового регулювання тлумачення правової норми, на основі якої працює система, буде ускладненим і не завжди можливим. Тому без належного правотлумачного процесу суб'єкти права не завжди розумітимуть висновок, відповідно, не зможуть його оскаржити, що негативно вплине на право на захист. Мабуть, виходом із цієї ситуації могло би стати передбачення можливості оскарження результатів висновку до вищої інстанції, де рішення буде приймати людина. Проте відкритим залишатиметься питання критеріїв, коли скарга може бути подана, та, знову ж таки, обсягу розсуду вищої інстанції.

Орієнтація на цінності та принципи vs орієнтація на прописані правила та закономірності

Класичне правове регулювання, окрім правових норм, які за своєю суттю є детально прописаними правилами, здійснюється також за допомогою інших джерел права, як-от правові принципи. Правові принципи хоча і є широкими й оціночними, як, наприклад, принципи добросовісності, справедливості і розумності у ст. 3 Цивільного кодексу України, проте вони відображають загальнолюдські цінності у правовому регулюванні та дають змогу гнучко підходити до регулювання правових відносин. При застосуванні будь-якого з видів автоматизованого правового регулювання правові принципи навряд чи зможуть бути реалізовані в таких системах, адже важко собі уявити, скажімо, “поправку на розумність” в автоматизованих системах.

Саме тому, як видається, автоматизація застосування правових норм можлива лише у випадках, коли існує однозначне й деталізоване правове регулювання. Навіть при цьому, вважаємо, є доцільною наявність вищої інстанції, де рішення прийматиме людина з урахуванням тих самих правових принципів.

Забезпечення доступу до правосуддя для найменш захищених верств населення та оптимізація бюджетних витрат

При автоматизації правового регулювання, незалежно від різновиду, неодмінно постає питання про вплив такої автоматизації на витрати бюджету. З одного боку, автоматизація правового регулювання зменшує/виключає людський фактор, що може унеможливити корупцію, а також потенційно зменшити кількість людей, які залучені до прийняття рішення, і таким чином зменшити державні витрати в цій сфері. При цьому, з другого боку, якщо система автоматизованого правового регулювання матиме суттєві вади, це може призвести до численних оскаржень, тому збільшення навантаження на судову систему, а отже, і збільшення судових витрат. Відповідно, лише ретельний попередній аналіз і добре продумана система автоматизованого правового регулювання, котра не призводитиме до великої кількості судових спорів у процесі її застосування, може призвести до сукупного зменшення бюджетних витрат.

При цьому не менш важливо забезпечити права та інтереси найменш захищених соціальних груп (інвалідів, малозабезпечених осіб, пенсіонерів), аби такі категорії населення мали реальну можливість зрозуміти і, в разі потреби, оскаржити висновок системи. Враховуючи описане вище, оскарження висновку системи може потребувати певних технічних знань і матеріальних ресурсів. У протилежному випадку виникне загроза дискримінації за ознакою майнового стану, що може призвести до нівелювання переваг запровадження такої системи. Такі аспекти необхідно враховувати ще на стадії запровадження системи.

Висновки. Автоматизація правового регулювання є важливим, потрібним і навіть неминучим процесом із розвитком технологій та суспільних відносин. Визначено поняття “автоматизоване правове регулювання” як використання програмних і програмно-апаратних комплексів з інформаційною метою чи з метою настання певних юридичних наслідків. Встановлено, що автоматизація може мати різні форми залежно від різновиду технологій, що використовуються, принаймні можна виокремити, як мінімум, два таких різновиди: автоматизоване правове регулювання, засноване на правилах (*rule-based legal regulation*), та автоматизоване правове регулювання, засноване на даних (*data-based legal regulation*). З’ясовано,

що при автоматизації правового регулювання можливі певні негативні наслідки, як-от: неможливість пояснення висновку, що згенерований системою; неврахування змінних зовнішніх обставин, тобто неможливість застосування динамічного підходу до тлумачення; неможливість інкорпорації у такі автоматизовані системи певних ціннісних орієнтирів, що відображені у принципах права; дискримінація найменш захищених верств з огляду на високі витрати для оскарження висновку автоматизованої системи. Важливо, щоб впровадження автоматизованого правового регулювання здійснювалося розумно, тобто з урахуванням особливостей технологій та їх впливу на забезпечення верховенства права і захист прав людини.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Lessig L, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0* (Basic Books 2006) (in English).

Edited books

2. Koziubra M (zah red), *Zahalna teoria prava: pidruchnyk [General Legal Theory: Textbook]* (Vaite 2015) (in Ukrainian).

Journal articles

3. Bayamloğlu E and Leenes R, 'The "rule of law" implications of data-driven decisionmaking: a techno-regulatory perspective' (2018) 10:2 Law, Innovation and Technology 295-313. doi: 10.1080/17579961.2018.1527475 (in English).
4. Hildebrandt M, 'Algorithmic regulation and the rule of law' (2018) 376 Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences. doi: 10.1098/rsta.2017.0355 (in English).
5. Israni E, 'Algorithmic Due Process: Mistaken Accountability and Attribution in State v. Loomis' (Jolt Digest, August 31, 2017) <<https://jolt.law.harvard.edu/digest/algorithmicdue-process-mistaken-accountability-and-attribution-in-state-v-loomis-1>> (accessed: 21.03.2019) (in English).
6. Yeung K, 'Algorithmic regulation: a critical interrogation' (2017) 85 Regulation & Governance. doi: 10.1111/rego.12158 (in English).
7. Karchevskyy M, 'Pravove reguliuvannya sotsializatsii shtuchnoho intelektu' ['Legal Regulation of Artificial Intelligence Socialization'] (2017) 2 Visnyk Luhanskoho derzhavnokho universytetu vnutrishnikh sprav imeni E. O. Didorenka 99-108 (in Ukrainian).

Thesis abstracts

8. Baranov O, 'Internet rechei i shtuchnyy intelekt' ['Internet of Things and Artificial Intelligence'] v *Zbirnyk materialiv II Mizhnarodnoi naukovo-prkatychnoi konferentsii* (Lviv National University "Lvivska Politekhnika" 2017) 18-42 (in Ukrainian).
9. Horodyskyy I, 'Tendentsii rozvytku pravovoho rehuliuвання shtuchnoho intelektu v Yevropeiskomu Soiuzi' ['Trends of Artificial Intelligence Development in the European Union'] v *Zbirnyk materialiv II Mizhnarodnoi naukovo-prkatychnoi konferentsii* (Lviv National University "Lvivska Politekhnika" 2017) (in Ukrainian).

AUTOMATION OF LEGAL REGULATION:
THE HUMAN RIGHTS ASPECT

ABSTRACT. Given the scope of automation in all areas of public life and the rapid development of technology, automation of legal regulation turns to be an increasingly important issue. Therefore, automation of legal regulation is not a mere substitution of text with a machine code, but a much more complicated process which is able to have a certain impact on human rights. Since these processes are universal, their analysis in terms of an impact on human rights and the rule of law is important and necessary.

The purpose of the article is to characterize the legal nature of automation of legal regulation and to give a definition of “automated legal regulation” as a concept, and also to mark out different types of automated legal regulation, and to analyze their strong and weak points in terms of an impact on human rights and the rule of law.

The author explores the legal nature of automation of legal regulation and gives the definition of “automated legal regulation” as a concept. Based on this definition, the types of automated legal regulation are singled out according to the criterion of the technologies used. The differences between the “classical” legal regulation and the types of automated legal regulation are identified with the use of such criteria: the form in which the rules are described, application of the classical legal rule structure: “if, then, otherwise”, the method of obtaining a conclusion, the possibility of explaining a decision made, and applicability of an approach to each of the possible cases (universality). Besides, the author makes an analysis of the strong and weak points of automated legal regulation in terms of their impact on human rights and the rule of law in the context of the following aspects: 1) ambiguity of wording and freedom of discretion vs. inability to explain the decision made; 2) dynamic and static interpretation; 3) focus on values and principles vs. focus on prescribed rules and patterns; 4) ensuring access to justice for the least protected groups of the population and reduction of budget expenditure.

The concept of “automated legal regulation” is defined as the use of software and hardware systems for information purposes or for the purpose of certain legal consequences. It is established that automation may have different forms depending on the technology type, in particular, such types as: automated legal regulation based on rules (*rule-based legal regulation*) and automated legal regulation based on data (*data-based legal regulation*). The author has found that automation of legal regulation may entail certain negative implications, such as: inability to explain the conclusion generated by the system; failure to take into account variable external circumstances, i.e. inability to use a dynamic approach for interpretation; a possibility that certain value orientations which are reflected in the principles of law may not be incorporated into the automated system; potential discrimination of the least protected population groups, given that it is difficult to appeal against a conclusion generated by the automated system.

KEYWORDS: legal regulation; social regulation; interpretation of legal rules; law administration; automated rule-based legal regulation; automated data-based legal regulation.



Микола Самбор

кандидат юридичних наук, начальник сектора моніторингу Прилуцького відділу поліції Головного управління Національної поліції в Чернігівській області (м. Прилуки, Україна)
NIKOLAS783@ukr.net

УДК 342.729+342.77+351.752.2

НАДЗВИЧАЙНИЙ СТАН ЯК УМОВА ОБМЕЖЕННЯ ПРАВА НА СВОБОДУ МИРНИХ ЗІБРАНЬ

АНОТАЦІЯ. Наявні геополітичні та соціально-економічні умови, у яких перебуває Україна, зумовлюють процеси розвитку її державності, розбудови громадянського суспільства, привносять до сфери розуміння та здійснення права на свободу мирних зібрань свої особливості, зміст яких є недослідженим. Сьогодні Україна перебуває у буремному періоді, який характеризується введенням надзвичайного або воєнного стану в окремих її регіонах.

Метою статті є дослідження особливостей обмеження щодо реалізації права на свободу мирних зібрань в умовах надзвичайного стану.

Спираючись на лінгвістичне розуміння, увібравши доктринальний та легальний досвід розуміння змісту поняття “умова” у поєднанні з іншими терміно-поняттями, доходимо висновку про те, що умову слід розуміти як зовнішні обставини, які забезпечують реалізацію, здійснення чи функціонування явища, процесу, котрі характеризують специфіку здійснення взаємних прав та обов’язків суб’єктів, що потрапили у вказані обставини.

Обґрунтовано, що правовий режим надзвичайного стану може впливати на здійснення права на свободу мирних зібрань, однак його адміністративне запровадження – Указом Президента України, який може містити пряму вказівку на заборону мирних зібрань, не може бути правовою, з огляду на конституційність, принцип верховенства права та законність, підставою заборони чи обмеження здійснення такого права. Правовий режим надзвичайного стану як зовнішня обставина позначається на здійсненні права на свободу мирних зібрань суб’єктів, що потрапили у вказані обставини. Прийняття ж рішення про заборону чи обмеження здійснення права на свободу мирних зібрань залишається виключною прерогативою адміністративного суду, який, ухвалюючи таке рішення, користується власним розсудом, що визначає можливість ухвалення подекуди протилежних рішень (заборонити, обмежити здійснення права на свободу мирних зібрань або відмовити у задоволенні адміністративного позову). Встановлення Указом Президента

© Микола Самбор, 2019

Микола Самбор

України про введення надзвичайного стану заборони масових заходів є втручанням у розсуд адміністративного суду (нині законним втручанням, оскільки прямо передбачений у нормах Закону України “Про правовий режим надзвичайного стану”), яке обмежує судовий розсуд в ухваленні рішення за позовом органів державної влади або місцевого самоврядування щодо обмеження чи заборони у реалізації права на свободу мирних зібрань, схиляючи суд до ухвалення однозначного та наперед відомого рішення – заборони здійснення права на свободу мирних зібрань. Отже, надзвичайний стан як умова здійснення права на свободу мирних зібрань істотно впливає на здійснення цього права, а за умови встановлення прямої заборони на проведення масових заходів призводить до заборони здійснення права на свободу мирних зібрань на території, де введено надзвичайний стан.

Ключові слова: умова обмеження права; надзвичайний стан; заходи обмеження конституційних прав; право на свободу мирних зібрань.

Права і свободи були, є і залишатимуться в епіцентрі уваги суспільства, наукової спільноти, оскільки саме вони обумовлюють співіснування та взаємостосунки і відносини людей у соціумі, забезпечують функціональні та інституційні взаємозв'язки, а особливості їх здійснення та наявність гарантій здійснення прав і свобод визначають ступінь розвитку громадянського суспільства та державності у світі. Здійснення прав людини, як правило, стає предметом наукових пошуків виключно під призою розуміння та особливостей їх здійснення. Однак неабияку роль у процесі здійснення прав і свобод людини та громадянина відіграють умови, в яких перебуває носій суб'єктивного права та відбувається здійснення прав і свобод. Незважаючи на ґрунтовні теоретичні дослідження прав і свобод людини, як у філософсько-правовій спадщині, так і у теорії права чи окремих галузях законодавства, проблематика умов здійснення прав і свобод залишається актуальною. Особливо гостро це питання стосується здійснення такого права, як право на свободу мирних зібрань. Його визнання та формалізація у конституційних нормах є лише передумовою можливості здійснення цього права відповідними суб'єктами. Важливим є сама процедура здійснення, що гарантуватиме не лише формальну складову приналежності суб'єктам цього права, а й практичну значущість – здійснення права на свободу мирних зібрань.

Дослідженню права на свободу мирних зібрань під різними кутами зору приділяли увагу як вітчизняні, так і зарубіжні вчені, зокрема А. Іванов, І. Колосов, А. Кружиліна, Т. Храмова, О. Щербанюк, Ю. Ясочко. Однак питання здійснення права на свободу мирних зібрань в умовах особливого правового режиму не вивчалось.

Наявні геополітичні та соціально-економічні умови, у яких перебуває Україна, зумовлюють процеси розвитку її державності, розбудови громадянського суспільства, привносять до сфери розуміння та здійснення права на свободу мирних зібрань свої особливості, зміст яких є недослі-

дженням. На нашу думку, осучаснення змісту здійснення права на свободу мирних зібрань є надзвичайно актуальним, оскільки Україна поринає у рік виборів: Президента України, народних депутатів України. Це є додатковими факторами необхідності проведення теоретико-прикладних досліджень здійснення права на свободу мирних зібрань в умовах, що істотно впливають на можливість здійснення цього права. Незважаючи на це, важливою умовою, що впливає на здійснення суб'єктивного права на свободу мирних зібрань, є додатково і тимчасово встановлені обмеження, зокрема, такі як введення надзвичайного стану на всій території держави або в окремих її регіонах. Безпеліційним є те, що введення такого правового режиму, котрий перерозподіляє повноваження суб'єктів публічної адміністрації, впливає на господарську діяльність підприємств, установ та організацій, а також позначається на здійсненні прав і свобод людини та громадянина, є вкрай важливим для розуміння умов здійснення права на свободу мирних зібрань.

Метою дослідження є вивчення особливостей обмеження права на свободу мирних зібрань в умовах надзвичайного стану.

Перш за все, дослідимо поняття “умова” для з'ясування можливих зв'язків та впливу останньої на здійснення права на свободу мирних зібрань.

Відповідно до Тлумачного словника української мови “умова”:

Взаємна усна чи письмова домовленість про що-небудь; угода, договір. <...>

Вимога, пропозиція, які висуваються однією з сторін, що домовляються про що-небудь, а також при укладанні угоди, договору. <...>

Взаємні зобов'язання сторін, що домовляються, запропоновані для укладення, дотримання угоди, договору. <...>

Які-небудь пропозиції щодо оплати, пільг і т. ін., які висуває особа або організація, що надає кому-небудь роботу, приміщення тощо. <...>

Необхідна обставина, яка робить можливим здійснення, створення, утворення чого-небудь або сприяє чомусь. <...>

Обставини, особливості реальної дійсності, при яких відбувається або здійснюється що-небудь. <...>

Правила, які існують або встановлені в тій чи іншій галузі життя, діяльності, які забезпечують нормальну роботу чого-небудь. <...>

Правила, вимоги, виконання яких забезпечує що-небудь. Сукупність даних, положення, що лежать в основі чого-небудь¹.

Крім того, умовами прийнято вважати зовнішні обставини, які забезпечують функціонування та розвиток процесу². Умови – це різноманітні

¹ ‘Умова’ в *Словник української мови, т 10* <<http://sum.in.ua/s/umova>> (дата звернення: 14.12.2018).

² О Дурманенко, ‘Теоретичний аналіз поняття “педагогічні умови” в контексті моніторингу виховної роботи у вищому навчальному закладі’ (2012) 7 Молодь і ринок 136.

явища, процеси, обставини, які сприяють або створюють можливість виникнення та прояву причин, яка породжують наслідок³.

У національному законодавстві у “чистому” вигляді поняття “умова” не має легального визначення, натомість вказане поняття є невід’ємною частиною різних словосполучень, де “умова” є основним елементом. Наприклад, у постанові Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2001 р. № 1306 “Про Правила дорожнього руху” йдеться про “дорожні умови”, змістом яких є:

<...> сукупність факторів, що характеризують (з урахуванням пори року, періоду доби, атмосферних явищ, освітленості дороги) видимість у напрямку руху, стан поверхні проїзної частини (чистота, рівність, шорсткість, зчеплення), а також її ширину, величину похилів на спусках і підйомах, віражів і заокруглень, наявність тротуарів або узбіч, засобів організації дорожнього руху та їх стан⁴.

Це далеко не вичерпний перелік сталих виразів, де основним є поняття “умова”, наприклад, умова сприймається як сукупність обставин, дій, процесів, що призводять до певних наслідків, а саме пожеж⁵; ‘сукупність зовнішніх впливів і їх змінення у часі, за винятком вхідних впливів, яких зазнає виріб у процесі експлуатації’ (умови експлуатації)⁶; ‘сукупність факторів виробничого середовища, які впливають на стан здоров’я та працездатність працівника в процесі праці, а також установлена тривалість робочого часу та часу відпочинку, надання відпусток, оплата праці, а також заходи в галузі соціального забезпечення відповідно до законодавства про працю держави працевлаштування’ (умови праці)⁷; ‘сукупність факторів виробничого середовища і трудового процесу, які впливають на здоров’я і працездатність людини під час виконання нею трудових обов’язків’ (умови праці)⁸; ‘сукупність факторів виробничого

³ А Закалюк, *Курс сучасної української кримінології: теорія і практика*, кн 1: *Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки* (Ін Юре 2007) 188.

⁴ Про Правила дорожнього руху: постанова Кабінету Міністрів України 10 жовтня 2001 р. № 1306 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1306-2001-p>> (дата звернення: 18.12.2018).

⁵ Про затвердження Правил пожежної безпеки при експлуатації атомних станцій: наказ Міністерства палива та енергетики України від 30 травня 2007 р. № 256 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1039-07>> (дата звернення: 02.01.2019).

⁶ Про затвердження Вимог до порядку та змісту робіт для продовження терміну експлуатації інформаційних та керуючих систем, важливих для безпеки атомних електростанцій (НП 306.5.02/2.068-2003): наказ Державного комітету ядерного регулювання України від 18 березня 2003 р. № 42 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0306-03>> (дата звернення: 02.01.2019).

⁷ Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з посередництва у працевлаштуванні на роботу за кордоном: наказ Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва, Міністерства праці та соціальної політики України від 19 грудня 2001 р. № 155/534 <http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/REG6305.html> (дата звернення: 02.01.2019).

⁸ Про затвердження Державних санітарних норм та правил “Гігієнічна класифікація праці за показниками шкідливості та небезпечності факторів виробничого середовища, важкості та напруженості трудового процесу”: наказ Міністерства охорони здоров’я України від 8 квітня 2014 р. № 248 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0472-14>> (дата звернення: 02.01.2019).

середовища, що впливають на здоров'я і працездатність людини в процесі праці' (умови праці)⁹.

Спираючись на лінгвістичне розуміння, увібравши доктринальний і легальний досвід розуміння змісту поняття "умова" у поєднанні з іншими терміно-поняттями, доходимо висновку, що умову слід розуміти як зовнішні обставини, що забезпечують реалізацію, здійснення чи функціонування явища, процесу, котрі характеризують специфіку здійснення взаємних прав та обов'язків суб'єктів правовідносин, які потрапили у вказані обставини.

Однією із таких зовнішніх умов, що впливають на здійснення права на свободу мирних зібрань, є особливий правовий режим – режим надзвичайного стану. Правовий режим надзвичайного стану впливає на дію нормативно-правових актів, зокрема у Законі України "Про правовий режим надзвичайного стану" (далі – Закон) прямо передбачається, що:

<...> нормативно-правові акти Верховної Ради Автономної Республіки Крим, рішення Ради міністрів Автономної Республіки Крим, рішення місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, які стосуються прав і свобод людини і громадянина, що обмежуються у зв'язку з введенням надзвичайного стану, тимчасово не застосовуються¹⁰.

Поза цим дія норм Конституції¹¹ та законів України не підлягає обмеженню за винятком тих, що прямо передбачені у Конституції та Законі. Таким чином, правовий режим надзвичайного стану є умовою, що впливає на дію нормативно-правових актів, а також передбаченою конституційними нормами, за наявності якої допускаються обмеження прав і свобод, що знайшли своє відображення у Конституції України.

Згідно зі ст. 1 Закону:

Надзвичайний стан – це особливий правовий режим, який може тимчасово вводиться в Україні чи в окремих її місцевостях при виникненні надзвичайних ситуацій техногенного або природного характеру не нижче загальнодержавного рівня, що призвели чи можуть призвести до людських і матеріальних втрат, створюють загрозу життю і здоров'ю громадян, або при спробі захоплення державної влади чи зміни конституційного ладу України шляхом насильства і передбачає надання відповідним органам

⁹ Методичні рекомендації для проведення атестації робочих місць за умовами праці, затверджені постановою Міністерства праці України від 1 вересня 1992 р. № 41 <<http://zakon3.rada.gov.ua/rada/show/v0041205-92>> (дата звернення: 02.01.2019).

¹⁰ Про правовий режим надзвичайного стану: Закон України від 16 березня 2000 р. № 1550-III <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1550-14> (дата звернення: 18.12.2018)

¹¹ Конституція України: Закон України 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr>> (дата звернення: 02.01.2019).

державної влади, військовому командуванню та органам місцевого самоврядування відповідно до Закону України “Про правовий режим надзвичайного стану” повноважень, необхідних для відвернення загрози та забезпечення безпеки і здоров’я громадян, нормального функціонування національної економіки, органів державної влади та органів місцевого самоврядування, захисту конституційного ладу, а також допускає тимчасове, обумовлене загрозою, обмеження у здійсненні конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень¹².

Отже введення надзвичайного стану на території держави або в окремі її адміністративно-територіальній одиниці може позначитися на здійсненні прав і свобод людини та громадянина.

Правовий статус та обмеження прав і свобод громадян та прав і законних інтересів юридичних осіб в умовах надзвичайного стану визначаються відповідно до Конституції України, Закону та інших законів України. Передбачені Законом обмеження конституційних прав і свобод громадян, які можуть бути застосовані за умов надзвичайного стану, є вичерпними і розширеному тлумаченню не підлягають, вони закріплені у ст. 22 акта. З огляду на той факт, що право на свободу мирних зібрань відображено у Конституції України, останнє є конституційним правом, правом, наявність та можливість здійснення якого гарантується, перш за все, конституційними нормами прямої дії. Тож варто наголосити, що будь-які обмеження цього права можливі виключно на підставі Конституції та законів України.

Відповідно до положень ст. 64 Конституції України конституційні права і свободи людини та громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Основним Законом. В умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень. У такий спосіб Конституція України припускає можливість наявності обмежень у здійсненні права на свободу мирних зібрань, визнаючи, що запровадження надзвичайного стану є конституційно-правовою умовою обмеження цього права.

Указом Президента України про введення надзвичайного стану в інтересах національної безпеки та громадського порядку з метою запобігання заворушенням або кримінальним правопорушенням, для охорони здоров’я населення або захисту прав і свобод інших людей на період надзвичайного стану можуть запроваджуватися такі заходи, як заборона проведення масових заходів, крім заходів, заборона на проведення яких встановлюється судом (п. 4 ч. 1 ст. 16 Закону); заборона страйків (п. 5 ч. 1 ст. 16 Закону). На нашу думку, право на свободу мирних зібрань

¹² Про правовий режим надзвичайного стану (н 10).

хоча й охоплює собою проведення масових заходів і страйків, однак не може бути ототожене з ними. Адже масові заходи та страйки є наслідком здійснення права на свободу мирних зібрань, а тому можуть бути частиною здійснення права на свободу мирних зібрань. Очевидно, масовий захід – це захід, що зумовлений присутністю великої кількості учасників та глядачів в обмеженому просторі, разом із цим кількість таких учасників чи глядачів, їхня активність не визначені у законодавстві, що унеможлиблює однозначне сприйняття цього поняття.

Наголосимо на тому, що передбачені Законом обмеження конституційних прав і свобод громадян, які можуть бути застосовані за умов надзвичайного стану, є вичерпними і розширеному тлумаченню не підлягають. Строк їх застосування не перевищує строку, на який вводиться надзвичайний стан. Введення інших обмежень забороняється. В умовах надзвичайного стану не можуть бути обмежені права і свободи людини та громадянина, зазначені у ч. 2 ст. 64 Конституції України; відповідно до цього положення, в умовах надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень. Не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені статтями 24, 25, 27–29, 40, 47, 51, 52, 55–63 Конституції України. Право на свободу мирних зібрань не потрапило у вичерпний перелік прав людини, що не підлягають обмеженням в умовах надзвичайного стану, перелік яких міститься у ч. 2 ст. 64 Основного Закону.

Отже, на підставі аналізу статей 39, 64 Конституції України можемо зробити висновок, що право збиратися мирно може бути обмеженим в умовах надзвичайного стану. Однак наскільки цей висновок може бути однозначним? Річ у тім, що ст. 21 Основного Закону проголошує, що права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними.

У частині 1 ст. 39 Конституції України визнано та зафіксовано існування у людини права збиратися мирно. Реалізація зазначеного права може бути обмежена виключно судом відповідно до закону і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку – з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей (ч. 2 ст. 39 Конституції України). Конституційна норма, що міститься у ч. 2 ст. 64 Основного Закону, подає перелік прав і свобод, які за будь-яких обставин не можуть бути обмеженими в умовах надзвичайного стану. Право на свободу мирних зібрань не володіє таким конституційним інструментарієм захисту від обмежень в умовах надзвичайного стану. Водночас, звернувшись до Закону, норми якого призначені визначати зміст правового режиму надзвичайного стану, порядок його введення та припинення дії, особливості діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування, підприємств, установ

і організацій в умовах надзвичайного стану, додержання прав і свобод людини та громадянина, а також прав і законних інтересів юридичних осіб та відповідальність за порушення вимог або невиконання заходів правового режиму надзвичайного стану, зокрема у п. 4 ч. 1 ст. 16 Закону вказується про можливість запровадження Президентом України заборони проведення масових заходів, крім заходів, заборона на проведення яких встановлюється судом. Таке формулювання заборони потребує розуміння співвідношення масових заходів та права на свободу мирних зібрань і, відповідно, здійснення права на свободу мирних зібрань. Річ у тім, що наявність виключення із загального правила обмежень прав і свобод в умовах надзвичайного стану “крім заходів, заборона на проведення яких встановлюється судом” ставить під сумнів конституційність (законність) подібного Указу Президента України. Адже у ч. 2 ст. 39 Конституції України – нормі прямої дії, чітко визначено, що реалізація права на мирне зібрання може бути обмежена виключно судом. У Законі йдеться не про обмеження здійснення права на мирні зібрання, а у забороні масових заходів, тобто про заборону кінцевого результату здійснення права на свободу мирних зібрань. На підставі аналізу конституційних норм та норм Закону можемо сформулювати висновок про те, що право на свободу мирних зібрань не може бути обмеженим в адміністративному порядку Президентом України, шляхом видання Указу про введення надзвичайного стану на території України або в окремих її регіонах із встановленням відповідних обмежень. Водночас відсутність заборони на здійснення права на свободу мирних зібрань в умовах надзвичайного стану не гарантує можливості провести мирне зібрання, адже п. 4 ч. 1 ст. 16 Закону допускається заборона проведення масових заходів. Нині в українському правовому просторі питання масового заходу та особливостей його проведення не врегульовано. Переконані, що право на свободу мирних зібрань і його здійснення, а також масовий захід, хоча і мають багато спільного, зокрема й причинно-наслідкові зв'язки, однак не є ідентичними та не можуть сприйматись як синонімічні поняття.

У подальшому аналізуючи конституційні норми прямої дії, а також спеціальні норми, які регулюють відносини в умовах надзвичайного стану, що містяться у Законі, доходимо висновку, що здійснення права на свободу мирних зібрань може бути обмеженим в умовах надзвичайного стану, однак таке обмеження може бути застосоване виключно судом і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку, маючи спеціальну мету – запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей.

Підсумовуючи, зазначимо, що введення Указом Президента України надзвичайного стану в інтересах національної безпеки та громадського

порядку з метою запобігання заворушенням або кримінальним правопорушенням, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей може бути лише умовою, за якої може бути обмежено здійснення права на свободу мирних зібрань та стає правовою підставою для звернення суб'єктів публічної адміністрації, що стали об'єктом надходження відповідного сповіщення про здійснення права на мирне зібрання, до суду з відповідним адміністративним позовом про встановлення обмеження щодо реалізації права на свободу мирних зібрань.

Водночас запровадження відповідним Указом Президента України про введення надзвичайного стану такого заходу, як заборона проведення масових заходів, страйків, може і повинно бути лише вектором для дій суб'єктів публічної адміністрації, які згідно з Кодексом адміністративного судочинства України (далі – КАС України)¹³ можуть бути позивачами у справах про встановлення обмеження щодо реалізації права на свободу мирних зібрань, подавати відповідні позови. У такий спосіб підтверджується законодавчо сформульована теза про те, що суб'єкти владних повноважень мають право звернутися до адміністративного суду виключно у випадках, визначених Конституцією та законами України (ч. 4 ст. 5 КАС України). А ось вже виключно до компетенції окружних адміністративних судів належить прийняття відповідного рішення щодо обмеження реалізації права на свободу мирних зібрань, ухваленого на підставі норм матеріального права відповідно до процесуальних норм та з урахуванням відповідних обставин конкретної адміністративної справи. Єдине, на чому необхідно наголосити – це те, що суди мають враховувати, поряд з іншими доказами, ту обставину, що на території, де планується здійснення суб'єктом його права на свободу мирного зібрання, запроваджена особлива умова – правовий режим надзвичайного стану, який введений в інтересах національної безпеки та громадського порядку з метою запобігання заворушенням або кримінальним правопорушенням, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей, що певною мірою (лише частково, а не абсолютно) відповідає правовим підставам та меті обмеження здійснення права на свободу мирних зібрань.

Таким чином, вважаємо, що запровадження Указом Президента України заборони чи обмеження у проведенні масових заходів прямо співвідноситься з обов'язком суб'єктів владних повноважень, які за законодавством України є об'єктом сповіщення про намір здійснення права на мирні зібрання, зобов'язуючи такі органи влади звертатися до адміністративних судів із відповідними позовами щодо заборони чи

¹³ Кодекс адміністративного судочинства України: у редакції Закону від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/print>> (дата звернення: 30.01.2019).

обмеження у реалізації права на свободу мирних зібрань. Водночас зауважимо, що такий Указ Президента України про введення надзвичайного стану на території України або в окремих її місцевості, яким встановлюється заборона проведення масових заходів, можна розглядати як певне втручання у розсуд адміністративного суду, який відповідно до Конституції та законів України, зокрема КАС України, наділений правом ухвалювати рішення про обмеження чи заборону реалізації права на свободу мирних зібрань, адже за своєю суттю такий указ зобов'язує адміністративний суд ухвалювати однозначне рішення, позбавляючи його дискреції у виборі рішення під час реалізації ним правосуддя.

Отже, переконані, що здійснення права на свободу мирних зібрань не може бути обмеженим виключно в адміністративному порядку шляхом запровадження відповідного обмежувального заходу в Указі Президента України про введення надзвичайного стану на всій території України чи в окремих місцевості. Обмеження на здійснення права на свободу мирних зібрань чи заборону здійснення цього права є виключною прерогативою судової гілки влади. Це логічно відображено у ст. 31 Закону, де зазначається, що правосуддя на території, де введено надзвичайний стан, здійснюється лише судами, створеними відповідно до Конституції України. Введення будь-яких скорочених або прискорених форм судочинства забороняється¹⁴. Зазначена норма є продовженням конституційної норми, що міститься у ст. 124 Конституції України: 'Правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються'¹⁵.

Натомість надзвичайний стан як особлива умова здійснення права на свободу мирних зібрань є одним із основних доказів, що повинні бути враховані судом під час розгляду відповідної адміністративної справи про встановлення заборони на здійснення права на мирні зібрання. Адже запровадження обмеження чи заборони на здійснення права на свободу мирних зібрань можливе лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку, а саме ці інтереси мають на меті під час прийняття відповідного Указу Президентом України (ч. 1 ст. 16 Закону), а також відповідна мета – усунення загроз безпеці громадян або конституційному ладові, що тісно переплітаються (хоча і не завжди повністю збігаються) з метою обмеження чи заборони здійснення права на свободу мирних зібрань. Крім того, не слід забувати про те, що надзвичайний стан може бути запроваджений і без встановлення відповідного обмеження, як заборона проведення масових заходів, страйків. За таких умов рішення

¹⁴ Про правовий режим надзвичайного стану (н 10).

¹⁵ Конституція України (н 11).

суду про обмеження чи заборону здійснення права на свободу мирних зібрань не може ґрунтуватися на запровадженні такого правового режиму, хоча останній може бути додатковим аргументом в ухваленні такого судового рішення, оскільки надзвичайний стан запроваджується саме в інтересах національної безпеки та громадського порядку – правових підстав, що слугують обмеженню чи заборону на здійснення права на свободу мирних зібрань.

Як наслідок, робимо висновок про те, що правовий режим надзвичайного стану має декілька вихідних умов, які позначаються на здійсненні права на свободу мирних зібрань та ухваленні рішень про обмеження чи заборону реалізації цього права. По-перше, встановлення прямої заборони на проведення масових заходів у разі введення надзвичайного стану у відповідному Указі Президента України; по-друге, введення правового режиму надзвичайного стану без запровадження такого заходу, як заборона масових заходів. Однак в обох випадках правовий режим надзвичайного заходу запроваджується в інтересах національної безпеки та громадського порядку й із тією ж метою, що й встановлення обмежень на здійснення права на свободу мирних зібрань.

Висновки. Підсумовуючи дослідження надзвичайного стану як умови здійснення права на свободу мирних зібрань, зазначимо, що такий правовий режим може впливати на здійснення права на свободу мирних зібрань, однак адміністративне запровадження обмеження чи заборони здійснення права на свободу мирних зібрань – Указом Президента України, який може містити пряму вказівку на заборону мирних зібрань, не може бути правовою, з огляду на конституційність, принципи верховенства права, дотримання прав і свобод людини та законність, підставою заборони чи обмеження здійснення права на свободу мирних зібрань. Натомість правовий режим надзвичайного стану як зовнішня умова, що забезпечує особливості реалізації, здійснення чи функціонування вказаного правового стану, позначається на здійсненні права на свободу мирних зібрань суб'єктів, що потрапили у вказані обставини. Прийняття ж рішення про заборону чи обмеження здійснення права на свободу мирних зібрань залишається виключною прерогативою адміністративного суду, який, ухвалюючи таке рішення, користується власним розсудом, визначає можливість ухвалення подекуди протилежних рішень (заборонити, обмежити здійснення права на свободу мирних зібрань або відмовити у задоволенні адміністративного позову про встановлення обмежень чи заборони здійснення права на свободу мирних зібрань). Встановлення Указом Президента України про введення надзвичайного стану заборони масових заходів є втручанням у розсуд адміністративного суду (нині – законним втручанням,

Микола Самбор

оскільки прямо передбачений у нормах Закону України “Про правовий режим надзвичайного стану”), яке обмежує судовий розсуд в ухваленні рішення за позовом органів державної влади або місцевого самоврядування щодо обмеження чи заборони у реалізації права на свободу мирних зібрань, схилиючи суд до ухвалення однозначного та наперед відомого рішення – заборони здійснення права на свободу мирних зібрань. Отже, надзвичайний стан як умова здійснення права на свободу мирних зібрань істотно впливає на здійснення цього права, а за умови встановлення прямої заборони на проведення масових заходів призводить до заборони здійснення права на свободу мирних зібрань на території, де введено надзвичайний стан.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Zakaliuk A, *Kurs suchasnoi ukrainskoi kryminolohii: teoriia i praktuka [Course of Modern Ukrainian Criminology: Theory and Practice]* (In Yure 2007) (in Ukrainian).

Edited books

2. ‘Umova’ [‘Condition’] v *Slovyk ukrainskoi movy [Condition. Dictionary of Ukrainian]* 1979 (in Ukrainian).

Journal articles

3. Durmanenko O, “Teoretychnyi analiz ponyattia “pedahohichni umovy” v konteksti monitorynhu vyhovnoi roboty y vyschomu navchalnomu zakladi” [‘A Theoretical Analysis of Concept “Pedagogical Terms” is in the Context of Monitoring of Educator Work in Higher Educational Establishment’] [2012] 7(90) *Molod i runok* (in Ukrainian).

Mykola Sambor

THE STATE OF EMERGENCY AS THE CONDITION FOR LIMITING THE RIGHT TO FREEDOM OF PEACEFUL ASSEMBLY

ABSTRACT. The current geopolitical and socio-economic conditions which Ukraine is facing trigger the processes of Ukraine’s statehood development and establishment of civil society, imparting certain specifics to the sphere of understanding and exercise of the right to freedom of peaceful assembly, and the content of the said specifics is unexplored. Today, Ukraine is going through a turbulent period characterized by the introduced state of emergency or martial law in some of its regions.

The purpose of the article is to study the special features of the limitation on the exercise of the right to freedom of peaceful assembly in the state of emergency.

Based on a linguistic understanding, having absorbed the doctrinal and legal experience of understanding the meaning of the term “condition” in combination with other terms-

concepts, the article leads to the conclusion that a condition should be understood as external circumstances assuring the exercise, implementation or functioning of a phenomenon or a process which characterize the specifics present in the implementation of mutual rights and obligations of entities exposed to these circumstances.

The author proves that the legal regime of the state of emergency may affect the exercise of the right to freedom of peaceful assembly; however, its administrative introduction by the Decree of the President of Ukraine, which may contain a direct order prohibiting peaceful assemblies, may not be a lawful basis for the prohibition or limitation of the exercise of this right given the constitutionality, the rule of law principle and lawfulness. The legal regime of the state of emergency, as an external circumstance, affects the exercise of the right to freedom of peaceful assembly of entities exposed to such circumstances. At the same time, the decision to prohibit or limit the exercise of the right to freedom of peaceful assembly remains the exclusive prerogative of an administrative court, which, in making such a decision, acts at its own discretion, thus opening the possibility that sometimes opposing decisions may be made (to prohibit, limit the exercise of the right to freedom of peaceful assembly or to dismiss an administrative claim). Where the Decree of the President of Ukraine introducing the state of emergency prohibits mass events, this is an intervention in the discretion of administrative court (and now a lawful intervention, since it is expressly provided for in the provisions of the Law of Ukraine “On the Legal Regime of the State of Emergency”), which limits court discretion in deciding on the claim filed by public authorities or local self-government bodies regarding the limitation or prohibition of the exercise of the right to freedom of peaceful assembly, and which induces the court to pass a definite decision known in advance – prohibition to exercise the right to freedom of peaceful assembly. Therefore, the state of emergency, as a condition for the exercise of the right to freedom of peaceful assembly, has a significant impact on the exercise of this right, and where an explicit ban is imposed on mass events, it entails the prohibition of the exercise of the right to freedom of peaceful assembly in the territory where the state of emergency has been introduced.

KEYWORDS: condition for limitation of a right; the state of emergency; measures limiting the constitutional rights; right to freedom of peaceful assembly.

Джунь В. В. Соціологія конституційного права : моногр. / В. В. Джунь. – К. : Вид. дім “Ін Юре”, 2018. – Кн. 2. Соціокультурні підстави європейського конституціоналізму. – 608 с.

Україна протягом століть перебуває під безпосереднім впливом європейської політичної та правової думки. На сучасному етапі розвитку Український народ намагається опанувати культурні досягнення Європи і реалізувати їх у власному державотворчому процесі. У книзі простежено становлення політичної культури державного владарювання в європейському цивілізаційному просторі та розкрито фундаментальні основи європейського конституціоналізму.

Монографію можна придбати на сайті видавництва “Право”:

<http://pravo-izdat.com.ua>,

а також у ТОВ “Видавничий Дім ‘Ін Юре’”.



ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 4 • 183-195

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС



Ігор Рогатюк

доктор юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник,
заслужений юрист України,
старший викладач відділу підготовки прокурорів
з нагляду за додержанням законів органами,
які проводять оперативно-розшукову діяльність,
дідання та досудове слідство
Національної академії прокуратури України (м. Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3374-4597>
rogatiuk_05@ap.gp.gov.ua

Ольга Мінченко

кандидат юридичних наук, доцент,
докторант кафедри теорії держави та права
Національної академії внутрішніх справ
(м. Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7746-0919>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/1-3336-2018>
olgaminchenko1004@gmail.com



УДК 343.1:343.222.1

НЕВИНУВАТІСТЬ ЧИ НЕВИННІСТЬ. НЕВІДПОВІДНІСТЬ ДЕФІНІЦІЙ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ТА КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСІВ СТАТТІ 62 КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

АНОТАЦІЯ. Презумпція невинуватості, будучи основоположною конституційною засадою кримінального процесу, підпорядковує дії Основного Закону України всі підзаконні акти у сфері свого впливу. Однак у різних кодифікованих законодавчих актах матеріального та процесуального права відсутні юридичні конструкції, що відповідають конституційній дефініції презумпції винуватості за формою і змістом. У зв'язку з таким хибним тлумаченням втрачається правильне розуміння зазначеного принципу, що може призвести до юридичних помилок, а подекуди й порушень закону. Незважаючи на велику кількість праць, присвячених дослідженню різних аспектів презумпції невинуватості, необхідно констатувати, що у юридичній літературі так і не сформовано чіткої, усталеної, юридичної відповідності термінології законодавчих актів ст. 62 Конституції України.

Метою статті є висвітлення та аналіз норм Кримінального процесуального кодексу України (КПК України) та Кримінального кодексу України (КК України), що

НЕВИНУВАТІСТЬ ЧИ НЕВИННІСТЬ. НЕВІДПОВІДНІСТЬ ДЕФІНІЦІЙ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО...

не відповідають термінології презумпції невинуватості, яка визначена у Конституції України. Усунення виявлених недоліків шляхом пропозиції розгляду відповідних змін до законодавства України та запровадження на методологічному рівні практики однакового відображення у процесуальних документах учасниками кримінального судочинства термінології Конституції України.

Встановлено, що в КПК України стосовно особи, щодо якої розслідується кримінальне провадження у зв'язку з вчиненням правопорушення, в одних нормах вживаються терміни “винуватість” чи “невинуватість” такої особи, а в других – співзвучні поняття, але інші за змістом – “невинність” і “винність”, що не відповідають юридичній конструкції презумпції невинуватості, викладеній у ст. 62 Конституції України.

Автори доходять висновку, що вказані термінологічні неточності виникають у результаті неправильного перекладу положень Основ кримінального судочинства СРСР та союзних республік, прийнятих 25 грудня 1958 р., та включення їх до норм Кримінально-процесуального кодексу 1960 р. У публікації підтверджено наявність таких рудиментів і в чинних КПК України та КК України. Зазначено, що проблема має не лише теоретичне, а й цілком практичне значення, оскільки суб'єкти кримінального процесу у своїй правозастосовній практиці застосовують неконституційні юридичні конструкції.

Ключові слова: презумпція невинуватості; відповідність Конституції; правопорушення; невинуватість; невинність; винуватість; винність; Кримінальний процесуальний кодекс України.

Наявність існування некоректних норм кримінального процесуального законодавства, що протягом тривалого часу “перекочовують” з одного Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) до іншого, свідчить про те, що парламентарям під час законотворчого процесу варто звертати увагу не лише на формальну конструкцію норм КПК України¹, а й на необхідність правильного тлумачення у законі їх юридичного змісту. Особливо це стосується імперативних, які застосовуються суддями, прокурорами, слідчими у практичній діяльності.

Враховуючи зазначене, актуальність цієї статті та подальший розгляд питання вбачаються передусім у її своєчасності, беручи до уваги реалії. Що стосується ступеня наукової розробки проблем реалізації принципу презумпції невинуватості, то попри значну кількість публікацій українських учених (М. Бажанов, Ю. Баулін, А. Бойко, Т. Варфоломеева, В. Галаган, В. Гончаренко, І. Грицюк, Ю. Грошевий, А. Кислий, Г. Кожевніков, В. Крижанівський, В. Лисенко, В. Маляренко, І. Марочкін, Т. Мирошніченко, М. Михеєнко, В. Молдован, В. Нор, В. Попелюшко, П. Пушкар, П. Рабінович, Н. Сибільова, З. Смітєнко, Ю. Стеценко, О. Татаров, В. Тертишник, В. Топчій, В. Фаринник, В. Шибіко, М. Шумило, В. Юр-

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> (дата звернення: 15.03.2019).

чишин, С. Яценко та інші), у яких ці питання зачіпаються, вітчизняна кримінальна процесуальна наука ще не виробила єдиного чи принаймні узагальнюючого підходу, а моніторинг правозастосовної практики свідчить про різні форми реалізації у процесуальних документах положень КПК України та Кримінального кодексу України (далі – КК України)².

Метою дослідження є аналіз сформованих у доктрині кримінального процесуального права підходів до розуміння принципу презумпції невинуватості, форм та способів її реалізації для вироблення цілісного уявлення про особливості реалізації специфічних правомочностей учасників кримінального процесу, формування єдиної практики правозастосування суб'єктами кримінального судочинства, а також викладення власного бачення цілей і найбільш доцільних способів реалізації положень ст. 62 Конституції України³.

Кримінальна процесуальна діяльність учасників судочинства чітко підпорядкована фундаментальним засадам процесу. Останні забезпечують таку діяльність від можливих відходів від норми або ж порушень. Серед інших принципів, що містяться в Основному Законі та КПК України, чільне місце належить принципу презумпції невинуватості.

Не можна сказати, що вказаний принцип обійшли увагою вчені-правники. Протягом усієї історії становлення української державності за допомогою української правничої науки впроваджувалися нові прогресивні засади належного захисту громадян. Достатньо досліджень присвячено розробці та упровадженню цього принципу до вітчизняної системи законодавства. Після чого удосконалювався механізм його реалізації у прикладних сферах, шляхом нормативної імплементації до відповідних галузей права, насамперед кримінальну процесуальну та ін.

Процесуалістами презумпція невинуватості досліджена досить повно та об'єктивно, оскільки розглядалася під різними кутами зору, у наукових дискусіях та в різні історичні періоди.

На її фундаментальності наголошував С. Яценко саме через те, що презумпція невинуватості у вчиненні злочинного діяння зафіксована в низці міжнародно-правових документів, зокрема в: Загальній декларації прав людини 1948 р. (ч. 1 ст. 11), Міжнародному пакті про громадянські та політичні права 1966 р. (п. 2 ст. 14), Конвенції СНД про права та основні свободи людини 1995 р. (ч. 2 ст. 6). У частині 2 ст. 6 ("Право на справедливий судовий розгляд") Конвенції про захист прав людини і

² Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>> (дата звернення: 15.03.2019).

³ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 15.03.2019).

основоположних свобод 1950 р. говориться: ‘Кожен, кого обвинувачують у вчиненні злочину, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено згідно із законом’⁴.

Зі свого боку Т. Фулей розглядала її у вузькому та широкому значеннях, або, інакше кажучи, на двох різних рівнях – при розгляді кримінальної справи в суді (англ. *criminal trial*) та в кримінальному процесі у більш загальному значенні. Вужча концепція охоплює відомий принцип, відповідно до якого при обвинуваченні особи у вчиненні злочину (чи кримінального проступку) тягар доведення вини несе сторона обвинувачення (прокурор), і доведення має бути поза розумним сумнівом (англ. *beyond reasonable ground*) (ч. 2 ст. 17 КПК України). Але сучасне європейське право з прав людини також підтримує ширший сенс презумпції невинуватості, а саме: не лише поведження з особою, вина якої у вчиненні кримінального правопорушення не встановлена обвинувальним вироком суду, має відповідати поведженню з невинуватою особою, а й досудове розслідування має проводитися, наскільки це можливо, як неомовби обвинувачений є невинуватим. Таке широке значення презумпції діє як стримування щодо численних заходів, які можуть застосовуватися до підозрюваного в період до судового розгляду справи по суті⁵.

Т. Мирошніченко акцентувала на тому, що принцип презумпції невинуватості є конституційним у більшості цивілізованих країн та являє собою атрибут демократичного правосуддя. У Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи “Про надання інформації щодо кримінального судочинства через засоби масової інформації” цей принцип задекларований під окремим номером і має у своїй редакції такий зміст: ‘Повага до принципу презумпції невинуватості є невід’ємною частиною права на справедливий суд’. Дійсно, мета кримінального процесуального доказування – отримання достовірного знання про винуватість особи в скоєнні злочину, тобто спростування презумпції невинуватості може бути досягнуте лише за умови всебічного, повного і неупередженого дослідження обставин кримінального провадження⁶.

В. Попелюшко дослідив етимологічне значення одного зі складових понять цього принципу, а саме презумпції. Презумпція (*presumptio*) – слово латинського походження, яке перекладається буквально як “припускати”. В одному з таких значень воно використовується й у сучасній

⁴ С Яценко, ‘Принцип презумпції невинуватості та інститут кримінальної відповідальності в міжнародному праві, праві України та деяких інших європейських та азійських держав: порівняльний аспект’ (2005) 63-64 Вісник Київського Національного університету імені Тараса Шевченка 93.

⁵ Т Фулей, ‘Презумпція невинуватості: концептуальні підходи’ (2012) 1 Слово Національної школи суддів України 41.

⁶ Т Мирошніченко, ‘Реалізація засади презумпції невинуватості в процесі кримінального процесуального доказування’ [2016] 40(2) Науковий вісник Ужгородського національного університету 119.

українській мові: 'Презумпція, <...> 1. Припущення, що ґрунтується на ймовірності'⁷.

Кожен із авторів обирає свій напрям дослідження презумпції невинуватості, і ми дякуємо їм за існуючий високий рівень розробки цього принципу. Однак лише В. Нор у своїх працях підкреслив, що право особи на презумпцію невинуватості у вітчизняній Конституції визначено більш повно і чіткіше, аніж у міжнародно-правових актах. Крім Конституції України презумпція невинуватості обвинуваченого у вчиненні злочину знайшла своє закріплення і в галузевому законодавстві, зокрема у КК України (ч. 2 ст. 2) та опосередковано у КПК України (ч. 2 ст. 15), хоча в останньому вона мала б бути закріплена в конституційному формулюванні, оскільки презумпція невинуватості істотно впливає на суть і характер вітчизняного кримінального судочинства⁸. Йшлося про КПК 1960 р., однак і в чинному процесуальному кодексі існують термінологічні рудименти.

Наголошуючи у цій статті на невідповідності тексту законів України, власне, Конституції України, ми хочемо звернути увагу законодавця, а також учених і практиків на виправлення існуючої ситуації шляхом усунення різночитання з метою однакового тлумачення, а найголовніше – розуміння і застосування на практиці правових норм.

Отже, презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини – одна з основоположних засад кримінального провадження, яка впливає з міжнародного права та імплементована у Конституції України⁹, кодексах і законах України¹⁰.

Принцип важливий для кримінального судочинства тим, що суб'єкти процесу зобов'язані об'єктивно встановити винуватість чи невинуватість особи. Розкривається він у такому:

– особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню доти, доки її вину не буде доведено у встановленому порядку і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили;

– ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом;

⁷ В Попелюшко, 'Презумпція невинуватості за законом, на грані закону та поза його межами' (2008) 1 Часопис Академії адвокатури України 79.

⁸ В Нор, 'Презумпція невинуватості як конституційна засада кримінального судочинства та її застосування в практиці Європейського суду з прав людини' [2011] 1(3) Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право" 3-4.

⁹ Конституція України (н 3).

¹⁰ Кримінальний процесуальний кодекс України (н 1); Кримінальний кодекс України (н 2).

- обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях;
- усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи;
- поведження з особою, вина якої у вчиненні кримінального правопорушення не встановлена обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили, має відповідати поведженню з невинуватою особою¹¹.

У системі українського законодавства поняття “презумпція невинуватості” (на момент прийняття Основного Закону України) було *правильно* визначено *тільки* в Конституції. В інших же кодифікованих і законодавчих актах воно не містилося, а якщо й містилося, то мало дещо юридично спотворене розуміння.

Ідеться про невідповідність термінології, а саме: в Конституції України, як ми вже зазначили, вживається термін презумпції невинуватості, а в КК України та КПК України у цьому ж самому розумінні вживається термін “невинність”.

Тож як *правильно: невинуватість чи невинність?* Безумовно, Конституцією України застосовано чіткий, правильний етимологічно та юридично виважений термін, а от в інших законодавчих актах не зовсім.

Отже, “невинуватість” походить від “невинуватого” – того, хто не має за собою вини, що не зробив злочину. Або ж, навпаки, “винуватого”, який вчинив злочин або щось погане та усвідомлює свою вину. Ця дефініція має лише одне зрозуміле значення та вживається Конституцією України *щодо правопорушення*.

Термін “винний” має декілька значень, зокрема: той, хто має борг. Він також походить від слова “вино”, “винний камінь”, “винний погріб” та ін. Ще заплутанішим у юридичному сенсі є термін “невинний”. Тлумачний словник визначає його як морально чистий, непорочний (цнотливий), наївний, простодушний тощо¹². Таке тлумачення є невідповідним юридичному розумінню суті правопорушення, оскільки інколи заводить нас в інші галузі знань.

Звідки ж у нашій юридичній науці і практиці взялися такі неточності?

Шукаючи відповідь на це запитання, ми провели невеличкий історичний ретроеккурс, у результаті якого дійшли висновку, що вказані вище некоректні терміни закралися до кодексів та законів України внаслідок неправильного перекладу з російської мови на українську терміна “*виновный, невинный*”, що містився в Основах кримінального судочинства законодавства Союзу РСР та союзних республік від 25 грудня 1958 р.

¹¹ І Рогатюк, *Процесуальна діяльність прокурора на стадії досудового розслідування* (Нац акад внутр справ 2016) 544.

¹² В Бусел (голов ред), *Великий тлумачний словник сучасної української мови* (Перун 2009) 103, 593.

(далі – Основи судочинства). Підтвердження цьому ми бачимо вже на перших сторінках КПК 1960 р. У статті 2, серед іншого, вказується: ‘...викриття *винних* та забезпечення правильного застосування Закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності і жоден *невинний* не був покараний’¹³. Тобто у вихідній редакції Основ судочинства застосовано термін “виновный”, що при правильному змістовному перекладі повинно відповідати українському терміну “винуватий”. Водночас російському поняттю “невиновный” відповідає українське поняття “невинуватий”, і аж ніяк не те, що містилося у КПК 1960 р.

Варто зазначити, що таке помилкове тлумачення перекочувало і в КК України та в інші кодифіковані акти. Однак цікаве інше – вказані нами помилки не виправлені законодавцем і до сьогодні, незважаючи на оновлення КК України та КПК України.

Так, чинний КК України містить такі некоректні дефініції: “винне”, “винного”, “винними”. Одна із них міститься навіть у назві ст. 372 – “Притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності”. Загалом вони містяться у понад двадцяти статтях! Правильно застосовано термінологію лише у трьох статтях, це:

– ч. 2 ст. 2 “Підстава кримінальної відповідальності”: ‘Особа вважається *невинуватою* у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду’;

– ч. 2 ст. 120 “Доведення до самогубства”: ‘Те саме діяння, вчинене щодо особи, яка перебувала в матеріальній або іншій залежності від *винуватого*, або щодо двох або більше осіб <...>’;

– ст. 389¹ “Умисне невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості”: ‘Умисне невиконання засудженим угоди про примирення або про визнання *винуватості* <...>’.

Хоча чинний КПК України прийнятий набагато пізніше за КК України (майже в усьому кодексі містяться правильні формулювання винуватості або невинуватості), однак, зі свого боку, не позбавлений рудиментів минулого. Старі, архаїчні дефініції ми знаходимо у п’яти статтях КПК України, таких як:

– ч. 10 ст. 100 “Зберігання речових доказів і документів та вирішення питання про спеціальну конфіскацію”: ‘<...> У разі відсутності у *винної* особи майна, на яке може бути звернене стягнення, крім майна, яке підлягає спеціальній конфіскації <...>’;

¹³ Кримінально-процесуальний кодекс України: Закон України від 28 грудня 1960 р. № 1001-05 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1001-05>> (дата звернення: 13.03.2019).

– ч. 3 ст. 308 “Оскарження недотримання розумних строків”: ‘Службові особи, *винні* в недотриманні розумних строків, можуть бути притягнуті до відповідальності, встановленої законом’;

– ч. 4 ст. 330 “Заходи до порушників порядку судового засідання”: ‘За неповагу до суду *винні* особи притягуються до відповідальності, встановленої законом’;

– ч. 1 ст. 348 “Роз’яснення обвинуваченому суті обвинувачення”: ‘Після оголошення обвинувачення головуєчий встановлює особу обвинуваченого <...> і запитує, чи зрозуміле воно йому, чи визнає він себе *винним* і чи бажає давати показання’;

– абзац 2 п. 2 ч. 3 ст. 374 “Зміст вироку”: ‘<...> статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність, що передбачає відповідальність за кримінальне правопорушення, *винним* у вчиненні якого визнається обвинувачений’.

Можливо, у тому, що є різниця в етимологічному розумінні термінів, немає нічого, що може загрожувати правам і свободам людини в нашій державі. З одного боку, це так, але, з другого боку, юристи знають, що навіть кома, поставлена в іншому місці юридичної тези, діаметрально протилежно змінює її зміст, не кажучи вже про термінологію.

Також зазначимо, що теоретичний аспект питання, що розглядається, має цілком практичне вираження. Якщо звернутися до Єдиного реєстру судових рішень, то можна побачити, що майже кожен вирок складається суддями щодо *винної, а не винуватої особи*¹⁴. Лише у судових вироках, ухвалених у 2019 р., ми натрапляємо на правильні формулювання винуватості особи, яку засуджують іменем України.

Тобто формально наявна термінологічна невідповідність положенням ст. 62 Конституції України. Таких юридичних помилок також вистачає і в процесуальних документах як сторони обвинувачення, так і сторони захисту.

Висновки. Отже, для виправлення ситуації, яка склалася, варто вжити певних організаційно-практичних заходів, а саме:

1. У закладах професійної освіти з підготовки та підвищення кваліфікації адвокатів, прокурорів, слідчих та суддів при викладанні відповідних навчальних дисциплін, на методологічному рівні запровадити практику однакового відображення у процесуальних документах учасниками кримінального судочинства термінології Конституції України.

2. З метою усунення невідповідності вказаної термінології тексту законів із текстом Конституції України запропонувати парламентарям

¹⁴ Вирок Деснянського районного суду м. Києва від 11 лютого 2010 р. у справі № 1-118/10 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/66308073>> (дата звернення: 13.03.2019).

прийняти відповідні зміни до *двадцяти двох статей* КК України (статті 11, 46, 50, 51, 53, 65, 67, 69, 70, 75, 86, 98, 115, 126, 143, 144, 152, 153, 258, 267, 372, 374) та до *п'яти* КПК України (статті 100, 308, 330, 348, 374).

Це потрібно зробити з однією метою – щоб “буква” закону відповідала його “духу”, а помилкова правозастосовна практика залишилася у далекому минулому.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Rogatyuk I, *Protsesualna diialnist prokurora na stadii dosudovoho rozsliduvannia* [Procedural Activity of the Prosecutor at the Stage of Pre-trial Investigation] (Natsionalna akademiia vnutryshnykh sprav 2016) (in Ukrainian).

Edited books

2. Busel V (holov red), *Velykyi tlumachnyi slovnyk suchasnoii ukrainskoi movy* [Great Explanatory Dictionary of Modern Ukrainian Language] (Uklad 2009) (in Ukrainian).

Journal articles

3. Fuley T, ‘Prezumptsiia nevinovatosti: kontseptualni pidkhody’ [‘Presumption of Innocence: Conceptual Approaches’] (2012) 1 Slovo Natsionalnoi shkoly sudiv Ukrainy 41 (in Ukrainian).
4. Myroshnychenko T, ‘Realizatsiia zasady prezumptsiyi nevinovatosti v protsesi kryminalnoho protsesualnoho dokazuvannia’ [‘Realization of the Basis of the Presumption of Innocence in the Process of Criminal procedural proof’] (2016) 40 Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu 119 (in Ukrainian).
5. Nor V, ‘Prezumptsiia nevinovatosti yak konstytutsiina zasada kryminalnoho sudochynstva ta yiyi zastosuvannia v praktytsi Yevropeyskoho sudu z prav lyudyny’ [‘The Presumption of Innocence as the Constitutional Basis of Criminal Justice and its Application in the Practice of the European Court of Human Rights’] (2011) 1 Chasopys Natsionalnoho universytetu “Ostrozka akademiia” 3-4 (in Ukrainian).
6. Popelyushko V, ‘Prezumptsiia nevinovatosti za zakonom, na hrani zakonu ta poza yoho mezhamy’ [‘Presumption of Innocence by Law, on the Verge of the Law and Beyond its Borders’] (2008) 1 Chasopys Akademii advokatury Ukrainy 79 (in Ukrainian).
7. Yatsenko S, ‘Pryntsyp prezumptsiiii nevinovatosti ta instytut kryminalnoi vidpovidalnosti v mizhnarodnomu pravi, pravi Ukrainy ta deyakykh inshykh yevropeyskykh ta aziyskykh derzhav: porivnyalni aspekt’ [‘Principle of Presumption of Innocence and Institute of Criminal Responsibility in International Law, the Law of Ukraine and Some Other European and Asian States: a Comparative Aspect’] (2005) 63-64 Visnyk Kyivskoho Natsionalnoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka 93 (in Ukrainian).

Igor Rogatyuk
Olga Minchenko

NOT GUILTY OR INNOCENT.
INCONSISTENCY OF DEFINITIONS IN THE CODE
OF CRIMINAL PROCEDURE
AND THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE
WITH ART. 62 OF THE CONSTITUTION OF UKRAINE

ABSTRACT. The benefit of doubt as a fundamental constitutional principle of the criminal procedure subordinates all of the bylaws within the scope of its influence to the Fundamental Law of Ukraine. However, various codified legislative acts of substantive and procedural law do not have juridical constructs which are consistent with the constitutional definition of the benefit of doubt in form and content. This misinterpretation leads to the loss of a correct understanding of this principle, thus opening the possibility of legal errors and sometimes even violations of law. Despite a great number of works focused on the study of various aspects of the benefit of doubt, it should be noted that juridical literature still has not developed a clear and well-established juridical consistency of the terminology used in legislative acts with Article 62 of the Constitution of Ukraine.

The purpose of this article is to highlight and analyze the provisions of the Code of Criminal Procedure of Ukraine (CCP of Ukraine) and the Criminal Code of Ukraine (CC of Ukraine) which are inconsistent with the benefit of doubt terminology as defined in the Constitution of Ukraine. Addressing the revealed shortcomings by suggesting that the relevant amendments should be considered to legislation of Ukraine and by introducing, at the methodological level, the practice where participants to criminal proceedings identically apply the terminology of the Ukrainian Constitution in procedural documents.

It is established that in the Code of Criminal Procedure of Ukraine in respect of a person, who is prosecuted on criminal charges of committing an offense, some provisions use the terms “guilty” or “not guilty”, while other provisions use the concepts which sound alike [*in Ukrainian*] but have a different meaning – “innocent” and “not innocent”, and they are inconsistent with the legal construct of the benefit of doubt set out in Article 62 of the Constitution of Ukraine.

The author comes to the conclusion that these terminological inaccuracies ensue from the incorrect translation of the provisions of the Fundamentals of the Criminal Court Procedure of the USSR and the Union Republics adopted on December 25, 1958, and incorporation thereof to the provisions of the Code of Criminal Procedure of 1960. The publication confirms the presence of such rudiments in the current CCP of Ukraine and CC of Ukraine. It is also noted that this issue is not only of theoretical importance, but also has practical implications, since parties to criminal proceedings use unconstitutional legal constructs in their law application practice.

KEYWORDS: benefit of doubt; consistency with the Constitution; offense; not guilty; innocent; guilty; not innocent; the Code of Criminal Procedure of Ukraine.

РЕЦЕНЗІЇ

Віталій Опришко

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАН України
(м. Київ, Україна)
deanlaw1840@gmail.com

ВАГОМИЙ КРОК НА ШЛЯХУ ФОРМУВАННЯ
НАУКОВОЇ ТЕОРІЇ ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ*

Світ побачила монографія Л. Макаренко “Правова культура: теоретико-методологічні основи дослідження”, присвячена одній із найбільш актуальних і водночас недостатньо розроблених проблем юридичної науки в Україні – проблемі правової культури.

Незважаючи на велику кількість праць із цієї проблеми як у нашій країні, так і за її межами, відчувається відсутність цілісного уявлення про правову культуру як явище і наукову категорію. У багатоманітних визначеннях поняття правової культури втрачається її єдине сприйняття, а з ним і тих проблем, які мають вирішуватися у царині права і держави. Нашому суспільству вкрай не вистачає суспільного миру, збереження якого, за словами С. Котляревського, є найважливішою функцією права. Цю свою функцію право може виконати лише у правовій державі, якою визначена Україна в Основному Законі.

Як цілком слушно стверджує авторка, тільки забезпечуючи поступальний рух суспільства, розвиваючись у руслі правової культури, право (“культурне” право) сприяє прогресивному розвитку людської особистості й здатне виконати свою найважливішу функцію. Тому вирішення проблеми правової культури є головним для реалізації ідеї побудови в Україні правової держави.

Актуальність значення правової культури ще посилюється в умовах, коли змінюються соціальні цінності, умови діяльності та норми поведінки людей, що вимагає дієвого правового упорядкування суспільного життя. Вирішення цього завдання можливе за умови підвищення ролі та значення правової культури громадян, фахівців-юристів і суспільства загалом, посилення впливу правових цінностей на правове регулювання суспільних відносин. Однак зараз існує безліч проблем у формуванні

* Рецензія на монографію: Л. Макаренко, *Правова культура: теоретико-методологічні основи дослідження: монографія* (Парламентське видавництво 2019).

правової культури: правова безграмотність населення, складний процес правотворчості, протиріччя нормативно-правових актів, а також нерозвинута правова ідеологія держави і, як наслідок, правовий нігілізм поряд із нехтуванням, а то й нищенням моральних засад суспільства.

Вирішення усіх цих проблем можливе за умови комплексного підходу на основі наукової теорії правової культури. Але в науці досі не сформоване загальне поняття правової культури, існує кілька сотень його визначень, що перешкоджає створенню наукової теорії правової культури.

Суспільство спостерігає тривалий науковий пошук відповіді на запитання: “Що таке правова культура, які головні чинники її впливу на людину та суспільство, у чому полягає практичне значення правової культури?”

Як зазначає Л. Макаренко, така ситуація виникла через відсутність єдиного розуміння понять “культура” і “право” і значну кількість різних підходів до пізнання правової культури. Це обумовлює вирішення основних для юридичної науки методологічних проблем. Розробку методології пізнання правової культури авторка визначила як головне завдання своєї наукової праці.

Ознайомлення зі змістом рецензованої монографії, її структурою вказує на те, що Л. Макаренко цілком впоралася із поставленим завданням. Дослідження відзначається істотною науковою новизною і фундаментальним характером.

У монографії використовуються пов’язані з поняттям “правова культура” наукові терміни, зокрема: “культура”, “право”, “праворозуміння”, “суб’єкт права”, “правові цінності”, “правосвідомість” і багато інших, які розглядалися з огляду на їхні потреби для з’ясування змісту досліджуваного поняття і без яких він не може бути визначений. При цьому відносно кожного з них висловлюються авторські позиції, і, що дуже важливо, з погляду методології їх розуміння.

Дуже цікавими є авторське бачення зв’язку категорій правосуб’єктності та правової культури, поняття “правокультурність” як характеристики правової культури окремої людини, співвідношення понять “суб’єкт права” та “суб’єкт правової культури”, класифікація правової культури на такі основні її види, як цивілізаційна, національна та інституційна правова культура, авторські визначення понять “правова культура” і “національна правова культура”.

Рецензовану монографію можна віднести до фундаментальних досліджень, у якому основний акцент зроблено на методологічних проблемах вивчення такого суспільного явища, як правова культура. Видається, що

Віталій Опришко

авторці вдалося порушити принципові питання методології пізнання цього явища і запропонувати досить обґрунтовані відповіді на них.

Водночас дослідження не обмежується абстрактними положеннями суто методологічного характеру чи розробкою положень загальної теорії правової культури. Позитивною є спроба авторки використати теоретико-методологічні положення для розробки методології формування в Україні національної правової культури, тобто спрямувати отримані результати у прикладне русло, що тільки підвищує наукову й особливо практичну цінність цієї праці.

Через винятково складний фундаментальний характер монографії, можливо, вона виявиться не досить легкою для сприйняття, адже у ній авторка використала велику кількість джерел для обґрунтування своїх позицій. Книга заслуговує на уважне ознайомлення з нею кожного, хто цікавиться правовою проблематикою.

Рецензована праця, без сумніву, стане вагомим науковим внеском у вітчизняну юридичну науку, а також у вироблення науково обґрунтованих юридичних доктрин і концепцій правової політики щодо формування правової культури, необхідної для подолання тих “хвороб”, якими уражена держава і національна правова система. На моє переконання, книга Л. Макаренко “Правова культура: теоретико-методологічні основи дослідження” буде корисною як науковцям, так і політикам, державним службовцям, аспірантам, студентам, усім, хто цікавиться правовим життям суспільства.

Макаренко Л. О. Правова культура: теоретико-методологічні основи дослідження : монографія. Київ : Парлам. вид-во, 2019. 576 с. Бібліогр.: с. 519-573.



У монографії розглядаються теоретико-методологічні основи дослідження правової культури як соціального явища. Характеризується стан дослідження проблеми в юридичній науці, визначаються методологічні підходи до формування наукового поняття “правова культура”, пропонується авторське визначення. Аналізуються змістовні складники правової культури, визначаються її види, формулюється поняття “національна правова культура”. Висвітлено особливості розвитку правової культури в Україні, негативні фактори, що впливають на її розвиток, проблеми формування національної правової культури в Україні.

Монографія розрахована на науковців, політиків, державних службовців, викладачів, студентів юридичних вищих навчальних закладів і факультетів, юристів-практиків та всіх, хто цікавиться проблемою правової культури.

RATIO DECIDENDI –
ЄДНІСТЬ ТА СТАЛІСТЬ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ*

Науковий коментар до правової позиції



Олег Посикалюк

кандидат юридичних наук, доцент,
перший заступник головного редактора

НАУКОВИЙ КОМЕНТАР
РІШЕННЯ СУДУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ
У СПРАВІ “КОМПАНІЯ ГУГЛ СПЕЙН СЛ І ГУГЛ ІНК
ПРОТИ ІСПАНСЬКОГО АГЕНТСТВА ІЗ ЗАХИСТУ ДАНИХ
(AEPD) І МАРІО КОСТЕХА ГОНСАЛЕСА”
(щодо права бути забутим)

Суд Європейського Союзу (далі – Суд ЄС) 13 травня 2014 р. у справі “Компанія Гугл Спейн СЛ і Гугл ІНК проти Іспанського агентства із захисту даних (AEPD) і Маріо Костеха Гонсалеса”¹ сформулював правову позицію, відповідно до якої фізична особа може вимагати, щоб інформація, яка стосується її особисто, більше не відображалася у результатах пошуку, зробленого на основі її імені. Фактично цим рішенням Суд ЄС визнав за суб’єктом персональних даних так зване “право бути забутим”. Такий висновок мав значення не лише для вирішення конкретної справи, а й зумовив вжиття заходів загального характеру. Зокрема, Google 29 травня 2014 р. запровадив процедуру подання офіційних запитів на видалення результатів пошуку (“*Personal Information Removal Request*”)². Станом на кінець квітня 2019 р. було отримано понад 800 тис. запитів, за наслідками розгляду яких було видалено з результатів пошуку понад 1 млн URL-адрес.

* Рубрика функціонує під егідою Юридичного порталу *RATIO DECIDENDI*.

¹ Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González: Judgment of the Court (Grand Chamber), 13 May 2014 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>> (accessed: 13.04.2019).

² Personal Information Removal Request Form (google.com) <https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&hl=en&trd=1&pli=1> (accessed: 13.04.2019).

Фактичні обставини справи

У 2010 р. М. Костеха Гонсалес звернувся до Іспанського агентства із захисту персональних даних зі скаргою на пошуковий сервіс “Google”. Заявник вимагав, щоб оператор пошукової системи видалив результати пошуку, які виводили користувачів на дві інтернет-сторінки однієї з газет, яка у 1998 р. розмістила матеріал про накладення арешту на будинок М. Костеха Гонсалеса через несплату ним заборгованості. Агентство визнало, що результати пошуку створювали негативне враження про заявника, і зобов’язало оператора пошукової системи видалити необхідні посилання із результатів пошуку. Іспанське представництво компанії Google, а також материнська компанія Google Inc. оскаржили це рішення до Верховного суду Іспанії. У подальшому справа була направлена іспанським судом на розгляд до Суду ЄС для отримання попереднього рішення.

Аргументація правової позиції

89. У цій справі суд, по суті, має дати відповідь на запитання, чи слід тлумачити статтю 12 (b) і підпункт (a) частини першої статті 14 Директиви 95/46 як такі, що дозволяють суб’єкту персональних даних вимагати від оператора пошукової системи вилучити зі списку результатів, що відображаються як результат пошуку, зробленого на основі його імені, посилання на веб-сторінки, законно опубліковані третіми особами, і містять достовірну інформацію, що стосується суб’єкта, на тій підставі, що ця інформація може завдати шкоди йому або він бажає, щоб вона була “забута” через певний час.

По суті правова позиція стосується “права бути забутим” (“право на забуття”, “право на стирання”, “право на видалення інформації”, “право забувати”, “*right to be forgotten*”, “*right to erasure*”, “*right to oblivion*”, “*droit à l’oubli*”), під яким слід розуміти спеціальний цивільно-правовий спосіб захисту особистих немайнових прав фізичної особи, спрямований на захист таємниці минулого і життєвий спокій того, хто вирішив не присвячувати себе публічним справам³. Наприклад, втручанням в особисте життя буде стаття, де оприлюднюються факти із сучасного життя особи, яка була учасником трагедії, про яку повідомлялося близько 15 років тому. Також учасник судового процесу, який став відомим завдяки висвітленню судового засідання у засобах масової інформації, як тільки суспільний інтерес до такої інформації перестане виправдовувати її пови-

³ Більш детально див.: О Посикалюк, *Особисті немайнові права фізичних осіб в романській, германській, англо-американській системах приватного права* (НДІ приват права і підприємництва НАПрН України 2011) 101-2.

домлення, може доводити своє право на забуття⁴. Так само цей спосіб захисту є застосовним особами, які в минулому вчинили злочини, що набули суспільного розголосу, оскільки зазначається, що порушенням особистих немайнових прав буде публікація в газеті статті про вбивство, яке мало велике значення 20 років тому, якщо стаття виходить за межі суспільного інтересу, або потреб дослідження історія, або інформування суспільства⁵.

Право бути забутим або окремі його елементи знаходять свій прояв у правових системах різних країн Європейського Союзу. Так, Франція вперше визнала право бути забутим наприкінці 1970-х років як право фізичних осіб вимагати видалення персональних даних, коли дані більше не є адекватними. У цій країні право бути забутим також використовується як спосіб забезпечення реабілітації, надаючи засудженим, які вважаються реабілітованими згідно з законом, право пізніше заперечувати проти опублікування статей, що містять інформацію про їх злочини та вирок⁶. Крім того, у 2010 р. тут була прийнята Хартія про право бути забутим, яка стала першою спробою уряду Франції “вбудувати” концепцію “права бути забутим” у мережі Інтернет у національну систему права⁷.

В Італії “право бути забутим” розглядається судовою практикою насамперед із погляду права кожного громадянина на видалення з архіву новин певних біографічних фактів, здатних завдати шкоди його честі або репутації, якщо ці факти перестають бути актуальними або не становлять громадський інтерес, або на нерозповсюдження (без певних причин) інформації про своє минуле засудження⁸. Проте на практиці Касаційний суд Італії заявив у 2012 р. у справі, що стосується права бути забутим в інтернет-газетах, що пошукові системи повинні розглядатись як прості посередники, які не мають жодного зобов'язання вилучати посилання на оскаржувані веб-сторінки⁹, що є кроком назад у дебатах щодо запровадження права бути забутим.

⁴ H Beverley-Smith and A Ohly and A Lucas-Schloetter, *Privacy, Property and Personality: Civil Law perspectives on Commercial Appropriation* (Cambridge University Press 2005) 178.

⁵ Charlotte Waelde (ed), ‘Property, Privacy and Personality Research Stream. Comparative Aspects of Personality Rights: Research Project and Case Studies’ [2004] 1(1) SCRIPT-ed 6–11.

⁶ Ioana Stupariu, ‘Defining the Right to Be Forgotten: A Comparative Analysis between the EU and the US’ (March 27, 2015) <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2851362>> (accessed: 13.04.2019).

⁷ V Serohin, ‘“The Right to Be Forgotten” as an Element of the Data Privacy’ (2015) 4 European Reforms Bulletin 162.

⁸ V Serohin, ‘“The Right to Be Forgotten” as an Element of the Data Privacy’ (2015) 4 European Reforms Bulletin 162.

⁹ Ioana Stupariu, ‘Defining the Right to Be Forgotten: A Comparative Analysis between the EU and the US’ (March 27, 2015) <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2851362>> (accessed: 13.04.2019).

У Німеччині право бути забутим визнається проявом загального особистого немайнового права (“*Allgemeine Persönlichkeitsrecht*”¹⁰), найчастіше стосується випадків засуджених злочинців, чия реінтеграція переважає інтереси суспільства знати про їх кримінальне минуле¹¹. Таким чином, право бути забутим спрямовано на обмеження згадування знову подій, що відбулися в минулому, але не змінює законність вже опублікованих статей, які залишаються доступними.

90. *Google Spain, Google Inc.*, уряди Греції, Австрії та Польщі, а також Комісія вважають, що на це питання слід відповісти негативно. *Google Spain, Google Inc.*, Польський уряд та Комісія стверджують у цьому зв’язку, що стаття 12 (b) і підпункт (a) першого пункту статті 14 Директиви 95/46 надають суб’єкту персональних даних права лише у випадку, якщо така обробка є несумісною з директивою або на переконливих законних підставах, що стосуються конкретної ситуації, а не тільки тому, що він вважає, що обробка може завдати йому шкоди або він бажає, щоб оброблювані дані канули в лету. Уряд Греції та Австрії стверджують, що суб’єкт персональних даних повинен звернутися до видавця відповідного веб-сайту.

91. За словами пана М. Костеха Гонсалеса та урядів Іспанії та Італії, суб’єкт персональних даних може виступати проти індексації персональних даних, що його стосуються, пошуковою системою, якщо їх розповсюдження через пошуковий механізм завдає шкоди йому та його основним правам на захист персональних даних і приватного життя, яке охоплює “право бути забутим”, – перевищує законні інтереси оператора пошукової системи та суспільний інтерес в свободі інформації.

Необхідність запровадження права суб’єкта персональних даних на забуття пояснюється насамперед сучасним рівнем розвитку інформаційних технологій. Так, якщо інформація оприлюднена в мережі Інтернет, то її поширення фактично не має територіальних кордонів, а до ступ до неї не обмежений жодними часовими межами і потребує лише загальнодоступного технічного пристрою та підключення до мережі. Унаслідок цього персональні дані, розміщені в мережі Інтернет, можуть здійснювати всеохоплюючий вплив на приватну та (або) публічну сферу життя фізичної особи, що значно перевищує можливі наслідки від опублікування таких даних виключно в іншій, наприклад, паперовій формі. Пошукові системи, зі свого боку, значно спрощують доступ-

¹⁰ Див. детальніше: О Посикалюк, ‘Загальне особисте немайнове право (“*allgemeine Persönlichkeitsrecht*”) за німецьким цивільним правом’ (2010) 3 *Право України* 253-9.

¹¹ Ioana Stupariu, ‘Defining the Right to Be Forgotten: A Comparative Analysis between the EU and the US’ (March 27, 2015) <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2851362>> (accessed: 13.04.2019).

ність таких даних для будь-якого користувача інтернету, сприяючи ще більшому їх поширенню.

92. Що стосується статті 12 (b) Директиви 95/46, застосування якої підлягає умові, що обробка персональних даних є несумісною з директивою, слід нагадати, що така несумісність може виникнути не тільки через те, що такі дані є неточними, а й, зокрема, також із того факту, що вони є неадекватними, недоречними або надмірними стосовно цілей обробки, що вони не оновлюються або що вони зберігаються довше, ніж це необхідно, якщо вони не повинні зберігатися в історичних, статистичних або наукових цілях.

Суд ЄС в аргументації цього рішення виходив із того, що право бути забутим, хоч прямо і не закріплено в Директиві 95/46/ЄС “Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних” від 24 жовтня 1995 р. (далі – Директива 95/46/ЄС)¹², що діяла на момент розгляду справи, але впливає зі змісту її положень. Зокрема, у Директиві 95/46/ЄС передбачені такі елементи права бути забутим:

- неточні чи неповні персональні дані, з урахуванням цілей, заради яких вони були зібрані чи заради яких вони надалі обробляються, повинні стиратися чи виправлятися (п. “d” ч. 1 ст. 6);
- персональні дані повинні зберігатися у формі, що дає змогу встановлювати особу суб’єктів даних не довше, ніж це необхідно для цілей, заради яких дані були зібрані чи заради яких вони надалі обробляються (п. “e” ч. 1 ст. 6);
- право суб’єкта даних вимагати, залежно від випадку, виправлення, стирання чи блокування даних, обробка яких не відповідає положенням Директиви 95/46/ЄС, зокрема через неповноту чи неточність даних (п. “b” ч. 1 ст. 12);
- право суб’єкта даних вимагати повідомлення третім особам, яким були надані дані, про будь-яке виправлення, стирання чи блокування, якщо це можливо чи не вимагає непропорційних зусиль (п. “c” ч. 1 ст. 12);
- право суб’єкта даних заперечувати на безсумнівних законних підставах, пов’язаних із його конкретною ситуацією, проти обробки даних, які його стосуються, внаслідок чого такі дані не можуть використовуватися в розпочатій контролером обробці (п. “a” ч. 1 ст. 14).

¹² Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних: Директива 95/46/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 24 жовтня 1995 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_242> (дата звернення: 13.04.2019).

Аналогічні положення містяться також і в Законі України “Про захист персональних даних”¹³, зокрема, право суб’єкта персональних даних пред’являти вмотивовану вимогу щодо знищення своїх персональних даних будь-яким володільцем та розпорядником персональних даних, якщо ці дані обробляються незаконно чи є недостовірними (п. 6 ч. 2 ст. 8 та ст. 15). Крім того, право бути забутим знаходить своє підтвердження і в практиці Європейського суду з прав людини¹⁴. Нині право бути забутим отримало своє нормативне закріплення на рівні ст. 17 “Право на стирання (‘право бути забутим’)” Загального регламенту про захист даних¹⁵.

93. Як впливає з вимог, викладених у статті 6 (1) (с)–(е) Директиви 95/46, навіть спочатку законна обробка точних персональних даних може з часом стати несумісною з директивою, якщо такі дані більше не потрібні у світлі цілей, для яких вони були зібрані або оброблені. Це стосується, зокрема, тих випадків, коли вони виявляються неадекватними, невідповідними або не є більше релевантними, або надмірними стосовно цих цілей і з урахуванням часу, що минув.

94. Отже, якщо після запиту суб’єкта персональних даних згідно зі статтею 12 (b) Директиви 95/46 буде встановлено, що включення до списку результатів, що відображаються після пошуку, зробленого на підставі його ім’я, посилання на веб-сторінки, які опубліковані на законних підставах третіми сторонами і містять правдиву інформацію, що стосується суб’єкта персональних даних, на цей момент є несумісними зі статтею 6 (1) (с)–(е) директиви, оскільки ця інформація виявляється, враховуючи всі обставини справи, неадекватною, невідповідною або нерелевантною, або надмірною щодо цілей відповідної обробки, що здійснюється оператором пошукової системи, інформація та посилання, що містяться в переліку результатів, повинні бути стерті.

95. Що стосується запитів, передбачених статтею 12 (b) Директиви 95/46, що ґрунтується на підтвердженні виконання умов, викладених у статті 7 (f) цієї Директиви та вимозі відповідно до підпункту (a) першого пункту статті 14 директиви, слід зазначити, що в кожному випадку обробка персональних даних повинна бути дозволена відповідно до статті 7 на весь період, протягом якого вона здійснюється.

¹³ Про захист персональних даних: Закон України від 1 червня 2010 р. № 2297-VI <<https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2297-17>> (дата звернення: 13.04.2019).

¹⁴ Див. детальніше: Case of M. M. v. The United Kingdom, Application No. 24029/07. 13 November 2012 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114517>> (accessed 13.04.2019); Case of Österreichischer Rundfunk v. Austria Application No. 35841/02. 7 December 2006 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78381>> (accessed: 13.04.2019); Case of Rotaru v. Romania, App. No. 28341/95. 4 May 2000 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58586>> (accessed: 13.04.2019); Case of Segerstedt-Wiberg and others v. Sweden, Application No. 62332/00. 6 June 2006 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75591>> (accessed: 13.04.2019).

¹⁵ Про захист фізичних осіб у зв’язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних, та про скасування Директиви 95/46/ЄС (Загальний регламент про захист даних): регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) 2016/679 від 27 квітня 2016 р. <<https://www.kmu.gov.ua/storage/app/media/uploaded-files/es-2016679.pdf>> (дата звернення: 13.04.2019).

96. З огляду на вищевикладене, при оцінці таких запитів, спрямованих на оскарження такої обробки, яка розглядається в цьому провадженні, слід, зокрема, перевірити, чи має суб'єкт персональних даних право, щоб інформація, яка стосується його особисто, повинна, на цей момент, більше не пов'язуватись з його ім'ям у списку результатів, відображених після пошуку, зробленого на основі його імені. У зв'язку з цим слід зазначити, що для того, щоб знайти таке право, не є необхідним, щоб включення цієї інформації до списку результатів спричинило шкоду суб'єкту даних.

Суд ЄС встановив такі умови здійснення суб'єктом персональних даних права бути забутих: 1) спірні персональні дані стосуються суб'єкта персональних даних; 2) персональні дані є достовірними; 3) такі персональні дані оприлюднені в мережі Інтернет; 4) оприлюднення персональних даних відбулося на законних підставах; 5) з урахуванням часу, що минув після оприлюднення, та інших обставин справи, персональні дані виявилися неадекватними, невідповідними або нерелевантними, або надмірними. При цьому заподіяння суб'єкту персональних даних шкоди, як моральної, так і майнової, не є обов'язковою умовою.

У подальшому Загальний регламент про захист даних визначив підстави стирання персональних даних: 1) немає більше потреби в персональних даних для цілей, для яких їх збирали чи іншим чином опрацьовували; 2) суб'єкт даних відкликає згоду, на якій ґрунтується обробка, та якщо немає іншої законної підстави для опрацювання; 3) суб'єкт даних заперечує проти обробки персональних даних, зокрема й профайлінгу та в цілях прямого маркетингу, і немає жодних першочергових законних підстав для обробки; 4) персональні дані оброблялися незаконно; 5) персональні дані необхідно стерти для дотримання встановленого законом зобов'язання; 6) персональні дані збирали в зв'язку з пропонуванням послуг інформаційного суспільства, на підставі згоди суб'єкта персональних даних, яку він надав будучи дитиною, та не повністю усвідомлюючи ризики, пов'язані з їх обробкою (п “а”–“f” ч. 1 ст. 17).

97. Оскільки суб'єкт персональних даних може, зважаючи на свої основні права згідно зі статтями 7 і 8 Хартії, вимагати, щоб ця інформація більше не була доступна для широкої громадськості шляхом її включення до такого списку результатів, впливає, що ці права, як правило, переважають не тільки економічні інтереси оператора пошукової системи, а й інтерес широкої громадськості до отримання такої інформації під час пошуку, що стосується імені суб'єкта персональних даних. Проте у випадку, якщо б із конкретних причин, таких як роль суб'єкта персональних даних у суспільному житті, буде встановлено, що втручання

в його основні права виправдовується переважним інтересом широкої громадськості в доступі до такої інформації, шляхом включення до переліку результатів.

98. Щодо ситуації, подібної до тієї, що розглядається в цьому провадженні, що стосується відображення, у списку результатів, які отримує користувач Інтернету, здійснюючи пошук за допомогою сервісу *Google* на основі імені суб'єкта персональних даних, посилань на сторінки он-лайнних архівів щоденної газети, які містять оголошення, в яких згадується ім'я суб'єкта персональних даних, і що стосуються аукціону нерухомості, пов'язаного з провадженням у справі про внесення коштів на соціальне забезпечення, враховуючи чутливість для особистого життя суб'єкта персональних даних інформації, що міститься в цих оголошеннях, та того факту, що їх перша публікація відбулася 16 років тому, суб'єкт персональних даних наділяється правом, щоб ця інформація більше не була пов'язана з його ім'ям за допомогою такого списку. Відповідно, оскільки в цьому випадку не існує особливих причин, що підтверджують переважний інтерес громадськості в тому, щоб у контексті такого пошуку отримати доступ до цієї інформації, суб'єкт персональних даних може, відповідно до статті 12 (b) і підпункту (a) першого пункту статті 14 Директиви 95/46, вимагати вилучення цих посилань зі списку результатів.

Право бути забутим як можливість суб'єкта персональних даних вимагати їх видалення ґрунтується на основоположних правах людини, зокрема закріплених у ст. 7 “Повага до приватного і сімейного життя” та ст. 8 “Захист персональних даних” Хартії основних прав Європейського Союзу¹⁶. Однак право бути забутим не є абсолютним та може бути обмежено у випадках, передбачених законом. Так, у ч. 3 ст. 17 Загального регламенту про захист даних передбачено, що вимога суб'єкта персональних даних про їх видалення не задовольняється залежно від ступеня необхідності в обробці: а) для реалізації права на свободу вираження поглядів та свободу інформації; б) для дотримання встановленого законом зобов'язання, що вимагає обробки персональних даних згідно із законодавством, або для виконання завдання в суспільних інтересах або здійснення офіційних повноважень, покладених на володільця персональних даних; с) на підставах суспільного інтересу в сфері охорони суспільного здоров'я, зокрема й для цілей моніторингу та попередження, запобігання або контролю за інфекційними захворюваннями та іншими серйозними загрозами для здоров'я.

¹⁶ Хартія основних прав Європейського Союзу від 7 грудня 2000 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524> (дата звернення: 13.04.2019).

Робоча група із захисту фізичних осіб при обробці персональних даних (Робоча група за статтею 29)¹⁷ розробила низку критеріїв, які необхідно враховувати при розгляді вимоги суб'єкта персональних даних про видалення результатів пошуку, які містять інформацію про нього, відповідно до права бути забутих:

1. Чи стосуються результати пошуку суб'єкта персональних даних і чи відображаються такі результати на підставі пошуку за ім'ям суб'єкта даних? При цьому термін “ім'я” не слід тлумачити вузько та обмежувати його, власне, офіційним ім'ям. Наприклад, у запиті на видалення результатів пошуку *Google* є можливість вказувати одразу кілька імен, зокрема дівоче прізвище. Аналогічно повинно вирішуватися питання щодо використання псевдонімів (вигаданих імен) як пошукових запитів.

2. Чи відіграє суб'єкт персональних даних значну роль у суспільному житті? Чи є суб'єкт персональних даних публічною особою? Публічні особи – це особи, які займають державні посади та (або) використовують державний ресурс, а також усі ті, хто відіграє певну роль у громадському житті, чи то в галузі політики, економіки, мистецтва, соціальної сфери, спорту чи будь-якій іншій сфері¹⁸. Публічні особи неминуче відкриваються для прискіпливого висвітлення їх слів та вчинків і повинні це усвідомлювати. Також це стосується використання імені та зображення публічної особи при висвітленні інформації, що стосується її діяльності. Так, суспільні і державні інтереси вимагають, щоб особи, які не виконують свої професійні обов'язки, називалися “своїм ім'ям” із повідомленням справжніх прізвищ¹⁹.

3. Чи є суб'єкт персональних даних неповнолітнім? Право бути забутих є доцільним, зокрема, коли суб'єкт даних надав свою згоду, будучи дитиною, та не був повністю обізнаним про ризики, пов'язані з опрацюванням, а пізніше хоче видалити такі персональні дані, особливо з мережі Інтернет. Суб'єкт даних повинен мати можливість реалізовувати таке право, незважаючи на той факт, що він більше не є дитиною.

4. Чи відповідають персональні дані дійсності? Право бути забутих стосується достовірних персональних даних. Персональні дані, які не

¹⁷ Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on “Google Spain and inc. v. Agencia Española De Protección De Datos (AEPD) and Mario Costeja González” C-131/12, Adopted on 26 November 2014 by the Article 29 Data Protection Working Party <<https://www.pdpjournals.com/docs/88377.pdf>> (accessed: 13.04.2019).

¹⁸ Резолюції 1165 (1998) Парламентської Асамблеї Ради Європи про право на недоторканість приватного життя <<https://cedem.org.ua/library/rezolyutsiya-1165-1998-pravo-na-pryvattnist>> (дата звернення: 13.04.2019).

¹⁹ Більш детально див.: О Посикалюк, ‘Суспільно необхідна інформація як межа здійснення та захисту особистих немайнових прав фізичних осіб’ (2012) 4 Університетські наукові записки 148-9.

відповідають дійсності, підлягають заміні, яка проводиться невідкладно з моменту встановлення невідповідності.

5. Чи є персональні дані релевантними та ненадмірними? Релевантність тісно пов'язана з давністю персональних даних. Залежно від обставин справи інформація, яка була опублікована давно, наприклад, 15 років тому, може бути менш актуальною, ніж інформація, яка була опублікована 1 рік тому. Важливим також є те, чи належить інформація, що містить персональні дані, до тверджень про факт чи оціночних суджень. Так, надмірними можуть бути визнані оціночні судження, висловлені в брутальній, принизливій чи непристойній формі, що принижує гідність, честь чи ділову репутацію, або твердження про факт, які виявилися фактично неточними.

6. Чи належать персональні дані до так званих “чутливих даних”, тобто даних про расове або етнічне походження, політичні, релігійні або світоглядні переконання, членство в політичних партіях та професійних спілках, засудження до кримінального покарання, а також даних, що стосуються здоров'я, статевого життя, біометричних або генетичних даних? Ці категорії даних мають вищий рівень захисту, ніж “звичайні”.

7. Чи оновлюються дані? Чи є дані доступними довше, ніж це необхідно для цілей обробки? Тобто інформація, яка не є достатньо актуальною, і яка стала неточною, оскільки вже застаріла, може, з урахуванням інших обставин справи, підлягати видаленню з результатів пошуку.

8. Чи зазнає суб'єкт персональних даних шкоди внаслідок їх обробки? Попри те, що така шкода не визнається умовою права бути забутих, але її наявність значно впливає на встановлення балансу між інтересами суб'єкта персональних даних та суспільним інтересом в отриманні інформації.

9. Чи створює інформація, що містить персональні дані, ризики для суб'єкта персональних даних, таких як крадіжка персональних даних чи переслідування?

10. Яка була підстава для обробки персональних даних чи надав суб'єкт персональних даних згоду на їх обробку?

Перелік таких критеріїв може бути продовжено з обов'язковим врахуванням усіх обставин справи.

Зміст правової позиції

100. На цих підставах Суд (Велика палата) вирішує:

3. Стаття 12 (b) і підпункт (a) частини першої статті 14 Директиви 95/46 повинні тлумачитися як такі, що з метою дотримання прав, викладених у цих положеннях, та при фактичному дотриманні встановлених від-

повідно до цих положень умов, оператор пошукової системи зобов'язаний видалити зі списку результатів, що відображаються після пошуку, зробленого на основі імені людини, посилання на веб-сторінки, які опубліковані третіми особами і містять інформацію, що стосується цієї людини, також у випадку, коли це ім'я або інформація не стирається заздалегідь або одночасно з цих веб-сторінок, і навіть, залежно від обставин, коли сама публікація на цих сторінках є законною.

4. Стаття 12 (b) і підпункт (a) частини першої статті 14 Директиви 95/46 повинні тлумачитися як такі, що при оцінці умов застосування цих положень, між іншим, має бути перевірено, чи суб'єкт персональних даних має право, щоб інформація, що стосується його особисто, на цей момент, повинна більше не бути пов'язана з його ім'ям у списку результатів, що відображаються після пошуку, зробленого на основі його імені, без необхідності, щоб таке включення даної інформації до цього списку спричинило шкоду суб'єкту персональних даних. Оскільки суб'єкт персональних даних може, у світлі своїх основних прав, передбачених статтями 7 і 8 Хартії, вимагати, щоб ця інформація більше не була доступною для широкої громадськості шляхом її включення до такого списку результатів, права переважають, як правило, не тільки економічні інтереси оператора пошукової системи, а й інтерес широкої громадськості в доступі до цієї інформації під час пошуку, пов'язаного з ім'ям суб'єкта даних. Проте у випадку, якщо б з конкретних причин, таких як роль суб'єкта персональних даних у суспільному житті, буде встановлено, що втручання в його основні права виправдовується переважним інтересом широкої громадськості в доступі до такої інформації, шляхом включення до переліку результатів.

Правові позиції Суду Європейського Союзу

НАДМІРНІ ВИМОГИ СТОСОВНО ДОЗВОЛУ КЕРУВАТИ АВТОМОБІЛЕМ МОЖУТЬ ПЕРЕШКОДЖАТИ ВІЛЬНОМУ ПЕРЕСУВАННЮ ОСІБ*

10. Пані Сканаві і пан Крисантакопулос, громадяни Греції, переїхали на проживання до Німеччини для того, щоб здійснювати управління підприємством *Güstrower Möbel GmbH* (далі – *Güstrower*) за довіреністю (*Treuhand*). На той час пан Крисантакопулос був керуючим директором *Güstrower*.

11. Пані Сканаві, яка проживає в Німеччині з 15 жовтня 1992 р., була затримана поліцією 28 жовтня 1993 р. під час керування автомобілем, що належить *Güstrower*. Вона мала посвідчення водія, видане грецькою владою, але не мала німецького посвідчення водія.

12. З огляду на ці факти прокурор при *Landgericht* (Земельному суді) м. Берліна наклав штраф у п'ятнадцятикратному розмірі 200 німецьких марок, що в загальній сумі становило 3 000 німецьких марок, який покладався на кожного обвинуваченого.

13. Національний суд висловив думку про те, що обвинувачені скоїли злочини, у яких їх було звинувачено в результаті недбалості, через те, що пані Сканаві, проживаючи в Німеччині, не обміняла посвідчення водія протягом одного року. Утім, суд вважає, що німецьке законодавство з цього питання може суперечити статтям 6, 8-а та 52 Договору про Європейський Союз (далі – Договір про ЄС).

14. У зв'язку з цим національний суд зазначив, *inter alia*, що дозвіл керувати автомобілем у сучасних обставинах є необхідною умовою для здійснення торгівлі чи роботи за професією, і що надмірні вимоги стосовно цього можуть перешкоджати вільному пересуванню осіб. У цьому контексті зобов'язання щодо обміну посвідчення водія є дискримінаційними стосовно громадян інших держав-членів, які переїжджають на проживання в Німеччину. Хоча обмін посвідчення водія не підпадає під особливі умови, власник такого посвідчення, виданого іншою державою-членом, який керує транспортним засобом після спливу строку, встановленого для обміну посвідчення, вважається особою, яка ніколи не мала посвідчення водія, або посвідчення якої було анульоване. Це тягне за собою позбавлення волі або штраф, а отже, накладає судимість на таку особу, яка також може мати наслідки для

* Витяг із рішення Суду Європейського Союзу у справі “Сканаві і Крисантакопулос” С-193/94 від 29 лютого 1996 р., сформований О. Посикалюком. Див. *детальніше*: Skanavi and Chryssanthakopoulos, С-193/94, 29 February 1996 <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=61994CJ0193&lang1=en&type=TXT&ancre=>> (accessed: 13.04.2019).

роботи за фахом, такі як скасування концесії на підставі ненадійності. Навіть якщо порушення обов'язку з обміну було з об'єктивних підстав, таких як необхідність перевірити дійсність посвідчення водія або зробити додаткові записи, які можуть вимагатися відповідно до німецького законодавства, санкції, котрі можуть бути накладені за порушення такого обов'язку є, на думку національного суду, непропорційними тяжкості такого порушення.

15. У зв'язку з викладеним, суд першої інстанції Тіргартена, м. Берлін, вирішив призупинити розгляд справи і передати питання на розгляд Суду для попереднього рішення:

“Чи повинні статті 6, 8-а та 52 Договору про ЄС тлумачитись як не-сумісні з положенням національного законодавства, яке вимагає обміну національного посвідчення водія, виданого державою – членом ЄС, на німецьке посвідчення протягом одного року з моменту переїзду на звичайне місце проживання власника у Федеративну Республіку Німеччина, і порушення якого буде означати, що керування автомобілем без посвідчення є правопорушенням та карається позбавленням волі терміном до одного року або штрафом?”

16. Питання, порушене національним судом, стосується тлумачення положень Договору про ЄС, хоча суттєві події для основного провадження відбулися 28 жовтня 1993 р., тобто за три дні до набуття ним чинності. Хоча ст. 6 Договору про ЄС майже відтворює ст. 7 Договору про ЄС і ст. 52 не була змінена відповідно до Договору про ЄС, ст. 8 є новим положенням, яке, на думку національного суду, може перешкоджати застосуванню національних положень для розгляду кримінальної справи, переданої в цей суд.

17. Таким чином, виявляється, що національний суд міг застосувати принцип, визнаний національним законодавством, згідно з яким більш сприятливі положення кримінального права мають зворотну силу, а отже, зупиняють дію положень національного законодавства в тій частині, в якій вони суперечать положенням Договору про ЄС.

18. У зв'язку з цим потрібно вирішити порушене питання, оскільки завданням національного суду є визначити як необхідність ухвалення попереднього рішення для того, щоб він міг прийняти остаточне рішення, так і важливість питань, які він передає на розгляд Суду (див., зокрема, об'єднані справи C-358/93 і C-416/93 *Bordessa and others* (*European Court reports*, 1995, I-361, п. 10).

19. Порушивши це питання, національний суд передусім намагається визначити, чи мало право Співтовариства пріоритет перед запровадженням Директиви 91/439, чи можуть статті 6, 8-а та 52 Договору про ЄС заборонити державі-члену вимагати від власника посвідчення водія, виданого іншою державою-членом, обміняти це посвідчення на посвідчен-

ня водія приймаючої держави-члена протягом одного року від моменту переїзду на проживання в цій державі, щоб мати право керувати там автомобілем.

20. Суд неодноразово заявляв, що ст. 6 Договору про ЄС, яка встановлює загальний принцип заборони дискримінації за ознакою громадянства, застосовується незалежно тільки в ситуаціях, які регулюються законодавством Співтовариства, щодо яких Договір про ЄС не встановлює конкретної заборони дискримінації (див., с. 226 “Європейське право” № 1-2/2013 Рішення суду ЄС у справі C-193/94 “*skanavi and chryssanthak opoul os*”, зокрема, справу C-18/93 *Corsica Ferries Italia v. Corpo dei Piloti del Porto di Genova. European Court reports. 1994. 1-1783, п. 19*).

21. Принцип недискримінації був запроваджений і чітко викладений стосовно права на економічну діяльність у ст. 52 Договору про ЄС.

22. Стаття 8-а Договору про ЄС, яка у загальних рисах закріплює право кожного громадянина Союзу вільно пересуватися і проживати на території держав-членів, чітко закріплена у ст. 52 Договору про ЄС. Оскільки події, які розглядаються у межах основного провадження, підпадають під дію зазначеного положення, то немає необхідності ухвалювати рішення про тлумачення ст. 8-а.

23. Стосовно ст. 52 Суд уже ухвалив рішення у справі *Choquet (European Court reports. 1978. 2293)*, у п. 4 якого зазначалося, що норми національного законодавства стосовно цього питання і взаємне визнання посвідчень водія держав-членів як безпосередньо, так і опосередковано впливають на здійснення прав, гарантованих положеннями Договору про ЄС щодо свободи пересування працівників, свободи заснування та свободи надання послуг. Зважаючи на важливе значення особистих транспортних засобів, володіння посвідченням водія, визнаного належним чином державою перебування, може вплинути на фактичну діяльність осіб, які відповідно до законодавства Співтовариства вважаються працівниками або самозайнятими особами, а в ширшому розумінні перешкоджати вільному пересуванню осіб.

24. Проте в п. 7 рішення Суду у цій же справі Суд також заявив, що, беручи до уваги вимоги безпеки дорожнього руху, просте визнання посвідчень водія осіб, які обрали для проживання територію іншої держави-члена, ніж держава, яка видала водійське посвідчення, не може застосовуватись, якщо вимоги видачі посвідчень водія не гармонізовані належним чином.

28. По-перше, відповіддю на першу частину порушеного питання має бути (оскільки законодавство Співтовариства передбачає подальше запровадження Директиви 91/439, ст. 52 Договору не перешкоджає державі-члену вимагати від власника посвідчення водія, виданого іншою державою-членом) заміна його на посвідчення водія приймаючої держави-члена про-

тягом одного року з моменту отримання місця проживання в цій державі для того, щоб мати право керувати автомобілем на її території.

29. По-друге, національний суд запитує, чи можуть статті 6, 8-а та 52 Договору про ЄС заборонити керування транспортним засобом особам, які могли отримати посвідчення водія приймаючої держави шляхом обміну посвідчення, виданого іншою державою-членом, але які не зробили цього протягом встановленого періоду, і чи вважається це керуванням транспортним засобом без наявності посвідчення водія та карається позбавленням волі або штрафом.

30. Зважаючи на причини, викладені у пунктах 20–22, необхідне тлумачення тільки ст. 52.

31. Відповідно до положень Директиви 80/1263 водійське посвідчення, видане державою-членом, визнається іншими державами-членами, у яких його власник зазвичай не проживає, і протягом одного року також у державі, в якій він звичайно проживає.

32. Незважаючи на те, що власник може бути зобов'язаний поміняти посвідчення водія, щоб мати право керувати транспортним засобом на території приймаючої держави-члена після спливу одного року, його водійське посвідчення продовжує діяти у державі-члені, яка його видала, та визнається в інших державах-членах.

33. Держави-члени можуть відмовити в обміні посвідчення водія за певних обставин, встановлених Директивою, але ця можливість не може вплинути на права власників посвідчень на їх обмін, якщо немає таких виняткових обставин.

34. Зважаючи на вказане, видача посвідчення водія в обмін на посвідчення, видане іншою державою-членом, не є підставою надання права керувати транспортним засобом на території держави перебування, яке безпосередньо встановлюється Основним законом, а є тільки доказом існування такого права.

35. За цих обставин зобов'язання обміняти посвідчення водія, яке держави-члени можуть встановлювати відповідно до положень Директиви, по суті є виконанням адміністративних вимог.

36. За відсутності норм законодавства Співтовариства, які регулюють це питання, держави-члени мають право накладати штрафи за порушення таких зобов'язань. Однак, як свідчать прецеденти, що стосуються недотримання формальностей для встановлення права проживання фізичної особи, яке захищається правом Співтовариства, держави-члени не можуть накладати штраф, який не відповідає тяжкості правопорушення і перешкоджає вільному руху осіб. Цей аргумент має вагоме значення, якщо йдеться про покарання у вигляді позбавлення (див., зокрема, справу C-265/88 *Messner. European Court reports*. 1989. 4209. п. 14). Враховуючи вплив, який право на керування автомобілем має на фактичне здійснен-

ня прав, що стосуються вільного пересування осіб, це також має відноситися до порушень обов'язків стосовно обміну посвідчення водія.

37. Вважати особою, яка не обміняла посвідчення водія, такою, що не має відповідного посвідчення, що тягне за собою кримінальні покарання (навіть якщо й тільки фінансового характеру), подібне до тих, що передбачені національним законодавством, що розглядається у цій справі, буде непропорційним тяжкості наслідків такого правопорушення.

38. Як зазначив національний суд, обвинувачення у кримінальній справі матиме наслідки для здійснення особами торговельної або професійної діяльності або для самозайнятих осіб, зокрема для отримання доступу до певних сфер діяльності, що спричинить порушення свободи пересування.

39. Відповідь на другу частину питання, порушеного національним судом, полягає у тому, що, враховуючи наслідки, які можуть виникнути у межах національної правової системи, що розглядається у цій справі, ст. 52 Договору про ЄС передбачає, що керування транспортним засобом особою, яка могла, але не отримала посвідчення водія приймаючої держави в обмін на посвідчення, видане іншою державою-членом, протягом встановленого строку, не вважається керуванням без посвідчення водія і не підлягає покаранню шляхом позбавлення волі або накладення штрафу.

Правові позиції Верховного Суду

Адміністративна юрисдикція

ПРО ОБСТАВИНИ, ЩО ПІДЛЯГАЮТЬ ВСТАНОВЛЕННЮ ПРИ РОЗГЛЯДІ ПОЗОВУ ПРО ВИЗНАННЯ НЕДІЙСНОЮ ПОДАТКОВОЇ КОНСУЛЬТАЦІЇ*

21 травня 2015 р. товариство з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ) звернулося до суду з адміністративним позовом до Головного управління державної фіскальної служби (далі – ДФС) у Львівській області, в якому просило визнати недійсною податкову консультацію Головного управління ДФС у Львівській області, що оформлена листом, та зобов'язати Головне управління ДФС у Львівській області надати нову податкову консультацію на запит.

* Витяг із постанови Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 20 лютого 2018 р. в адміністративній справі № 813/2617/15, сформований Л. Сидоровою.

Позовні вимоги обґрунтовані тим, що надана відповідачем податкова консультація не відповідає вимогам статті 52, 53 Податкового кодексу України (далі – ПК України), у зв'язку з чим відповідач зобов'язаний її скасувати та надати нову податкову консультацію з урахуванням висновків суду.

Постановою Львівського окружного адміністративного суду від 23 червня 2015 р., залишеною без змін ухвалою Львівського апеляційного адміністративного суду від 8 жовтня 2015 р., у задоволенні адміністративного позову відмовлено з посиланням на те, що податкова консультація як форма оприлюднення офіційного розуміння положень законодавства, що регулює податкові правовідносини, не породжує жодних юридичних наслідків, адже за своїм змістом не є рішенням суб'єкта владних повноважень, а також не є нормативно-правовим актом та не створює і не припиняє права чи обов'язку особи, а є лише допомогою контролюючого органу конкретному платнику податків щодо практичного використання конкретної норми закону. Жодних управлінських висновків податкова консультація не може містити, так само як і обов'язок вчиняти будь-які дії позивачу не приписує.

ТОВ подало касаційну скаргу, в обґрунтування якої зазначило, що податкова консультація є актом індивідуальної дії, отримання якої породжує для платника податків певні юридичні наслідки, зокрема, є підставою для звільнення від відповідальності платника податків, який діяв відповідно до наданих такою консультацією роз'яснень із питань практичного застосування окремих норм податкового законодавства.

Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду постановою від 20 лютого 2018 р. задовольнив частково касаційну скаргу з огляду на таке.

Відповідно до пп. 14.1.172 п. 14.1 ст. 14 ПК України податковою консультацією є допомога контролюючого органу конкретному платнику податків стосовно практичного використання конкретної норми закону або нормативно-правового акта з питань адміністрування податків чи зборів, контроль за справлянням яких покладено на такий контролюючий орган.

Згідно з пунктами 52.1, 52.2 ст. 52 ПК України за зверненням платників податків контролюючі органи надають безоплатно консультації з питань практичного використання окремих норм податкового законодавства протягом 30 календарних днів, що настають за днем отримання такого звернення даним контролюючим органом. Податкова консультація має індивідуальний характер і може використовуватися виключно платником податків, якому надано таку консультацію.

Відповідно до ст. 53 ПК України не може бути притягнуто до відповідальності платника податків, який діяв відповідно до податкової

консультації, наданої йому у письмовій або електронній формі, а також узагальнюючої податкової консультації, зокрема, на підставі того, що у майбутньому така податкова консультація або узагальнююча податкова консультація була змінена або скасована.

ПК України чітко врегульовано правовий статус податкової консультації як акта індивідуальної дії, який може бути предметом судового оскарження в порядку адміністративного судочинства.

Отже, отримання індивідуальної податкової консультації, зміст якої відповідає нормам чинного законодавства, є юридичним фактом, що є підставою для звільнення від відповідальності платника податку, який діяв відповідно до наданих такою консультацією роз'яснень із питань практичного застосування окремих норм податкового законодавства.

Платник податків може оскаржити до суду як правовий акт індивідуальної дії податкову консультацію контролюючого органу, викладену в письмовій або електронній формі, яка, на думку такого платника податків, суперечить нормам або змісту відповідного податку чи збору. Визнання судом такої податкової консультації недійсною є підставою для надання нової податкової консультації з урахуванням висновків суду.

При цьому дослідженню в справах про визнання протиправною та скасування податкової консультації підлягають обставини щодо: поставлених у зверненні платника податків про надання податкової консультації питань; викладених у податковій консультації відповідей; відповідності зазначених у податковій консультації висновків нормам або змісту відповідного податку чи збору.

Неналежне дослідження вказаних обставин свідчить про передчасність судового рішення про відмову у задоволенні позову.

Враховуючи викладене, керуючись статтями 242, 345, 349, 353, 356 Кодексу адміністративного судочинства України, суд касаційної інстанції дійшов висновку про скасування постанови Львівського окружного адміністративного суду від 23 червня 2015 р. та ухвали Львівського апеляційного адміністративного суду від 8 жовтня 2015 р. у справі 813/2617/15 та направлення справи на новий розгляд до суду першої інстанції.

Ratio Decidendi

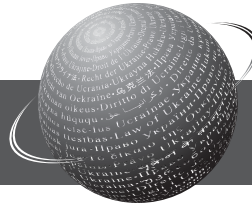
ЮРИДИЧНИЙ ПОРТАЛ

Професійний помічник суддів,
адвокатів та прокурорів

<http://rd.ua>

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО УКРАЇНИ



www.pravoua.com.ua

e-mail: editor.pravoua@gmail.com

ІНФОРМАЦІЯ
ДЛЯ ПЕРЕДПЛАТНИКІВ, АВТОРІВ І ЧИТАЧІВ
ЮРИДИЧНОГО ЖУРНАЛУ “ПРАВО УКРАЇНИ”

Передплата
юридичного журналу “Право України” здійснюється
у поштових відділеннях ПАТ “Укрпошта”
(ПЕРЕДПЛАТНИЙ ІНДЕКС – 74424),
у редакції журналу
за адресою: вул. Багговутівська, 17–21,
м. Київ, 04107, Україна
тел./факс: +380(44) 537–51–11
на веб-сайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

Відомості про передплату
юридичного журналу “Право України”
вміщено у Каталозі видань України на 2019 р. (с. 156)

Електронні версії номерів журналу
можна замовити на веб-сайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

Юридичний журнал

“ПРАВО УКРАЇНИ”

4
2019

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красненко*
Комп’ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 17.05.2019. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 18,5. Обл.-вид. арк. 16,78.
Зам. 0527-0486. Ціна договірна.

Адреса редакції:
вул. Багговутівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна
Телефони: +380(44) 537-51-00 (головний редактор),
+380(44) 537-51-10 (редакція)

www.pravoua.com.ua

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Виготовлено в друкарні
ТОВ «Видавничий Дім «АртеК»
Україна, 04050, м. Київ, вул. Юрія Ілленка, 63,
тел. +380(67) 440-11-37
artek.press@ukr.net
www.artek.press
www.book-on-demand.com.ua
Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 4779 від 15.10.2014 р