

Проблемы дискреционных полномочий

Украина исторически принадлежит к странам континентальной (латинской) юридической традиции, основанной на римском праве, и относится к романо-германской правовой семье.

Однако условия развития самой концепции административного права в Украине существенно отличались от таковых в странах развитой демократии. В то время, когда западноевропейские страны проходили свой эволюционный путь развития демократического общества через право, Украина переживала «тяжелое наследие» советской тоталитарной системы администрации, при которой полномочия органов исполнительной власти были практически неограниченными и неконтролируемыми.

Впоследствии, с учетом избранного народом Украины европейского вектора развития, а также совокупности революционных событий последних лет, выяснилось, что времени «на раскачку» нет: путь, который Австрия, Германия, Франция проделали за десятки-сотни лет, «молодой» административной юстиции Украины следует преодолеть за считанные годы, - ведь на «кону» само наше существование как суверенного и независимого государства.

Законотворчество, равно как и все остальные правовые институты нашей державы, преодолевало сходные «болезни». При том, что действующая система нормативно-правовых актов в Украине довольно пространная и в значительной ее части достаточно прогрессивная, для нее, по-прежнему, характерны такие проблемы, как **дисгармония** и **бессистемность**. Именно поэтому нормативно-правовой базе Украины присущи множественность коллизий, пробелов и недостатков законодательной техники.

Такое положение дел способствует широкому применению **принципа свободного усмотрения (дискреции)** не только

- 1) исполнительной, но и
- 2) законодательной, и
- 3) судебной ветвей власти.

Общеизвестно, что **наличие широких дискреционных полномочий органов власти и коррупция пребывают в неразрывной связи.**

Наличие широких возможностей свободы действия, равно как и бездействия, открывает широкое поле рискам использования таких

полномочий должностными лицами в собственных интересах, нередко с корыстными целями. Отчасти поэтому субъекты властных полномочий повсеместно используют **право на дискрецию** как «китайскую стену», охраняющую привычный уклад их жизни.

Именно поэтому **вопрос ограничения таких полномочий** для Украины как одной из наиболее коррумпированных стран мира стоит необычайно остро (!).

Безусловно, орган государственной власти должен обладать определенной степенью свободы действий.

Так, если законодатель сознательно использует неопределенные правовые условия, оценочные понятия, при формулировке текста нормативно-правового акта, или прямо предусматривает свободу выбора правоприменительного органа между двумя и более альтернативными юридически допустимыми вариантами действий, - он, таким образом, предоставляет органу управления право принимать самостоятельные решения. Вполне естественно, что во многих сферах жизнедеятельности специальный орган управления обладает большей компетентностью и опытом. Кроме того, за администрацией в целом, являющейся воплощением самостоятельной государственной функции, должна признаваться и своя сфера ответственности. Однако **любое действие или бездействие органа властных полномочий должно тщательнейшим образом контролироваться и оцениваться** сквозь призму Верховенства права.

Науке известно **2-ва способа контроля за правомерностью осуществления властных полномочий субъектами этих прав:**

1) общий, и

2) специальный.

1. Первый должны осуществлять вышестоящие органы государственной власти и сами граждане в меру доступных им методов.

2. Второй же способ контроля - **судебный**, и осуществляется он системой административных судов посредством отправления правосудия в конкретных административных делах.

Контроль, осуществляемый административным судом, более детальный, последовательный и оперативный, нежели контроль иных уполномоченных

органов, ведь для его обеспечения необходим глубокий анализ всех аспектов дела, то есть как материалов дела, так и деятельности учреждения в целом.

Однако у этого способа контроля есть и существенные недостатки.

Прежде всего, он не всеобъемлющ, ведь для его инициации необходимо обращение в суд физического или юридического лица с требованием о восстановлении нарушенных, по его мнению, прав, свобод или интересов, поэтому речи о системном влиянии на всю деятельность такого рода административных органов в подобных условиях не идет. Определенные надежды в этой связи внушают законодательные изменения, согласно которым Верховный суд, хотя и был лишен полномочий обобщения законодательства и принятия соответствующих постановлений Пленумом, получил иное полномочие: пересматривая решение суда кассационной инстанции, в случае неодинакового применения одной и той же нормы права в подобных правоотношениях принимать решения, выводы которых обязательны для всех субъектов властных полномочий при применении ими в своей деятельности нормативно-правового акта, содержащего определенную правовую норму. Однако действенных способов контроля за внедрением таких изменений «в жизнь» законодатель не предусмотрел.

Кроме того, судебное решение зачастую не является эффективным способом правовой защиты вследствие того, что:

суд не имеет права вмешиваться непосредственно в дискреционные полномочия (свободное усмотрение) субъекта властных полномочий, который обеспечивает эффективность государственного управления, а лишь проверяет соблюдение последним формальной законности.

Установив, что имело место нарушение установленного порядка осуществления властных полномочий, суд констатирует этот факт и обязывает ответчика повторно пересмотреть вопрос, в лучшем случае, добавив фразу «с учетом выводов суда». **Суд не может прямо обязать ответчика к исполнению определенных действий. Подмена судом властного государственного органа и выполнение его функций привела бы к нарушению конституционного принципа распределения власти.**

Такая позиция, как правило, обосновывается в судебных решениях рекомендациями КМ СЕ № R(80)2 и абз. 3 п. 10.3 постановления Пленума ВАСУ «О судебном решении в административном деле» от 20.05.2013 № 7, согласно которому суд может принять решение об обязательстве ответчика принять решение определенного содержания

за исключением случаев, когда субъект властных полномочий согласно закону принимает решение на свое усмотрение.

При таких условиях проверка судом формальной законности принятого административным органом решения (продолжаемой бездеятельности) **не приводит к восстановлению нарушенного частного права, а, значит, не приводит к реализации судом его основной функции.**

В последнее время такая позиция административных судов стала предметом резкой публичной критики со стороны лиц, не получивших судебной защиты нарушенного права даже многократно прибегнув к повторному обращению в суд по одному и тому же поводу.

ЕСПЧ в своих решениях последовательно указывал, что в случаях, когда соответствующее законодательство не предусматривает **четких критериев** осуществления административных полномочий, а также когда отсутствуют законодательные процедурные **гарантии защиты от произвола** администрации при осуществлении дискреционных полномочий, - **такое решение признается принятым с нарушением принципов эффективной защиты прав граждан и справедливости, и является нарушением Европейской Конвенции прав человека и основных свобод** («Гасан и Чауш против Болгарии*»).

Памятуя о том, что не только текст Конвенции, но и сами решения ЕСПЧ являются в Украине источником права, судам следует изучать их и более широко использовать.

Во многих случаях деятельность органов государственной власти, местного самоуправления, либо не урегулирована вообще, либо нормирована достаточно слабо.

Конечно, все варианты развития событий и обстоятельства каждого конкретного случая правоприменения законодатель предусмотреть не может. Однако, на мой взгляд, законодатель должен более четко определить общие принципы и критерии оценки их деятельности.

В этой связи я являюсь последовательным приверженцем необходимости принятия **Кодекса административных процедур**, первостепенной задачей которого будет **ограничение свободного усмотрения административных органов государственной власти и установление действенной системы ответственности каждого из субъектов его применения.**

Суд же, в свою очередь, должен четко отличать **действительные дискреционные полномочия** от их *псевдо-* и *квази-форм*.

Примерами могут служить длительное неголосование парламента за избрание судей; непринятие Кабмином целого ряда постановлений и порядков при условии неопределенности времени исполнения обязанности; множество неурегулированных вопросов налоговой, таможенной политики государства; прав беженцев; земельных правоотношений и т.д. Привожу практику ВСУ, ВАСУ*).*

По моему убеждению, в большинстве случаев так называемой **«негативной дискреции»** административного органа, имеет место банальное нарушение принципа законности.

Такое имеет место там, где закон не предписывает субъекту властных полномочий иного способа действия, нежели прямо установленный конкретной правовой нормой, но последний, тем не менее, не следует указаниям. Практика административных судов Украины последних лет идет по пути прямой защиты нарушенного права непосредственно судом в таких случаях (*ссылка на примеры из практики ВАСУ**). Такие полномочия, на мой взгляд, суду предоставляет Конституция Украины как закон прямого действия, устанавливающая принцип Верховенства права.

В Германии правовое регулирование обсуждаемых вопросов выглядит, безусловно, более системным, детализированным, проработанным, однако, по утверждению самих немецких исследователей, тоже не является совершенным.

Обязательства административного органа в отношении применения свободы усмотрения регламентированы *Законом об административном производстве**, из § 40 которого, в частности, усматривается, что

если административный орган уполномочен действовать по собственному усмотрению, то это право он обязан осуществлять в соответствии с целью предоставленных полномочий и соблюдать установленные законом границы действия по свободному усмотрению.

В свою очередь, **полномочия административных судов, осуществляющие судебную проверку решений, принятых по усмотрению административного органа, также ограничены**. Так, § 114 части 1 *Кодекса об административном судопроизводстве**, в частности, предусмотрено:

если административный орган уполномочен осуществлять свою деятельность по собственному усмотрению, то суд также проверяет, является ли административный акт либо отказ от его издания или бездействие противоправным по той причине, что были превышены установленные законом границы усмотрения либо право на свободное усмотрение было осуществлено в форме, которая не соответствует цели предоставленных полномочий.

Таким образом, административные решения органов управления в Германии могут быть подвергнуты лишь ограниченной судебной проверке, основополагающими факторами которой являются проверка соответствия **цели** и соблюдения **границ** предоставленных полномочий. В результате, при условии надлежащего правового регулирования деятельности субъектов властных полномочий, поставленные цели осуществления императивных задач судебного контроля – достижимы.

Таким образом, административные суды Украины рассчитывают на скорейшее законодательное урегулирование поднятых проблем для наиболее эффективной реализации поставленных перед нами задач. Как мною было упомянуто выше, речь о скорейшем принятии Кодекса административных процедур и о внесении соответствующих изменений в процессуальное законодательство Украины с учетом лучших мировых достижений в этой сфере.